МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА

На правах рукопису

ДІКОВСЬКА ІРИНА АНДРІЇВНА

УДК 341.9:347.44

ПРИНЦИПИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ МІЖНАРОДНИХ ПРИВАТНИХ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ

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

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук

Науковий консультант:

доктор юридичних наук, професор,

академік НАПрН України,

Заслужений діяч науки і техніки України

Кузнєцова Наталія Семенівна

Київ,

2014

Зміст

Перелік умовних позначень……4

Вступ ……10

Розділ І. Теоретичні аспекти формування принципів правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань…….23

1.1. Принципи права як юридична категорія……..23

1.2. Поняття, система, функції принципів правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань……38

Висновки до Розділу І……..61

Розділ ІІ. Уніфікація та гармонізація - принципи регламентації міжнародних приватних договірних зобов'язань ……..63

2.1. Підходи до розуміння уніфікації та гармонізації ……63

2.2. Міжнародні договори – джерело регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань …….77

2.3. М'яке право – джерело регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань ……..96

2.4. Розвиток уніфікованого правового регулювання договірних зобов'язань у ЄС…….107

2.5. Lex mercatoria – результат уніфікації практики та звичаїв міжнародної торгівлі…….125

Висновки до Розділу ІІ……156

Розділ ІІІ. Проблеми реалізації принципу свободи договору у регулюванні міжнародних приватних договірних зобов'язань……163

3.1. Матеріальна свобода сторін договору за правом окремих держав та у міжнародних уніфікованих документах……163

3.2. Особливості здійснення свободи сторін міжнародних договірних зобов'язань щодо визначення застосовуваного права……225

3.3. Процесуальна свобода сторін міжнародних приватних договірних зобов'язань…….....257

Висновки до Розділу III……295

Розділ IV. Роль принципу добросовісності у правовому регулюванні міжнародних приватних договірних зобов'язань…….303

4.1. Концептуальні засади добросовісності. Добросовісність у юриспруденції…….303

4.2. Добросовісність – принцип тлумачення актів, що регулюють міжнародні приватні договірні зобов'язання……..340

4.3. Добросовісність як джерело виникнення обов'язків сторін договору……376

4.4. Принцип добросовісності під час реалізації договірних зобов'язань у національних законодавствах та міжнародних уніфікованих документах……..418

Висновки до Розділу IV……463

Висновки……..479

Перелік використаних джерел……487

Перелік умовних позначень

АПК РФ – Арбітражний процесуальний кодекс Російської Федерації

Афінська конвенція - Афінська конвенція про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 року.

АЦУ – Австрійське цивільне уложення.

Брюсельська конвенція – Брюсельська конвенція з питань юрисдикції та примусового виконання судових рішень стосовно цивільних та комерційних спорів, укладена в Брюсселі 27 вересня 1968 року

ВРУ – Верховна Рада України.

ВССУ - Вищий Спеціалізований Суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ.
ВСУ – Верховний Суд України.

Віденська конвенція – Віденська конвенція про право міжнародних договорів.

ГК України – Господарський кодекс України.

ГПК – Господарський процесуальний кодекс.

Директива ЄС № 93/13 – Директива Ради № 93/13 від 5 квітня 1993 року про несправедливі умови у споживчих договорах.

Доповідь – Доповідь щодо Конвенції про право, що застосовується до договірних зобов'язань, підготована проф. М. Гуліано (*Giuliano*) та проф. П. Лагарде (*Lagarde*).

Доповідь про застосування Регламенту Брюссель I - Доповідь про застосування Регламенту Брюссель I у Державах- членах, підготована проф. Б. Хессом (*Hess*), проф. Т. Файфером (*Pfeiffer)* та проф. П. Шлоссером (*Schlosser*).

Збірник ЮНСІТРАЛ із прецедентного права - Збірник із прецедентного права до Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж.

ЗЗ Швейцарії – Зобов'язальний закон Швейцарської конфедерації.

ЗУ – Закон України.

ЄЕСК - Європейський економічний і соціальний комітет.

ЄКДП – Європейський кодекс договірного права.

ЄСС – Європейський Суд Справедливості.

ЄТК – Єдиний торговий кодекс.

ЄЦК – Європейський цивільний кодекс.

КАПП - Конвенція про договір міжнародного автомобільного перевезення пасажирів і багажу, підписана в Женеві 01 березня 1973 року, із змінами, внесеними Протоколом від 05 липня 1978 року.

КДПВ - Конвенція про договір міжнародного автомобільного перевезення вантажів (Женева, 19 травня 1956 р.).

Керівні принципи (Guiding principles)– Керівні принципи Європейського договірного права (Guiding principles of European Contract Law).

КМКП – Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року.

Конвенція ІКСІД – Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, вчинена у Вашингтоні 18 травня 1965 року.

Конвенція про позовну давність - Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 року.

Конвенція про представництво у міжнародній купівлі-продажу товарів - Конвенція про представництво у міжнародній купівлі-продажу товарів (Женева, 17 лютого 1983 року).

Конвенція про міжнародний фінансовий лізинг - Конвенція УНІДРУА про міжнародний фінансовий лізинг (Оттава, 28 травня 1988 року).

Конвенція про міжнародний факторинг - Конвенція УНІДРУА про міжнародний факторинг (Оттава, 28 травня 1988 року).

КОТІФ - Конвенція про міжнародні залізничні перевезення від 9 травня 1999 року із змінами, внесеними Протоколом від 3 червня 1999 року.

КТМ – Кодекс торговельного мореплавства.

Міжамериканська конвенція - Міжамериканська конвенція про право, що застосовується до міжнародних контрактів, підписана 17 березня 1994 року.

Мінська конвенція - Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах, вчинена у м. Мінську 22 січня 1993 року.

МКАС – Міжнародний комерційний арбітражний суд.

ММК – Міжнародний морський комітет.

Монреальська конвенція - Конвенція про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень, підписана у Монреалі 28 травня 1999 року.

МПДЗ – міжнародні приватні договірні зобов'язання.

МПрП – міжнародне приватне право.

Нова Луганська конвенція - Конвенція з питань юрисдикції та примусового виконання судових рішень стосовно цивільних та комерційних справ, укладена у Лугано 13 жовтня 2007 року.

НЦУ – Німецьке цивільне уложення.

Нью-Йоркська конвенція – Конвенція про приведення до виконання іноземних арбітражних рішень, підписана 10 червня 1958 року в Нью-Йорку.

ПК України – Податковий кодекс України.

Принципи УНІДРУА - Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА.

Пропозиції – Пропозиції щодо реформи зобов'язального права та права позовної давності, представлені Міністру юстиції Франції у вересні 2005 року (Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription).

Регламент Брюссель I – Регламент № 44/2001 Ради ЄС про юрисдикцію, визнання та виконання судових рішень із цивільних та комерційних справ (Брюссель, 22 грудня 2000 року).

Регламент Брюссель I (переглянутий) – Регламент № 1215/2012 Європейського Парламенту та Ради про юрисдикцію, визнання та виконання судових рішень із цивільних та комерційних справ (переглянутий) (Брюссель, 12 грудня 2012 року).

Регламент Рим I - Регламент (ЄС) № 593/2008 Європейського Парламенту та Ради «Про право, що підлягає застосуванню до договірних зобов'язань («Рим I»)» від 17 червня 2008 року.

Регламент Рим II - Регламент (ЄС) № 864/2007 Європейського Парламенту та Ради «Про право, що підлягає застосуванню до позадоговірних зобов'язань («Рим II»)» від 11 липня 2007 року.

Римська конвенція 1980 року - Конвенція про право, що застосовується до договірних зобов'язань, підписана у Римі 19 червня 1980 року.

ФКС –Федеральний конституційний суд Фередеративної Республіки Німеччина.

Типовий закон – Типовий закон ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж.

ТПП – Торгово-промислова палата.

ФЦК - Французький Цивільний кодекс.

ЦІВ – Єдині правила до договору про міжнародне залізничне перевезення пасажирів (Додаток А до КОТІФ).

ЦІМ - Єдині правила до договору про міжнародні залізничні перевезення вантажів (Додаток В до КОТІФ).

ЦК Квебеку – Цивільний кодекс Квебеку.

ЦК Нідерландів – Цивільний кодекс Нідерландів.

ЦК РМ - Цивільний кодекс Республіки Молдова.

ЦК РК – Цивільний кодекс Республіки Казахстан.

ЦК РФ – Цивільний кодекс Російської Федерації.

ЦК України – Цивільний кодекс України.

ЦКШ – Цивільний кодекс Швейцарії.

ЦПК РК – Цивільний процесуальний кодекс Республіки Казахстан.

ЦПК РФ - Цивільний процесуальний кодекс Російської Федерації.

ЦУІ – Єдині правила до договору про використання інфраструктури в міжнародному залізничному сполученні (Додаток Е до КОТІФ).

CENTRAL – Center for Transnational Law (Universität zu Köln) (Центр транснаціонального права (Університету Колонь, ФРН).

CFR - Common Frame of Reference (Спільні Точки Зору).

DCFR - Draft Common Frame of Reference (Проект Спільних Точок Зору).

PECL – Principles of European Contract Law (Принципи Європейського договірного права).

PEICL - Principles of European Insurance Contract Law (Принципи Європейського страхового договірного права).

PEL - Principles of European Law (Принципи Європейського права).

PEL MC - Principles of European Law. Mandate Contracts (Принципи Європейського права. Договори доручення).

PEL SC - Principles of European Law. Service Contracts (Принципи Європейського права. Договори надання послуг).

PELS - Principles of European Law on Sales (Принципи Європейського права.Договори купівлі-продажу).

UCP-600 – Уніфіковані звичаї та правила із документарного акредитиву (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits). Публікація Міжнародної торгової палати № 600.

Вступ

Актуальність теми. Успішність реалізації МПДЗ серед іншого залежить від правових регуляторів, що застосовуються до них. Значну роль у регламентації МПДЗ відіграють принципи права: вони є регулятором поведінки учасників договірних зобов'язань, джерелом тлумачення приватних договорів, міжнародних уніфікованих актів, внутрішнього законодавства, орієнтиром у створенні правових норм, що регулюють МПДЗ, джерелом заповнення прогалин у нормах писаного права.

Природно, що окремі питання, пов'язані із розумінням та застосуванням принципів права викликають інтерес серед науковців та практиків. У зв'язку із цим найчастіше досліджуються поняття принципів права, їх класифікації на загальнотеоретичному рівні, а також у різних галузях права, а також впливу на правотворення та правозастосування. Існують дослідження, присвячені окремим принципам права: свободи, добросовісності, правової визначеності та ін.

Теоретичною основою для проведення дослідження є праці українських і зарубіжних вчених–правників А.В. Асоскова, Ю. Базедова, О.І. Бєлоглавека, О.А.Беляневич, Т. Бендевського, К. Бергера, Т.В. Боднар, В.І. Борисової, М. Бонеля, В.В. Васильченка, Н.Г. Вілкової, А.В. Волкова, М. Вольфа, О.О. Гайдуліна, М. Гердегена, Ф.Г. Голдмана, А.Б. Гриняка, М. Гуліано, Р. Давіда, Р. Дворкіна, Т.В. Дерюгиної, А.С. Довгерта, М. Догаучі, Н.Г. Єлисєєва, Д.В. Задихайла, С.М. Задорожної, О.В. Зайчука, В.П. Звєкова, Б. Зеллера, О.С. Іоффе, В.Я. Калакури, В.А. Канашевського, Б.Р. Карабельнікова, А.Г. Карапєтова, Т. Кейлі, В.І. Кисіля, Дж. Клейна, О.С. Комарова, О.В. Кохановської, Н.С. Кузнєцової, Х. Кьотца, П. Лагарде, О. Ландо, А.В. Луць, В.В. Луця, У. Магнуса, Н.І. Майданик, Р.А. Майданика, О.О. Мережка, П.О. Недбайла, К. Осакве, Д.Г. Павленка, М. Планіоля, С.О. Погрібного, А.Б. Покровської, Й.О. Покровського, А.В. Попової, В.Д. Примака, Ю.Д. Притики, П.М. Рабіновича, М.Г. Розенберга, Я.М. Романюка, О.В. Руденко, Р. Саватьє, С.В. Сарбаша, С. Симеонідоса, Т.В. Сліпачук, А.В. Смітюха, І.В. Спасибо-Фатєєвої, Р.О. Стефанчука, Т. Файфера, Л.С. Фединяк, Т. Хартлі, Б. Хеса, М. Хезелінка, Р.М. Ходикіна, К. Цвайгерта, Р. Ціммермана, Г.А. Цірата, Ю.В. Черняк, Х. Шака, Я. Шаппа, П. Шлетрайма, П. Шлоссера, О.О. Щокіної та ін.

Водночас принципи правового регулювання МПДЗ системно не досліджувалися у сучасній українській правовій доктрині. Це зумовлює актуальність дослідження проблем, пов'язаних із їх розумінням, системою, функціями, особливостями застосування, проявами у нормах писаного права.

Враховуючи те, що МПДЗ можуть регулюватися нормами міжнародних уніфікованих документів, а також нормами національного права окремих держав, дослідження принципів їх правового регулювання здійснювалося на двох рівнях: міжнародному та національному.

Відзначаючи прогресивність українського законодавства у сфері міжнародного приватного права та договірних зобов'язань, слід звернути увагу на необхідність певних удосконалень у цій сфері з урахуванням вимог, що випливають із принципів права, сформувалися у міжнародному діловому обороті, є визнаним на міжнародному рівні на у праві окремих країн.

У зв'язку із цим актуальним є дослідження принципів регламентації правових норм, що регулюють МПДЗ, найважливішими серед яких є принципи уніфікації та гармонізації; принципів свободи та добросовісності, що є основою будь-яких приватних договірних зобов'язань. Важливість такого дослідження обумовлена серед іншого й тим, що в останнім часом у європейських країнах ведеться активний пошук моделі правового регулювання договірних зобов'язань, пропонуються нові та переосмислюються традиційні підходи. Україна, яка прагне стати членом Європейського співтовариства, не може стояти осторонь цих процесів. Необхідним є вивчення європейського досвіду, оцінка його прийнятності в умовах українського сьогодення, визначення подальших кроків, які б сприяли покращенню правового регулювання МПДЗ в Україні, створювали підґрунтя для їх розвитку.

Зв'язок роботи з науковими планами темами. Дисертаційне дослідження виконувалося відповідно до державної бюджетної науково-дослідної теми «Доктрина права в правовій системі України: теоретичний і практичний аспекти» (№ 11 БФ 042-01; № державної реєстрації 0111U008337), яка досліджується на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка з 1 січня 2011 р. по 31

грудня 2015 р. Тема дисертації затверджена на засіданні Вченої ради юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (протокол № 3 від 26 листопада 2012 року). Уточнену редакцію теми дисертаційного дослідження затверджено на засіданні Вченої ради юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (протокол № 8 від 27 червня 2014 року).

Мета дослідження – провести системний науково-теоретичний аналіз проблем розуміння та використання принципів міжнародних приватних договірних зобов'язань, принципів уніфікації та гармонізації як принципів регламентації міжнародних приватних договірних зобов'язань та процесів, що забезпечують реалізацію цих принципів, реалізації принципів свободи і добросовісності у міжнародних приватних договірних зобов'язання, надати пропозиції з удосконалення законодавства України, яке може застосуватися до міжнародних та внутрішніх договірних приватних зобов'язань.

Для дослідження цієї мети дисертанткою поставлені наступні **завдання дослідження**:

1) визначити природу, поняття, систему, функції принципів правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань;
2) дослідити принципи уніфікації та гармонізації та процеси, що забезпечують їх реалізацію, зокрема, визначитися з етапами уніфікації та шляхами гармонізації, дослідити суть та способи «прогресуючої кодифікації», дослідити тенденції правового регулювання договірних зобов'язань у ЄС, інших країнах, роль недержаних правових норм у процесі уніфікації та гармонізації правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань;
3) визначити основні проблеми реалізації принципу свободи договору учасників міжнародних приватних договірних зобов'язань матеріального характеру, під час вибору права та у процесуальній сфері;
4) дослідити специфічні прояви принципу добросовісності на усіх стадіях міжнародних приватних договірних зобов'язань, а також під час застосування та тлумачення приватних договорів, міжнародних уніфікованих актів та внутрішнього права окремих держав;

5) сформулювати пропозиції щодо застосування принципів правового регулювання до міжнародних приватних договірних зобов'язань та удосконалення законодавства України, що може застосовуватися до регулювання договірних зобов'язань міжнародного та внутрішнього характеру.

Об'єктом дослідження є теоретичні та практичні аспекти застосування принципів правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань, а також їх закономірності і тенденції розвитку.

Предметом дослідження є міжнародні уніфіковані акти, національне законодавство різних держав, в яких відображені принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань або їх окремі прояви, правова доктрина, яка розкриває окремі принципи, практика міжнародних комерційних арбітражів, зарубіжних та українських судів, в яких застосовані принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань.

Методи дослідження. Відповідно до мети, задач, з урахуванням об'єкта та предмета дослідження, були використані загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання: діалектичний, історичний, моделювання, формально-логічний, порівняльно-правовий та ін.

Зокрема, за допомогою діалектичного та історичного методів досліджені «принцип» як загальнотеоретична категорія, підходи до розуміння принципів права. Аналітико-синтетичний метод використаний для формування поняття принципів правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань, їх системи та функцій. Формально-логічний метод застосовано для визначення проявів принципів свободи договору та добросовісності на різних стадіях правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань. Метод моделювання дозволив надати рекомендації щодо удосконалення законодавства України та застосування існуючих правових норм у сфері міжнародних приватних договірних зобов'язань. Порівняльно-правовий метод дозволив виявити спільні та відмінні риси у правовому регулюванні різних правових систем матеріальної свободи договору, свободи вибору застосовуваного права, процесуальної свободи сторін міжнародних приватних договірних зобов'язань, використання принципу

добросовісності для тлумачення нормативних актів та приватних договорів, виникнення договірних обов'язків, застосування принципу добросовісності під час реалізації міжнародних приватних договірних зобов'язань.

Наукова новизна одержаних результатів полягає у тому, що дисертація є першим у вітчизняній юридичній науці системним, комплексним монографічним дослідженням теоретичних та практичних проблем реалізації принципів правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань. Наукова новизна одержаних результатів конкретизується у наступних найважливіших науково-теоретичних положеннях, що виносяться на захист:

Вперше:

- визначено поняття міжнародного приватного договірного зобов'язання як правовідношення, що пов'язане з двома або більше країнами, що характеризується юридичною рівністю, вільним волевиявленням, майновою самостійністю його учасників, в якому одна особа (кредитор) має право вимагати від іншої особи (боржника) здійснити виконання: вчинити певну дію або утриматися від її вчинення, а боржник зобов'язаний здійснити на користь кредитора відповідне виконання;

- визначено поняття, систему та функції принципів правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань, які, розглядаються як орієнтири, керівні юридичні засади, що випливають із моральних цінностей добра і справедливості, а також міжнародного характеру та приватності договірних зобов'язань, мають універсальний, загальнообов'язковий характер, впливають на поведінку сторін міжнародних приватних договірних зобов'язань, процеси створення та застосування норм, які регулюють міжнародні приватні договірні зобов'язання.

Система принципів правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань визначається в залежності від стадій правового регулювання, під час яких вони використовуються, зокрема, виділяються принципи: 1) правової регламентації міжнародних приватних договірних зобов'язань; 2) виникнення

міжнародних приватних договірних зобов'язань; 3) реалізації міжнародних приватних договірних зобов'язань; 4) застосування регуляторів міжнародних приватних договірних зобов'язань.

Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань виконують функції: - забезпечення впливу моральних цінностей на правове регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань; - сприяння зближенню правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань у різних державах; - регулювання поведінки учасників міжнародних приватних договірних зобов'язань; - визначення напрямків тлумачення умов міжнародних приватних договорів та міжнародних уніфікованих документів; - встановлення орієнтирів для розробки міжнародних приватних договорів, а також для створення норм міжнародних уніфікованих документів, що регулюють міжнародні приватні договірні зобов'язання; - встановлення напрямків визначення застосовуваного до договору права за відсутності згоди сторін;

- обґрунтовано висновок про те, уніфікація є не лише правотворчим процесом, але, у першу чергу, принципом створення та застосування правових норм. У цьому розумінні вона є орієнтиром, керівною ідеєю створення, зміни та застосування правових норм, однакових для різних правових систем;

- проведено класифікацію міжнародних (міждержавних) договорів в залежності від можливості виключення їх застосування, відступу від норм міжнародних договорів, зміни їх дії приватно-правовими договорами;

- проведено класифікацію угод про вибір недержавних правових регуляторів в залежності від способу формулювання їх умов на: 1) угоди із чітким зазначенням документу, норми якого сторони бажають застосовувати до вирішення спору по-суті; 2) ті, що містять загальні формулювання про застосування до договору норм lex mercatoria, загальних принципів права тощо;

- визначені способи реалізації принципу свободи договору у міжнародних приватних договірних зобов'язаннях у матеріальній, процесуальній сферах, щодо

вибору застосовуваного права, зокрема, можливість укладати як поіменовані так і непоіменовані договори, а також обґрунтовані загальні підходи до визначення моделі регулювання непоіменованих та змішаних договорів у національному праві;

- визначені кваліфікаційні ознаки приватних договорів, поіменованих міжнародними (міждержавними) договорами: міжнародний характер договірних зобов'язань, права та обов'язки сторін, в окремих випадках – вимоги до об'єкту договору, мети його укладення;

- обґрунтований висновок, що обмежувачами матеріальної свободи сторін договору у національних правових системах (України, Франції, Іспанії, Італії, ФРН, Нідерландів, Казахстану, Молдови) є як звичайні імперативні так і надімперативні норми, добрі нрави (мораль), принцип добросовісності, публічний порядок, права третіх осіб, принцип відносної дії договору; обмежувачами матеріальної свободи договору у міжнародних уніфікованих документах (Віденській конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів, транспортних конвенціях, Принципах Європейського договірного права (надалі - PECL), Принципах міжнародних комерційних договорів УНІДРУА (надалі – Принципи УНІДРУА), Проекті спільних точок зору (надалі – DCFR) є вимоги щодо форми договору, звичаї, практика, що склалася між сторонами приватного договору, принцип добросовісності та чесного ведення справ, імперативні норми цих документів, імперативні норми національного права, що застосовується до договору, імперативні норми національного та міжнародного права, які згідно з відповідними нормами міжнародного приватного права, застосовуються незалежно від права, що регулює договір;

- визначені способи реалізації принципу свободи (автономії волі) у міжнародному комерційному арбітражі пов'язані із укладенням арбітражної угоди та формулюванням її умов;

- визначені вимоги, що випливають із принципу добросовісності та чесного ведення справ під час тлумачення міжнародних уніфікованих актів, міжнародних приватних договорів, а також виявлений вплив цього принципу на колізійне та

матеріально правове регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань на усіх стадіях їх існування.

Удосконалено:

- визначення поняття змішаного договору, що міститься у ст. 628 (2) ЦК України, шляхом конкретизації елементів змішаного договору (спеціально врегульовані актами цивільного законодавства, або такі, один елемент (або елементи) яких підпадають під договір (договори) спеціально врегульований (врегульовані) актами цивільного законодавства, а інший елемент (елементи) не врегульовані актами цивільного законодавства, але відповідають його загальним засадам;

- визначення кола чинників, які слід враховувати, визначаючи, чи був здійснений непрямий вибір права, застосовуваний до договору. Зокрема, обгруновано, що до обставин, які можуть свідчити про те, що сторони здійснити неявний вибір права належать: переговірний процес, хід попередніх ділових відносин між сторонами. Вибір форуму, розташованого у певній державі сам по собі не може свідчити про те, що сторони домовилися про застосування права цієї держави до суті спору. Він повинен оцінюватися разом із іншими факторами. Посилання у договорі на правові норми певної держави не обов'язково свідчитиме про вибір права на користь певної держави. Сторони можуть посилатися на такі норми з тим, щоб спростити текст договору. Разом із тим, вживання формулювань, властивих праву однієї держави і невластивих праву іншої держави, можуть свідчити про неявний вибір права;

- розуміння значення іноземного елементу для договірних зобов'язань. Зокрема, доводиться, що в окремих випадках наявність того чи іншого іноземного елементу не буде настільки значущою, щоб стверджувати, що договір набув міжнародного характеру;

- підхід до визначення кола імперативних норм, що обмежують вибір права у договорах за участю споживачів. Запропоновано використати метод Регламенту (ЄС) № 593/2008 Європейського Парламенту та Ради «Про право, що підлягає застосуванню до договірних зобов'язань («Рим І»)» від 17 червня 2008 року, тобто обмежувати свободу вибору права у договорах за участю споживачів «положеннями, від яких не дозволяється

відступати за допомогою угоди», тобто звичайними імперативними нормами. Такий підхід дозволяє забезпечити передбачуваність захисту прав споживачів;

- положення про те, що добросовісність має як суб'єктивний так і об'єктивний прояви, що обумовлюється тим, що вона є одночасно моральною цінністю та правовою категорією. Суб'єктивна сторона добросовісності полягає у внутрішній оцінці людиною своїх дій чи бездіяльності; об'єктивна - у :1) вчиненні дій чи бездіяльності; 2) закріпленні вимог щодо добросовісності у договорах та правових нормах; 3) правил застосування принципу добросовісності, розроблених судовою практикою, доктриною;

- підхід щодо використання правила contra proferentem для тлумачення договорів. Зокрема, запропоновано використовувати це правило для тлумачення усіх приватноправових договорів, а також застосовувати його не лише по відношенню до умов, які не були спеціально узгоджені, але й до усіх умов, що були сформульовані під домінуючим впливом однієї із сторін;

- висновки щодо наслідків односторонньої відмови від договору. Оцінюючи правомірність відмови від договору у випадку його порушення, слід виходити із істотності останнього, що відповідає принципу добросовісності та світовій практиці. Крім того, для того, щоб запобігти зловживанню з боку кредитора щодо розірвання договору, можна встановити необхідність пред'явлення ним вимоги про виконання договору у додатковий строк.

Дістали подальший розвиток:

- положення про те, що різні принципи права неоднакові за своєю значущістю. Існують принципи права, що є його квінтесенцією. У приватному праві до них належать принципи добросовісності і чесного ведення справ та свободи. Ці принципи визначають основні напрямки прав та обов'язків учасників приватних правовідносин, правостворення та правозастосування. Водночас існують принципи, які виконують скромнішу роль. По-суті вони є «технічним керівництвом» із вибору норм права, що підлягають застосуванню. (Наприклад, принцип переваги спеціальної норми над загальною);

- заперечення «націоналізації міжнародного договору». Міжнародні договори розроблюються і приймаються для уніфікованого регулювання певних відносин. Їх

застосування у порядку, передбаченому для національного законодавства, не дозволяє досягти цієї мети;

- твердження про зростання ролі м'якого права (soft law) як інструменту уніфікації права у сфері міжнародних приватних договірних зобов'язань. У зв'язку із цим встановлено значення Принципів міжнародних комерційних договорів УНІДРУА, Принципів Trans-Lex, типових договорів та договірних умов, розроблених міжнародними організаціями, для регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань;

- положення про те, що застосування недержавних регуляторів у якості застосовуваного права державним судом повинно обмежуватися вимогами добросовісності та чесного ведення справ, публічним порядком та надімперативними нормами держави, суд якої вирішує спір;

- визначення суті добросовісності як правової категорії. Зокрема, зроблено висновок про те, що за своєю суттю добросовісність є 1) загальним принципом окремих галузей права, зокрема, міжнародного приватного та цивільного; 2) принципом здійснення прав та обов'язків суб'єктів правовідносин, зокрема, міжнародних приватних договірних зобов'язань; 3) обов'язком, якого повинні дотримуватися учасники правовідносин;

- положення про методи об'єктивації принципу добросовісності у різних правових системах: 1) законодавче закріплення складів добросовісної поведінки; 2) доктринальне визначення системи спеціальних обов'язків, заборон, які складають зміст добросовісності.

Обґрунтовано та сформульовано пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України, зокрема, запропоновано:

- викласти у новій редакції: ст. 9 (1) Конституції України, ст. 19 (1) Закону України «Про міжнародні договори України», ст. 18 (1), ст. 45 (2) (абз.1), ст. 76 (1) (1) Закону України «Про міжнародне приватне право», ст. 28 (2) Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж», ст. 615 (1), ст. 628 (2), ст. 634, ст. 636 (2,3), ст. 637 ЦК України, ст. 14 (2) КТМ України;

- доповнити: - ЦК України новою частиною ст. 622, новою частиною ст. 235, новими частинами ст. 531, ст. 615, ст. 628, новою ст. 509-1; - Закон України «Про

міжнародне приватне право» новим абзацом ст. 1 (2), новими ст.ст. 44-1 та 49-1; - ЦПК України - новою частиною ст. 338; ГПК України - новою частиною ст.111-9 (1) (3), зміст яких розкривається у тексті дисертаційного дослідження.

Практичне значення одержаних результатів дослідження полягає тому, що вони можуть бути використані:

- у науково-дослідній діяльності – як основа для подальшого наукового дослідження проблем принципів правового регулювання, міжнародних приватних договірних зобов'язань, внутрішніх договірних зобов'язань;
- у правотворчій діяльності – сформульовані у роботі положення щодо удосконалення чинного законодавства України можуть стати основою для внесення відповідних змін до ЗУ «Про міжнародне приватне право», ЦК України та інших законодавчих актів;
- у практиці правозастосування – використання рекомендацій щодо застосування норм міжнародних уніфікованих документів, а також норм чинного законодавства України дозволить забезпечити потреби судової практики;
- у навчальному процесі – для викладання курсу «Міжнародне приватне право», спецкурсів «Порівняльне цивільне право», «Порівняльний цивільний процес», «Міжнародний комерційний арбітраж», «Договірне право», а також при підготовці підручників та посібників з цих дисциплін.

Особистий внесок здобувача. Дисертація є самостійною науковою працею, як і всі опубліковані автором наукові праці, що відображають результати проведеного дослідження.

Сформульовані теоретичні положення, висновки та пропозиції були одержані автором у результаті самостійного аналізу та безпосереднього використання у роботі наукових, нормативно-правових джерел і матеріалів судової та арбітражної практики.

Апробація та впровадження результатів дослідження. Дисертація обговорювалася та її окремі положення були схвалені на засіданні кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса

Шевченка. Окремі положення використовувалися автором при читанні курсу «Міжнародне приватне право», спецкурсів «Основи порівняльного цивільного права», «Цивільне та торгове право зарубіжних країн» на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Окремі положення дисертації оприлюднювалися на науково-практичних конференціях та круглих столах, зокрема, на: X регіональній науково-практичній конференції «Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні» (м. Львів, 5-6 лютого, 2004р.), Міжнародній науковій конференції молодих учених «П'яті осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 27-28 жовтня 2006 р.), Міжнародній науково-практичній конференції «Розвиток цивільного законодавства України: шляхи подолання кодифікаційних протиріч» (м. Київ, 28-29 вересня 2006 р.), Міжнародній науково-практичній конференції «Права і свободи людини і громадянина: проблеми судового захисту» (м. Київ, 23-24 листопада 2007 р.), Міжнародній науково-практичній конференції, присвяченій 175-річчю Київського національного університету імені Тараса Шевченка (м. Київ, 8-9 жовтня 2009), Conference on Human Rights During Transition From Plan to Market (The Danish Institute for Human Rights, Copenhagen, 19-20 November, 2009), Міжнародній науково-практичній конференції на честь 205-річчя створення та 5-річчя відродження кафедри цивільно-правових дисциплін юридичного факультету Харківського університету імені В.Н. Каразіна «Перспективні напрямки розвитку науки цивільного права» (м. Харків, 30 вересня – 2 жовтня 2010 р.), Міжнародній науково-практичній конференції «Государство и право: вызовы 21 века (Кутафинские чтения)» (м. Москва, 1 грудня 2010 р.), Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання)» (м. Київ, 10 листопада 2011 р.), Міжнародній науково-практичній конференції «Приватно-правове регулювання суспільних відносин: традиції, сучасність, перспектива» (м. Одеса, 19-20 квітня 2012 р.), Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання)» (м. Київ, 19 жовтня 2012 р.), Круглому столі «Джерела цивільного права: поняття, система, співвідношення з джерелами інших галузей права» (м. Київ, 7 лютого 2013 р.), Міжнародній науково-

практичній конференції «Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання)» (м. Київ, 19 жовтня 2013 р.).

Публікації. Основні результати дисертації викладені у 35 наукових працях: одноосібній монографії, 22 наукових статтях, з яких 17 вийшли друком у вітчизняних фахових юридичних виданнях, та 5 наукових виданнях іноземних держав, а також у 4 тезах доповідей на науково-практичних конференціях та 9 публікаціях у інших наукових виданнях.

Розділ І. Теоретичні аспекти формування принципів правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань.

1.1. Принципи правового регулювання як юридична категорія.

Категорія «принцип» часто стає предметом досліджень у галузі філософії, юриспруденції, соціології, психології, природничих, точних та інших наук. З одного боку це свідчить, про її значущість для окремої людини і суспільства в цілому, а з іншого, - про її складність та неоднозначність.

У загальнотеоретичному аспекті категорія «принцип» у суб'єктивному значенні позначає внутрішнє переконання, від якого не можна відступити і яке випливає із моральності. В об'єктивному значенні ця категорія характеризується фундаментальністю, тобто позначає керівне начало, яке лежить в основі процесів або явищ. Принципи є основою поведінки, переконань, побудови певних систем.

Слід відмітити те, що дослідження «принципів правового регулювання» як правило полягає у аналізі тих чи інших «принципів права» [333-1], [226-1], [416-1].

У доктрині не існує єдиної позиції щодо поняття правового регулювання. Авторові цього дослідження ближча точка зору про те, що правове регулювання – це дія права та суспільні відносини шляхом використання певних правових засобів [402-1; с.670]. В свою чергу термін «право» має багато значень[1]. Проте, досить часто право іменується одним із регуляторів суспільних відносин [319-1].

У зв'язку із цим у даній роботі терміни «принципи правового регулювання» і «принципи права» вживаються як синоніми.

У теорії права принципи права визначаються як загальні начала та сенс права [349; с.491]; основоположні начала, ідеї права, що виражають його суть[397; с.23].

[1] Огляд існуючих точок зору – див. [333-2; с.88 – 130], [358-1; с.116-124], [387; 319-320].

Прийнято виділяти загальні принципи права[2], галузеві, міжгалузеві (властиві декільком галузям), принципи окремих інститутів.

Принципи права відіграють особливу роль для регулювання приватноправових відносин. Ще І. Кант, визначаючи приватне право писав, що це право відповідно до якого обов'язок і примус засновуються не безпосередньо на законі, а на справедливості і на свободі людини бути власним господарем [283; с.231].

Принципи права традиційно застосовувалися для регулювання цивільних відносин ще римськими юристами, які «вважали живою матерією права сукупність казусів, до яких вони застосовували не систему юридичних понять, а загальні уявлення про справедливе та належне» [391; с. 62-63].

Досліджуючи питання сучасних принципів цивільного права, Н.С. Кузнєцова слушно зазначає про те, що вони по-суті є робочим механізмом, за допомогою якого визначаються межі можливої та належної поведінки учасників цивільно-правових відносин [316; с. 123].

Принципи права по-різному трактуються в залежності типу праворозуміння. Для позитивістського підходу характерним є розуміння принципів права як узагальнених положень чинного законодавства, як ідей, що лежать в основі закону. Природно-правові теорії розглядають принципи права як морально-етичні цінності, релігійні переконання, етичні переваги. Лібертальна теорія права вважає принципи права виключно юридичним явищем, що втілює і конкретизує суть права.[3]

Деякі автори вважають, що принципи права мають об'єктивне походження. Так, наприклад, П.М. Рабінович визначає принципи права як «керівні засади (ідеї), які зумовлюються об'єктивними закономірностями існування й розвитку людини та суспільства і визначають зміст і спрямованість правового регулювання» [376; с. 99].

[2] Деякі автори інакше визначають види принципів права. Так, П.М.Рабінович виділяє загальнолюдські (цивілізаційні), типологічні, конкретно-історичні, галузеві та міжгалузеві принципи [376; с.99].
[3] Детальніше див. [387; с.13-33].

Ю.Ю. Ветютнєв зауважує, що правові принципи виникають на базі державно-правових закономірностей [228; с.13], які визначаються ним, як системна, систематична повторюваність взаємопов'язаних фактів та явищ у сфері держави і права [228; с.7]. С.Ю. Суменков зазначає, що «принципи права – це його об'єктивні властивості, що органічно властиві праву» [397; с.23].

Р.М. Ходикін визначає принципи формування колізійних норм як загальні закономірності, ідеальні і концептуальні засади створення (зміни, скасування) і застосування (тлумачення) колізійних норм. Колізійні принципи є ідеальним орієнтиром, яким повинні керуватися законодавці та ті, хто застосовують правові норми при обговоренні колізійних правил в процесі правотворчості, а також у процесі їх застосування [413; с.5].

Інша точка зору полягає у тому, що «принципи права, з одного боку, виражають його об'єктивні властивості, обумовлені закономірностями розвитку даного суспільства, усією гамою властивих йому інтересів, потреб, суперечностей і компромісів…З іншого боку у принципах права втілюється суб'єктивне сприйняття його членами суспільства, їх моральні та правові погляди, почуття, вимоги, що виражаються у різних вченнях, теоріях, направленнях праворозуміння» [204; с.148].

Водночас, слід звернути увагу на те, що навіть ті автори, які вважають, що принципи права мають виключно об'єктивне походження, звертають увагу на те, що їх нормативне закріплення має досить суб'єктивний характер [396; с.104-111].

Є автори, які пов'язують набуття принципами правового характеру із їх закріпленням у законодавстві.

Так, О.В. Зайчук зазначає, що «факт закріплення ідеї у нормативному акті дозволяє говорити про наявність будь-якого правового принципу. І саме від цього закріпленого у тексті закону принципу в подальшому відштовхуються юридична наука та практика» [265; с.23].

Г.О. Свердлик визначає принципи цивільного права як «закріплені чи відображені у преамбулах основоположних нормативних актів, а також у цивільно-правових нормах, такі, що виражають об'єктивні закономірності розвитку майнових, пов'язаних з ними особистих немайнових відносин, стабільні нормативно-керівні положення, у відповідності із якими будується нормативна база цивільно-правового регулювання, регламентація поведінки суб'єктів цивільного права та правозастосування» [385; с.17].

В.І. Миронов під правовими принципами розуміє закріплені у чинному законодавстві основоположні і керівні начала правової регламентації, які визначають сенс, зміст і застосування права. На його погляд, правові принципи не можуть бути віднесені до абстрактних понять, оскільки вони закріплені у змісті правових норм. Правові норми є нормами - принципами, які мають пріоритетне значення при реалізації правових приписів [340; с.85].

Інші автори звертають увагу на способи закріплення принципів права у правових нормах. Так, наприклад, ще С.М. Братусь відмічав, що принципи права можуть бути прямо сформульовані, або випливати із змісту цивільно-правових норм [222; с.137]. Подібну точку зору висловлює В.Н. Хропанюк, який зазначає, що «принцип права може спеціально закріплюватися у загальних юридичних нормах (нормах-принципах) або складати саму матерію права, проникаючи у внутрішній зміст правових норм» [416; с.215-216]. С.І. Шимон слушно зазначає, що «принципами цивільного права визнаються не лише ті загальні засади, які офіційно визначені у нормах цивільного законодавства…, а й ті концентровані правові ідеї, які не знайшли формального закріплення в нормах названого законодавства, однак, наявні у більшості цивільно-правових норм» [427; с.82].

Ряд авторів відносять принципи права до правових норм загального характеру, що мають високий ступінь абстракції. Така точка зору зустрічається як у сучасних дослідників [386; с.8], так і у класиків.[4]

Як правило, одночасно із віднесенням правових принципів до правових норм, заперечується думка про те, що принципи права є ідеями. Основним аргументом такої

[4] Так, ще П.Є. Недбайло зазначав, що принципи права «за своєю юридичною природою і суттю являють собою норми права, але лише із більш загальним і принциповим змістом». – [348; с.386].

позиції, як правило, виступає те, що такий підхід позбавляє їх практичної значущості, нівелює їх роль у правовому регулюванні [386; с.8]. О.А. Кузнєцова зазначає, що «принцип цивільного права необхідно розглядати і досліджувати як особливу правову норму…Оскільки будь-який цивіліст-практик застосовує не основні правові ідеї, не керівні юридичні начала, не головні законодавчі положення, а реальну норму права» [318; с.10].

Проти цієї точки зору висловлювався ще В.П. Грибанов, який звертав увагу на те, що «отожнення правового принципу з нормою права практично є рівнозначним запереченню правових принципів взагалі, визнанню того, що цих принципів не існує, а є лише правові норми, які відрізняються між собою більш загальним чи більш конкретним змістом» [241; с.216].

Відмінності між принципами права та правовими нормами В.П. Грибанов бачив у тому, що норми права складають зміст певної системи, галузі чи інституту права, у той час як правові принципи виражають суть права, його соціальну природу. «Принципи і норми права виражають «дух» і «букву» закону відповідно» [241; с.217]. Регулююче значення норм права полягає у тому, що вони встановлюють необхідність дотримання певної поведінки учасниками правовідношення. Регулююча функція принципів права цим не вичерпується, оскільки крім визначення поведінки учасниками відносин, вони «визначають основний зміст, характер тлумачення і застосування норм певної системи, галузі чи інституту права» [241; с.217].

В.П. Грибанов називає принципи права найважливішими правовими керівними ідеями [241; с.219]. Самі по собі вони не мають того ступеню обов'язковості, яка властива праву. Однак, вони знаходять свій вияв у праві. Їх закріплення у праві здійснюється в різних формах: «у формі самостійної правової норми загального характеру; у формі основної ідеї, що пронизує групу норм, інститут, галузь, і навіть усю систему права і навіть усю систему права в цілому; і нарешті, у формі правових приписів ненормативного характеру, наприклад, шляхом формулювання правового принципу у преамбулі закону». В силу закріплення у праві принципи стають виразом державної волі, їх дотримання забезпечується державою. Саме так вони набувають загальнообов'язкового характеру, що надає їм сили правових принципів [241; с.220-221].

Із західних авторів одним із найбільш відомих прихильників відмежування норм від принципів є Р. Дворкін. «Принципом» він називає стандарт, якого необхідно дотримуватися не тому, що він сприяє зміні чи збереженню певної економічної, політичної чи соціальної ситуації, а тому, що він виражає деякі моральні вимоги, будь-то вимоги справедливості, чесності тощо [245; с.45]. «І правові норми і правові принципи пропонують конкретні рішення з приводу юридичних обов'язків у конкретних обставинах, але вони відрізняються за характером їх направлення. Норми застосовуються за принципом все або нічого… У норми можуть бути виключення, але тоді вони повинні перераховуватися у її точному і повному формулюванні.. Принцип формує основу для міркування у певному напрямку, але не диктує конкретного рішення…» [245;с.48-49] .

Крім того, на відміну від норм принципи можуть бути більш або менш вагомими. Тому у разі зіткнення принципів правозастосовчий орган повинен зважити відносну вагу кожного із принципів. Вирішення конфліктів правових норм відбувається не залежно від їх вагомості, а на підставі інших норм, що регулюють правозастосовчий процес (наприклад, встановлюють пріоритет норми, встановленої вищим органом, спеціальної норми над загальною тощо) [245; с.51].

Р. Дворкін наводить деякі приклади принципів, висловлені в окремих судових рішеннях: нікому не дозволяється отримувати вигоду обманним шляхом, отримувати вигоду із скоєного ним правопорушення [242; с.44]; за відсутності шахрайства особа, яка підписала контракт, не прочитавши його, не може в подальшому звільнити себе від пов'язаних із ним обов'язків [245; с.47]; суди не повинні дозволяти використовувати себе як засіб несправедливості та упередженості [245; с.47].

Близькою до точки зору Р. Дворкіна є позиція М. Хезелінка, який визначає принципи як відправні точки для юридичних міркувань [485; с.60]. Даний автор особливу увагу присвячує відмежуванню принципів від цінностей. Цінності виражають уявлення про хороше. Вони можуть бути індивідуальні або політичні. До політичних цінностей М. Хезелінк відносить свободу, рівність та солідарність. Принципи та цінності пов'язані, однак ці концепції не є тотожними. Принципи належать праву, цінності – творцям права [485; с.60].

Одне із можливих визначень цінностей полягає у тому, що це «те, що почуття людей диктують визнати таким, що стоїть над усім і до чого необхідно прагнути, ставитися з повагою, визнанням, шаною. Цінність є не властивістю якоїсь речі, а суттю і одночасно умовою повноцінного буття об'єктів» [312; с.507]. Основними правовими цінностями є порядок, справедливість та свобода [541].

На наш погляд, стабільне та універсальне визнання певних цінностей може призводити до появи принципів права. Наприклад, загальновизнана цінність свобода – основа принципу свободи договору. Таким чином, загальновизнані цінності – це основа принципів права.

Слід також зауважити, що навіть закріплення принципу права у законодавстві, ще не перетворює його на правову норму. У зв'язку із цим показовою є точка зору німецького професора Б. Брайга, який виступаючи з доповіддю стосовно ролі добросовісності у німецькому цивільному праві, у першу чергу заявив про те, що «Добросовісність – не норма, а принцип». (Не зважаючи на те, що необхідність її дотримання встановлена пар. 242 НЦУ). На підтвердження цього професор вказав на те, що конкретні наслідки порушення добросовісності у НЦУ не визначені, зміст категорії «добросовісність» також не розкривається у ньому. Принцип існує незалежно від норми, розвиваючись у доктрині та судовій практиці [249].

Разом із тим, навіть ті дослідники, котрі вважають принципи різновидом правових норм, визнають їх специфіку порівняно з іншими нормами, яка, зокрема, виявляється у тому, що це «найбільш загальні норми, які мають найвищий ступінь нормативної узагальненості» [402; с.69].

Відповідь на питання, чи є принцип права правовою нормою, залежить серед іншого й від того, який зміст вкладається у поняття «правова норма». Наприклад, В.А. Мальцев визначає правову норму як «логічно завершене, формально ціле, владне веління, яке конкретно виступає у певних нормативно-правових приписах, нормах-принципах, правових дефініціях, вимогах, розпорядженнях, наказах, постановах, програмних та статутних положеннях» [329; с.98].

За такого розуміння правових норм, віднесення до їх числа принципів, на наш погляд, не є безспірним, оскільки однією із вказаних ознак правових норм є їх конкретність, що, звичайно, не притаманна принципам права.

Інше визначення правової норми полягає у тому, що «це правова настанова, сформована у вигляді, який допускає її самостійне застосування для регулювання тих чи інших типових ситуацій» [373; с.24].

Таке розуміння правової норми також виключає можливість віднесення принципів права до правових норм, оскільки метою застосування принципів права є у тому числі врегулювання нетипових ситуацій.

П.М. Рабінович визначає правову норму як «формально-обов'язкове правило фізичної поведінки, яке має загальний характер, встановлюється або санкціонується державою з метою регулювання суспільних відносин і забезпечується її організаційною, виховною та примусовою діяльністю» [376; с.123].

Безсумнівно, це визначення, на відміну від попередніх, створює більше можливостей для віднесення принципів права до правових норм, оскільки у ньому йдеться про їх обов'язковість та загальний характер. Разом із тим, однозначне твердження про те, що правові норми «встановлюються або санкціонуються державою» створює проблеми для віднесення принципів права до числа правових норм. Так, дійсно, принципи права можуть встановлюватися або санкціонуватися державою. Однак, вони можуть встановлюватися або санкціонуватися не державою (принаймні принципи права, що використовуються для регулювання МПДЗ), а, наприклад, сторонами зобов'язань.

Крім того, П.М. Рабінович зазначає, що «Правова норма а) регулює групу кількісно невизначених суспільних відносин; б) адресована колу неперсоніфікованих суб'єктів; в) діє в часі безперервно; г) не вичерпує свою обов'язковість певною кількістю застосувань; д) її чинність припиняється, скасовується за спеціальною процедурою» [376; с.123]. Остання із перелічених ознак правової норми також нівелює можливість віднесення принципів права

до правових норм, оскільки однією із особливостей принципів є те, що вони не припиняються і не скасовуються, оскільки втілюють у собі неминучі цінності.

Цікаво, що штучність віднесення принципів права до правових норм відчувають навіть ті автори, які наполягають на тому, що принципам права необхідно надати статус правової норми. І для того, щоб подолати цю штучність пропонується змінити підхід до розуміння правової норми.

Так, О.А. Кузнєцова зазначає, що «завдання дослідника полягає не в тому щоб відмовити правовим принципам та іншим нетиповим правовим явищам у статусі норми, а у тому, щоб допомогти їм його набути» [318; с.33]. Разом із тим, автор визнає, що розуміння правової норми притаманне сучасній правовій доктрині, як правило, не дозволяє віднести принципи права до правових норм, тому «включення принципів права до системи правових норм повинно потягнути за собою удосконалення поняття «правова норма» [318; с.29].

Звичайно, виникає питання: навіщо принципи права відносити до правових норм, змінивши при цьому саме поняття правової норми?

О.А. Кузнєцова відповідає на нього наступним чином: «будь-який цивіліст-практик застосовує не основні правові ідеї, не керівні юридичні начала, не головні законодавчі положення, а реальну норму права. Нормативність принципів права важлива й для того, щоб природні принципи права набули реальних прагматичних рис» [318; с.32].

Дана теза не видається безспірною принаймні щодо регулювання МПДЗ. У разі виникнення спору сторони міжнародного приватного договору можуть передати його на вирішення міжнародного комерційного арбітражу, уповноваживши останній застосовувати до вирішення спору недержавні регулятори, наприклад, загальні принципи права.

Крім того, у багатьох державах можливість застосування загальних принципів права надана й державним судам[5].

[5] Наприклад, відповідно до ст. 1 (1) та 1(4) ЦК Іспанії: «1. Джерелами правової системи Іспанії є закони, звичаї та загальні принципи права. 4. Загальні принципи права підлягають застосуванню у випадку відсутності закону чи звичаю, що підлягають застосуванню, за умови, що вони сприяють приведенню в порядок правової системи» [168].
Ст. 12 (2) ЦК Італії передбачає, що «Якщо справа не може бути вирішена на підставі точного положення писаного права, слід звернутися до положень, що регулюють схожі або аналогічні справи чи питання. Якщо справа не може бути вирішена у такий спосіб, вона повинна вирішуватися відповідно до загальних принципів правопорядку Держави» [70].

Ст. 565 ЦК Франції встановлює, що право приєднання, коли воно має своїм предметом дві рухомі речі, що належать двом різним господарям, цілком підпорядковується принципам природної справедливості. На принцип

Так, звісно, відповідні повноваження на застосування загальних принципів судами встановлюються у законодавстві, однак, слід підкреслити, що таке закріплення не позбавляє правові принципи статусу «принципів» або «керівних юридичних начал». Закріплення принципів права у законодавстві створює можливість їх застосування державними судами, однак не змінює їх якості.

Крім того, не можна погодитися із тим, що закріплення принципів у положеннях писаного права надає їм реальності. Чи можна стверджувати, що ст. 1842 ЦК Франції, яка передбачає, що до «реєстрації товариства відносини між учасниками регулюються договором товариства та загальними принципами права, що застосовуються до договорів та зобов'язань» надала реальності «загальним принципам права, що застосовуються до договорів та зобов'язань»? На наш погляд, ні. Реальності вони набудуть тоді, коли суд визначить коло таких принципів, їх зміст і застосує їх для вирішення справи.

Віднесення принципів права до правових норм призводить О.А. Кузнєцову до висновку про те, що «принципи права не можуть бути постійними, вони змінюються від епохи до епохи, від держави до держави відповідно до їх особливостей» [318; с.35].

З таким висновком не можна погодитися, тому що принципи права базуються на незмінних цінностях, відтак, на відміну від правових норм, вони характеризуються стабільністю. Чи можна стверджувати, що, наприклад, принцип справедливості постійно змінюється? На наш погляд, ні. Інша справа, що правозастосовчий орган не завжди керується справедливістю, але це ще не означає змінюваності принципу справедливості.

Віднесення принципів права до правових норм спонукало О.А. Кузнєцову шукати у принципах права гіпотезу, диспозицію та санкцію. Щоправда вона визнала, що санкції у принципах не існує [318; с.34]. Гіпотези у нормах-принципах присутні, однак «Норми-принципи містять правила найзагальнішого характеру, тому у їх гіпотезах не можуть міститися конкретні умови дії правових норм» [318; с.35].

справедливості вказує й ст. 815-13 ЦК Франції, яка встановлює, що « Якщо один із власників покращив за свій рахунок стан нерухомого майна, він повинен отримати за це винагороду за принципом справедливості…» [65].

Відповідно до ст. 668 (2) ЦК Молдови «законно укладений договір пов'язує сторони не лише у відношенні того, що вони прямо встановили, але й по відношенню того, що випливає із його суті відповідно до закону, звичаїв чи принципу справедливості»[10].

Виникає питання: для чого стверджувати, що норма-принцип має гіпотезу, щоб тут же зазначити, що цій гіпотезі не притаманні ознаки гіпотези?

«Диспозиція норми-принципа складається із різних «юридичних імперативів» (спеціальних правил), що розшифровують конкретний принцип права» [318; с.36]. У якості прикладу диспозиції норми-принципа автор наводить ст. 2 ЦК Республіки Білорусь, яка розкриває принцип рівності учасників цивільних відносин.

З цього приводу слід зауважити, що навіть якщо законодавець, фіксуючи у писаному праві той чи інший принцип, перелічує права та обов'язки суб'єктів певних відносин, такий перелік ніколи не буде носити вичерпного характеру. Якщо законодавець зазначив, що такий перелік є вичерпним – принцип перестав існувати. Замість нього з'явилася норма. Тобто, особливістю принципу є те, що права та обов'язки, які встановлені ним формулюються загальним чином, для того щоб задати орієнтир сторонам правовідношення, а у разі виникнення спору – правозастосовчому органу.

Деякі західні автори відмежовують принципи права від правових правил, але при цьому відносять і перші і другі до правових норм. Однак правовою нормою у даному випадку розуміються важелі, що «забезпечують стандартизований спосіб поведінки суб'єктів права» [456; с.110].

Єдину відмінність між принципами права та правовими правилами Дж. Даці вбачає у їх природі. «У випадку принципу права, норма має загальну природу та слугує узагальненим стандартом для прийняття рішення із невизначеного числа справ, які потребують застосування загальної норми. В той час як у випадку правового правила, норма поведінки застосовується до чітко визначених обставин чи відносин та не може слугувати узагальненим стандартом для прийняття рішення» [456; с.110].

Схожу позицію займає К. Бергер, який відмежовує «загальні принципи» («general principles»), «правила» («rules») та стандарти («standards»), які сукупно відносяться ним до категорії «норми» («norms»). Якщо по відношенню до правил зазвичай існують певні вказівки щодо умов, за яких вони можуть бути застосовані, тобто існує більш-менш чітке коло їх можливих застосувань, загальні принципи за своєю суттю є значно менш точними, вказівки щодо щодо їх застосування не є чіткими, а сформульовані в загальній і розпливчатій манері. Іншими словами, загальні принципи, як правило, не мають заданих

умов застосування. Замість цього, вони являють собою «правила оптимального застосування», що означає, що ступінь їх дотримання може бути різним. Необхідний ступінь дотримання залежить не тільки від фактичних, а й від правових варіантів, відкритих для певної групи [439; с.202].

Відтак, застосування загальних принципів вимагає істотного зважування суперечливих принципів та правил. Саме тому загальні принципи завжди є предметом дискусії щодо їх ефективності та сфери застосування.

Загальні принципи права виражають загальну істину, яка слугує основним орієнтиром для застосування закону, в той час як правила є практичним формулюванням принципів і, з міркувань доцільності, можуть змінюватися, і відходити від принципів, з яких вони виникають. Це знижує рівень передбачуваності застосування загальних принципів, а також їх практичну придатність [439; с.203].

Таким чином, не зважаючи на те, що Дж. Даці та К. Бергер відносять принципи права до правових норм, очевидно, що при цьому правову норму вони сприймають як регулятор поведінки сторін, що може мати загальний характер і слугувати орієнтиром у правозастосуванні (правовий принцип) або конкретний вираз і застосовуватися за чітко визначених обставин (правове правило). Іншими словами «правове правило» дані автори розуміють так, як наприклад, Б.І. Пугінський розуміє «правову норму».

Віднесення принципів права до регуляторів поведінки сторін правовідношення, що мають загальний характер, заслуговує на підтримку, оскільки принципи права дійсно задають загальний напрям впливу на поведінку сторін правовідношення.

Крім того, К. Бергер звертає увагу на те, що загальні принципи права також виконують важливе завдання щодо пояснення функцій окремих правових інститутів у контексті правової системи. Вони допомагають правовим інститутам у тому щоб вони виявлялися не лише як певна група норм і правил, але як група, що має певне значення, і, отже , як «система». Посилання на загальні принципи права, таким чином, дозволяє здійснювати певний самоконтроль правозастосовчому органу, оскільки рішення, знайдене для окремих правових проблем, повинно бути інтегровано в узгоджену систему загальних принципів.

Саме з цієї причини загальні принципи права сьогодні для національних судів є чимось, що надає їм «квазі законотворчу владу», що дозволяє їм знайти більш сучасні рішення для юридичних проблем сьогодення [439; с.202].

Приблизно ту ж точку зору відстоює К. Войгт, характеризуючи роль загальних принципів права, у міжнародному праві. Зокрема, вона відмічає, що загальні принципи права є визнаним динамічним елементом у міжнародному праві, забезпечують можливість судам виконувати творчу функцію, що сприяє розвитку міжнародного права [556; с.4].

Крім того, не зважаючи на те, що принципи права можуть мати нормативне закріплення їх не слід ототожнювати із принципами законодавства, навіть якщо саме законодавство іменує їх саме так.

В українській цивілістичній доктрині на цій проблемі слушно наголошує С.О. Погрібний, який зазначає, що «передбачені статтею 3 ЦК України загальні засади цивільного законодавства мають значно ширше значення, ніж це випливає з буквального тлумачення зазначеної норми, і стосуються не тільки випадків державного регулювання договірних відносин…у зв'язку із цим запропоновано іменувати їх у законі та у теорії цивільного права «принципами правового регулювання цивільних відносин» [362; с.5].

На відмінності між принципами права та принципами законодавства вдало звертає увагу П.А. Калінін. Зокрема, принципи законодавства є підсистемою принципів права. Принципи права орієнтують законодавця на створення правил поведінки, можуть безпосередньо регулювати суспільні відносини у випадку наявності прогалин у праві. Принципи законодавства орієнтують суб'єкта права у системі законодавства на вибір потрібної норми. Принципи права визначають його сутнісний зміст. Принципи законодавства вирішують питання оптимальної структурно-композиційної побудови законодавства[278; с.10].

До ознак принципів права відносять їх регулятивність, історичний характер, матеріалізацію у праві шляхом безпосереднього формулювання у нормах права або виведення із змісту нормативно-правових актів [297; с.43]. Часто серед ознак принципів права виділяють системність, взаємоузгодженість, загальнообов'язковість, універсальність, стабільність, предметну визначеність, загальнозначущість [398; с.42].

На наш погляд, принципи права – є одним із проявів моральних цінностей у праві. Відповідь на питання про те, чи впливають закономірності розвитку суспільства на формування правових принципів значною мірою залежить від того, як саме розуміється «закономірність». Якщо закономірність – взаємозв'язок існуючих та таких, що повторюються явищ реального світу, що визначає етапи і форми процесу становлення, розвитку явищ природи, суспільства [266], то навряд чи можна стверджувати, що, наприклад, добросовісна поведінка є закономірністю. Навпаки, реалії життя вказують на те, що закономірністю розвитку сучасного суспільства є недобросовісність. Тому, швидше за все, принципи права випливають не із закономірностей розвитку суспільства, а із моральних вимог добра та справедливості. Відтак, принципи права слугують орієнтиром, високим стандартом поведінки сторін правовідношення, правостворення, правозастосування.

Оскільки в основі принципів права - вічні цінності, вони є стабільнішими, ніж правові норми.

Принципи права можуть прямо закріплюватися у положеннях писаного права або бути в їх основі. При цьому ми не погоджуємося із тим, що принципи права можуть бути виведені із правових норм, навпаки – правові норми формуються під впливом принципів права. Наприклад, норми цивільних кодексів окремих країн, що дозволяють укладати договори як передбачені так і не передбачені цивільним законодавством, сформувалися під впливом принципу свободи договору.

Разом із тим, навіть якщо принцип права прямо закріплений у законодавстві, на відміну від правової норми, він продовжує залишатися лише загальним орієнтиром регулювання відносин.

Необхідність закріплення принципів права у законодавстві в окремих правових системах може бути викликана правилами правозастосування. Зокрема, вимог до судових рішень щодо того, що вони мають містити посилання на норму законодавства (статтю, частину, пункт).

Однак, навіть закріплені у законодавстві принципи права мають абстрактний характер, головним чином тому, що принципи права не можуть бути чітко виражені

письмово. Застосування норм, що прямо закріплюють принципи, завжди надає певну свободу правозастосовчому органу. Визначення того, що складає добросовісність, справедливість, свободу завжди буде залежати від розсуду того, хто застосовує норми, що закріплюють ці принципи. Розсуд такої особи у даному випадку повинен обмежуватися тими цінностями, що лежать в основі відповідного принципу. Крім того, він може обмежуватися нормами законодавства або визнаними підходами судової практики та доктрини.

Слід погодитися із тим, що принципи мають універсальний, загальнообов'язковий характер. Однак, навряд чи можна однозначно стверджувати, що їм притаманна взаємоузгодженість. Навпаки, вони можуть конфліктувати між собою (наприклад, принцип свободи договору і принцип добросовісності, принцип ефективності та принцип правової визначеності)[6].

Тому застосування правового принципу часто вимагає зважування його значущості з урахуванням обставин справи порівняно з іншими принципами.

Різні принципи права неоднакові за своєю значущістю. Існують принципи права, що є його квінтесенцією. У приватному праві до них належать принципи добросовісності та свободи. Ці принципи визначають основні напрямки прав та обов'язків учасників правовідносин, правостворення та правозастосування.

Водночас існують принципи, які виконують скромнішу роль. По-суті вони є «технічним керівництвом» із вибору норм права, що підлягають застосуванню. (Наприклад, принцип переваги спеціальної норми над загальною).

[6] Так, К. Бергер характеризуючи правозастосовчу практику у сфері договірного права, зазначає, що тут «застосування права завжди коливається між «договори повинні виконуватися» і міркуваннями справедливості і, отже, багато в чому залежить від врахування ряду гнучких принципів» [439; с. 203].

1.2. Поняття, система, функції принципів правового регулювання МПДЗ

Перш ніж визначитися із поняттям, системою та функціями міжнародних приватних договірних зобов'язань слід розглянути питання поняття міжнародних приватних договірних зобов'язань.

Для розкриття поняття міжнародних приватних договірних зобов'язань необхідно зупинитися на його окремих складових.

Зобов'язання – це правовідношення, в якому одна особа (кредитор) має право вимагати від іншої особи (боржника) здійснити виконання: вчинити певну дію або утриматися від її вчинення, а боржник зобов'язаний здійснити на користь кредитора відповідне виконання[7].

Зобов'язання, що виникають з договорів іменують договірними зобов'язаннями. Приватні договірні зобов'язання опосередковують приватні відносини, тобто, відносини, які ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності[8]. При цьому ми підтримуємо позицію А.С. Довгерта стосовно того, що «З переходом до ринкової економіки в Україні усталюється дихотомічний погляд на право, коли у праві вбачають лише дві галузі (мегагалузі) – публічне і приватне право. За цього погляду терміни «цивільне право» та «приватне право» є тотожними. Цивільне, сімейне, трудове, підприємницьке право не є окремими галузями права. Ці назви лише вказують на сфери, в яких діють загальні та спеціальні норми приватного права» [255-1; с.11].

Приватні договірні зобов'язання набувають міжнародного характеру, якщо вони пов'язані із двома або більше країнами. Існує думка, що це має місце, якщо у відносинах присутній іноземний елемент.

---

[7] Існують батато визначень поняття «зобов'язання» на доктринальному рівні. Так, наприклад, французький юрист Є. Годеме визначав його – як «правовий зв'язок, за допомогою якого одна особа пов'язана по відношенню до іншої до надання, дії або утримання» [238; с. 18]. Визначено поняття зобов'язання й у DCFR. Так, відповідно до ст. III. – 1:102 (1) DCFR «Зобов'язання є обов'язком виконати, який одна сторона правовідношення, боржник, має по відношенню до іншої сторони, кредитора». У окремих країнах поняття зобов'язання визначене на нормативному рівні (див. наприклад, ст. 509 (1) ЦК України, ст. 268 ЦК РК).

[8] Ст. 1 (1) (1) ЗУ «Про МПрП».

В Україні поняття іноземного елементу закріплено на нормативному рівні. Зокрема, відповідно до ст. 1 ЗУ «Про МПрП» іноземний елемент – ознака, яка характеризує приватноправові відносини, що регулюються цим Законом, та виявляється в одній або кількох з таких форм: хоча б один учасник правовідносин є громадянином України, який проживає за межами України, іноземцем, особою без громадянства або іноземною юридичною особою; об'єкт правовідносин знаходиться на території іноземної держави; юридичний факт, який створює, змінює або припиняє правовідносини, мав чи має місце на території іноземної держави. Такий поділ іноземних елементів підтримує й наука міжнародного приватного права [213; с.11].

Однак є й інша думка, яка полягає в тому, що прояви іноземного елементу відрізняються великим різноманіттям і навряд чи можуть скласти вичерпний перелік [267; с. 23].

О. Бєлоглавек відзначає, що іноземний елемент може виявлятися у суб'єкті, об'єкті правовідношення, юридично значущій для правовідношення дійсності, у випадку акцесорного зобов'язання, іноземний елемент присутній, якщо основне правовідношення підпорядковується іноземному праву. Водночас він звертає увагу на те, що в окремих випадках іноземний елемент може бути присутнім у відносинах, але не зважаючи на це, таке правовідношення не може вважатися «правовідношенням за участю іноземного елемента», якщо іноземний елемент не має достатнього ступеню інтенсивності [210; с.169].

Слід також відмітити те, що окремі міжнародні конвенції не використовують поняття іноземного елементу для визначення міжнародного характеру зобов'язання. Більше того, а аналізу положень окремих із них можна зробити висновок, що, наприклад, національна належність сторін не впливає на оцінку договору як міжнародного, натомість місце знаходження комерційних підприємств у різних державах, або інші критерії.[9]

Найбільш повно, на наш погляд, критерії відмежування внутрішніх і міжнародних договорів визначені А. В. Асосковим. Зокрема, автор виділяє юридичний критерій (тест) та еконономічний (функціональний) критерій (тест). Суть використання юридичного критерію полягає у тому встановлюється вичерпний перелік характеристик договору, які

[9] Про характеристи, які впливають на визначення «міжнародного характеру» договірних зобов'язань в окремих Конвенціях – див. с. 233-239 дисертації.

враховуються при визначенні міжнародної природи договору.[10] Такий підхід критикується за низкою підстав, зокрема, через те, що він не враховує того, що транскордонний характер договору може випливати не з наявності заздалегідь визначених елементів, а функціонального зв'язку даного договору з іншим транскордонним договором. Використання економічного тесту полягає в оцінці зв'язку договору з галуззю міжнародної торгівлі та надання послуг, а не у аналізі формальної наявності того чи іншого елементу, розташованого за кордоном [197; с.235-242].

На наш погляд, слід погодитися із тим, що в окремих випадках наявність того чи іншого іноземного елементу не буде настільки значущою, щоб стверджувати, що договір набув міжнародного характеру. Так, наприклад, підписання договору поставки у Москві між двома юридичними особами, створеними і зареєстрованими в Україні, за яким продавець зобов'язується поставляти товари, які він виготовляє в Житомирі покупцеві у Київ, насправді, не є настільки значущим, щоб призводити до набуття таким договором міжнародного характеру (хоча юридичний факт його укладення мав місце за кордоном), оскільки відносини, які вскладаються в ході виконання такого договору є суто внутрішніми.

Водночас, слід звернути увагу й на те, що у відносинах може і не бути іноземного елементу у розумінні ЗУ «Про МПрП», але вони матимуть міжнародний характер. Наприклад, договір, укладений між двома юридичними особами, створеними за правом України, за яким поставка товарів буде здійснюватися з філії продавця, що розташована в іншій державі, передбачає перетин кордону товаром і зобов'язання, які випливають з такого договору за свою суттю носитимуть міжнародний характер.

У зв'язку із цим пропонуємо доповнити ст. 1 (2) Закону України «Про МПрП» новим абзацом наступного змісту: «місце знаходження комерційного підприємства, через яке за умовами договору повинно відбуватися виконання зобов'язань розташоване на території іноземної держави».

Таким чином, міжнародне приватне договірне зобов'язання – це правовідношення, що пов'язане з двома або більше країнами, що характеризується юридичною рівністю, вільним волевиявлення, майновою самостійністю його

[10] Те, що ст. 2 ЗУ «Про міжнародне приватне право» передбачає, що цей Закон застосовується до питань, які виникають у сфері приватно-правових відносин з іноземним елементом, а ст. 1 цього ж Закону містить вичерпний перелік таких елементів, дає підстави для висновку, що у законодавстві України використаний юридичний критерій.

учасників, в якому одна особа (кредитор) має право вимагати від іншої особи (боржника) здійснити виконання: вчинити певну дію або утриматися від її вчинення, а боржник зобов'язаний здійснити на користь кредитора відповідне виконання.

Розкриваючи питання поняття, системи та функцій принципів правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань ми будемо виходити з того, що правове регулювання – це вплив на суспільні відносини, що здійснюється за допомогою норм позитивного права та інших правових засобів [375; 3-7], до яких, зокрема, належать принципи права, а також із того, що такий вплив можуть здійснювати як сторони договірних зобов'язань так і держава.

Таким чином, принципи правового регулювання МПДЗ – це орієнтири, керівні юридичні начала, випливають із моральних цінностей добра і справедливості, мають універсальний, загальнообов'язковий характер, впливають на поведінку сторін міжнародного приватного договірного зобов'язання, процеси створення та застосовування норм, що регулюють МПДЗ.

До принципів права, що використовуються для правового регулювання МПДЗ, безумовно, належать загальні принципи права, принципи приватного права взагалі та міжнародного приватного, зокрема, принципи, що регулюють інститут договірних зобов'язань.

Загальні принципи права розглядаються як основні начала, які виражають найістотніші риси, зміст, особливості та регулятивні механізми права [269; с.5]. Встановлюючи універсальний характер загальних принципів права, слід керуватися «вимогами здорового глузду, застосовуючи порівняльно-правовий метод і орієнтуючись на практику, що склалися в основних правових сім'ях» [362; с.15]. Найчастіше до загальних принципів права відносять принципи гуманізму, рівності громадян перед законом, демократизму, законності, справедливості [239; с.150].

У літературі доволі часто досліджуються «загальні принципи права, визнані цивілізованими націями», у зв'язку із тим, ст. 38 (1) (с) Статуту Міжнародного Суду ООН встановлює можливість їх застосування. До таких принципів відносять принципи

самозбереження, добросовісності, відповідальності (до них належать принципи індивідуальної відповідальності, вини, повного відшкодування, безпосереднього зв'язку), а також процесуальні принципи [449]. Можливі й інші визначення загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями [269; с.6]; [350; с.214-213]; [342; с.47-48].

У праві ЄС загальними принципами права вважаються принципи, що гарантують захист фізичних та юридичних осіб від дій органів ЄС, захисту прав людини, загальної заборони свавілля, пропорційності, захисту довіри, правової визначеності, недискримінації, субсидіарності, процесуальні принципи [235; с.181-186].

Загальні принципи права можуть застосовуватися міжнародним комерційним арбітражем, якщо сторони арбітражної угоди уповноважили його вирішувати спір згідно із певними недержавними регуляторами (lex mercatoria, правом міжнародної торгівлі, загальними принципами права тощо). У зв'язку із цим види загальних принципів права доволі часто стають предметом досліджень з міжнародного комерційного арбітражу.

Серед загальних принципів права, що застосовуються міжнародним комерційним арбітражем, виділяють наступні. 1. Суверенний уряд може укладати та бути пов'язаним договорами з іноземними приватними сторонами. Серед іншого цей принцип означає, що уряди держав, що вступили у договірні відносини з іноземними приватними особами, не можуть посилатися на суверенітет держави з метою ігнорування взятих на себе раніше комерційних договірних зобов'язань. 2. «Корпоративна завіса» може бути відкрита, щоб запобігти уникненню договірної відповідальності справжнього власника. Цей принцип застосовується з метою захисту кредиторів чи інших осіб, зокрема, у випадку коли компанія звільнилася від активів її власником. 3. Невиконання договору внаслідок форс-мажорних обставин не є його порушенням. Збитки заподіяні таким невиконанням повинні чесно нестися сторонами. 4. Договори, що серйозно порушують добрі нрави або міжнародний публічний порядок є недійсними. 5. Справедлива компенсація є основним способом захисту у разі понесення збитків. 6. Право власності та інші законні права, як правило, є недоторканими, держава не може вилучати їх без справедливої компенсації. 7. Сторона договору не може отримувати безпідставного збагачення [518].

У доктрині природного права важливу роль відіграє принцип верховенства права [327; с.222-229]. Зміст цього принципу розкритий, зокрема, у Доповіді Венеціанської комісії «Про верховенство права» [527]. Значення принципу верховенства права для приватного права грунтовно досліджено А.С. Довгертом [252].

Крім того, А.С. Довгерт виділяє норми-принципи природного приватного права, які належать до уніформованих норм права. До них він відносить bona fides (good faith, справедливість, добросовісність, розумність), право людини на честь і гідність, право власності, принципи свободи договору, відшкодування заподіяної шкоди тощо. Крім того, автор звертає увагу на те, що сьогодні вже «можна говорити про існування позитивного всесвітнього цивільного права на рівні принципів … у певних сферах, наприклад, у сфері прав людини, авторського права, морського права» [251; с.249].

Основні принципи МПрП визначаються як основні начала, на яких побудована уся система правової регламентації приватноправових відносин міжнародного характеру. До них відносять принцип суверенної рівності національного права держав, принцип захисту вітчизняного правопорядку, принцип найбільш тісного зв'язку [337; с.31-35]. Існує також розуміння принципів МПрП як основних начал, до яких перш за все відносять національний режим, взаємність, режим найбільшого сприяння, реторсії, а також публічний порядок, обхід закону та зворотну відсилку [195; с.103].

М. Вольф керівним принципом МПрПназиває «гармонію законів». «Якщо ця мета буде досягнута, кожен судовий позов може бути вирішений за одними і тими ж законами внутрішнього матеріального цивільного права, незалежно від того, у якому суді він пред'явлений» [232; с.31].

В.Я. Калакура до принципів МПрП відносить принципи верховенства права, свободи особи, непорушності права власності (свободи власності), свободи договору, свободи підприємницької діяльності, судового захисту порушеного права чи інтересу, засади розумності, справедливості та добросовісності, «колізійні» принципи: найтіснішого зв'язку, автономії волі [277].

Л.В. Котова визначає принцип МПрП як об’єктивно обумовлене, таке, що має вищу імперативність, виражене у юридичній формі основне керівне начало для визначення правового регулювання в порядку подолання колізійної проблеми [308; с.690]. До принципів МПрП вона, зокрема, відносить: принцип найбільш тісного зв’язку; принцип недискримінації іноземців; принцип захисту свого правового поля, для реалізації якого можливі такі засоби як імперативні норми, надімперативні норми, застереження про публічний порядок [308; с.693-694].

Розгорнуту класифікацію принципів МПрП пропонує С.М. Задорожна. Зокрема, автор виділяє загальні принципи міжнародного приватного права, до яких належать загальні принципи права та загальні принципи міжнародного права; спеціальні принципи міжнародного приватного права, що складаються із диспозитивних принципів (автономії волі та найтіснішого зв’язку); принципу надання спеціальних режимів (національного, режиму найбільшого сприяння, взаємності та реторсій); принципу безумовного застосування іноземного законодавства; принцип взаємодії національних правових систем, який охоплює принцип національної юрисдикції, принцип поєднання колізійного та матеріально-правового методів, принцип визнання іноземних рішень та документів; колізійні принципи: принцип місцезнаходження речі, принцип місцезнаходження основного виконавця правочину, принцип прапора, принцип місця заподіяння шкоди [264; с.42-44].

На наш погляд, окремі елементи цієї системи не є безспірними. Зокрема, заперечення викликає принцип «безумовного застосування іноземного законодавства». Навіть сама автор, розкриваючи цей принцип вказує на те, що він охоплює: принцип дотримання публічного порядку, принцип дії імперативних норм, принцип не обходу закону, принцип зворотного відсилання та відсилання до третьої країни [264; с.43].

Тобто, застосування іноземного права не є «безумовним», навпаки, умовою його застосування є несуперечливість наслідків такого застосування публічному порядку певної держави, її імперативним нормам, а також те, що воно не є обходом закону.

Викликає заперечення й те, що принцип найтіснішого зв'язку віднесений до «диспозитивних принципів». Диспозитивність означає можливість суб'єктів правовідносин «домовитися щодо правил взаємної поведінки»[376; с.126]. В той час як принцип найтіснішого зв'язку використовується правозастосовчим органом. Законодавчі положення, які закріплюють цей принцип, надають такому органу певну свободу, однак встановлюють правила визначення такого принципу, яких правозастосовчий орган повинен дотримуватися.

Не можна погодитися і з тим, що принцип місцезнаходження речі, принцип місцезнаходження основного виконавця правочину, принцип прапора, принцип місця заподіяння шкоди є колізійними принципами. Нагадаємо, що принципи – це напрямки загального характеру. Місцезнаходження речі, місцезнаходження основного виконавця правочину, прапор – не загальні, а конкретні поняття, через те вони є частинами колізійної норми, а не принципу.

Міжнародні комерційні договірні відносини можуть бути предметом регулювання lex mercatoria. Один із можливих підходів визначення принципів цієї правової системи був запропонований О.О. Мережком. Так, автор поділяє принципи lex mercatoria на загальні та спеціальні. До загальних принципів віднесені загальні принципи міжнародного права, які регулюють міждержавні відносини і безпосередньо не регулюють відносини за участю фізичних та юридичних осіб. До них належать загальні принципи міжнародного публічного права, що застосовуються до міжнародних приватноправових відносин; принципи міжнародного економічного права; принципи міжнародної торгівлі; загальні принципи права; загальні принципи цивільного та торгового права; загальні принципи міжнародного приватного права. До спеціальних принципів він відносить норми, що регулюють порядок укладення, дії та припинення міжнародних комерційних контрактів, принципи договірного права [339; с.191-237].

Безумовно для правового регулювання МПДЗ використовуються принципи зобов'язального, зокрема, договірного права. Так, наприклад, Н.С. Кузнєцова виділяє принципи, що мають першочергове значення для зобов'язального права (свободи договору, свободи підприємницької діяльності, не забороненої законом; судовий захист цивільного

права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність), а також спеціальні принципи: диспозитивності, належного та реального виконання [317].

Т.В. Боднар були визначені три групи принципів, під впливом яких здійснюється виконання договірних зобов'язань: а) загально-цивілістичні, які поширюють свою дію на всі види цивільних відносин (свободи договору, свободи підприємницької діяльності, яка не заборонена законом, судовий захист цивільного права та інтересу); б) принципи зобов'язального права, які найбільш яскраво виявляються в зобов'язальних відносинах (справедливості, добросовісності та розумності); в) принципи виконання зобов'язань (належного виконання, обов'язковості договору, співробітництва) [218; с.112-116].

Пошук моделі правового регулювання цивільних відносин у Європі став поштовхом для виведення принципів європейського договірного права, спільних для усіх європейських країн. Існують різні системи таких принципів. Так, наприклад, на думку Асоціації Генрі Капітена та Товариства порівняльного законодавства керівними принципами європейського договірного права є принцип свободи договору, принцип договірної визначеності та принцип договірної чесності [544].

Інакше до визначення кола принципів, що регулюють цивільні (у тому числі договірні відносини) підійшли розробники DCFR.

Ще у вступі до Тимчасового видання DCFR 2008 року розробники звернулися до читачів з питанням, наскільки доцільно включити до тексту DCFR окрему частину, яка б містила фундаментальні принципи та цінності, що лежать в основі модельних правил цього документу, призначених для регулювання окремих цивілістичних інститутів.

У Тимчасовому виданні DCFR 2008 року були перераховані наступні принципи: справедливості, свободи, захисту прав людини, економічного благополуччя, солідарності та соціальної відповідальності, встановлення простору свободи, безпеки та справедливості, просування на внутрішній ринок, захисту споживачів та інших осіб, що потребують захисту, збереження культурного та лінгвістичного багатоманіття, розумності, правової визначеності, передбачуваності, ефективності, захисту розумної довіри, належного розподілу відповідальності за створення ризику.

Зворотня реакція була неоднозначною. Деякі коментатори вітали посилання на немайнові цінності (права людини, солідарність та соціальна відповідальність). Інші висловлювали сумніви щодо практичного значення такого великого, різноманітного переліку, в якому не визначені пріоритети [140; с.10-11].

У редакції DCFR 2009 року був використаний відмінний від попереднього підхід до визначення кола принципів. Варто відмітити те, що принципи були розподілені на дві групи: базові принципи (underlying principles) та важливі принципи (overriding principles). До **базових** віднесені принципи свободи, безпеки, справедливості та ефективності.

Важливими є принципи захисту прав людини, підтримки солідарності та соціальної відповідальності, збереження культурного та мовного різноманіття, захист та сприяння добробуту та просування внутрішнього ринку. Водночас, розробники DCFR зазначають, що свобода, безпека, справедливість та ефективність також відіграють роль важливих принципів. Таким чином, їх роль подвійна [140; с.13].

Такий підхід до визначення принципів DCFR був підданий критиці у юридичній літературі. Так, М. Хезелінк, аналізуючи принципи DCFR у виданні 2009 року та порівнюючи їх виданням 2008 року, зазначав, що: «той факт, що базові принципи можуть бути змінені так легко на інші не лише змушує замислитися над відомою фразою Граучо Маркса («Це мої принципи, якщо вони вам не подобаються - я маю інші»)… Якщо лише за один рік принципи можуть бути зменшені з 15 до 4, змінені від репрезентативних до консервативних…. тоді видається сумнівним, що цьогорічний перелік дійсно складається з основоположних принципів. Швидше за все принципи свободи, безпеки, справедливості та ефективності є залежним від обставин набором цінностей, вибір яких значною мірою залежав від їх авторів та чутливості до критики з різних боків» [485; с.10].

Крім того, М. Хезелінк вказує на сумнівність того, що європейське приватне право повинно базуватися на замкненій системі цінностей. Водночас, якщо обмежений набір основоположних цінностей Європейського приватного права є необхідним (у зв'язку тим,

що його закріплення у CFR вимагається Комісією), тоді ці цінності повинні бути тими, на яких заснований Європейський Союз.[11]

Підставою для критики стали й 1, 4 ст. I.-1:102 (1,4) Модельних правил DCFR, відповідно до яких: «(1) Ці правила повинні тлумачитися автономно та відповідно до їх базових цілей та принципів. (4) Питання, що охоплюються цими правилами, але прямо в них не врегульовані, наскільки це можливо підлягають вирішенню відповідно до їх базових принципів». Відтак, зазначає М. Хезелінк, суди, зустрічаючись з прогалинами та неясностями у DCFR, повинні шукати їх вирішення, керуючись свободою, безпекою, справедливістю та ефективністю, і не повинні звертати увагу на «солідарність та соціальну відповідальність», що є не базовим, а одним із найважливіших принципів [485; с.10].

Проте, варто відзначити те, аналіз правил тлумачення та розвитку DCFR, встановлених ст. I.-1:102 Модельних правил цього документу, вимагає дослідження не лише ч.ч.1 та 4 цієї статті, але й інших її частин, зокрема, частини другої. Відповідно до згаданої норми: «(2) Правила повинні читатися у світлі будь-якого застосовуваного документу, що гарантує права людини та фундаментальні свободи та будь-яких застосовуваних конституційних законів.». Консолідована версія угоди про ЄС, безумовно, є документом, що гарантує права людини. Тому її положення можуть враховуватися під час тлумачення та розвитку DCFR в силу ч.2 ст. I.-1:102 Модельних правил DCFR.

Базові принципи виконували роль ключових ідей при створенні окремих правил DCFR. Решта принципів за висловлюванням розробників DCFR мають більш політичну природу. Тому вони є важливими, але не базовими. Не зважаючи на те, що деякі з них отримали широке закріплення в окремих частинах DCFR, вони, головним чином, є відносними з позицій оцінки за межами DCFR [140; с.13].

Таким чином, принципи права знайшли явне та неявне відображення у DCFR. При цьому існує певна дискусія щодо необхідності закріплення принципів, а також ролі, яку вони повинні відігравати у регулюванні приватних, зокрема, договірних відносин.

[11] Відповідно до ст. 2 Консолідованої версії Угоди про ЄС: «Союз заснований на повазі до людської гідності, свободі, демократії, рівності, верховенстві права, повазі прав людини, включаючи права осіб, які є меншинами. Ці цінності є спільними для Держав-членів у суспільстві, у якому плюралізм, недискримінація, терпимість, справедливість, солідарність і рівність між жінками та чоловіками превалюють» [77].

Розглядаючи питання про роль принципів права у правовому регулюванні МПДЗ, не можливо обійти увагою те, що в результаті процесу уніфікації були створені декілька документів, призначених для регулювання договірних відносин, які у своїй назві містять слово «принципи». Мова йде про Принципи УНІДРУА, PECL, PEL, Принципи Acquis, Принципи Trans-Lex.

Взагалі слово «Принципи» присутнє й у повній назві DCFR. Однак, крім цього вона містить слова «визначення» та «модельні правила». Тому із назви випливає, що DCFR закріплює не лише принципи європейського приватного права, але й модельні правила та визначення.

Те саме можна стверджувати й про інші згадані документи. Тобто, не зважаючи на те, що вони іменуються «принципами», насправді вони закріплюють у собі як загальні принципи права так і конкретні правила (тобто, правові норми).

Про це пише К. Бергер, досліджуючи Принципи УНІДРУА. Зокрема, загальними принципами, що закріплені у цьому документі, він називає принципи свободи договору (ст. 1.1. Принципів УНІДРУА), «pacta sunt servanda» (ст. 1.3. Принципів УНІДРУА), добросовісності та чесного ведення справ (ст. 1.7. Принципів УНІДРУА) [439; с.206]. Решта положень Принципів УНІДРУА є «правилами».

Автор відмічає, що правила мають чітко визначену сферу застосування. До таких правил у Принципах УНІДРУА він відносить, статті, що стосуються укладення договорів (ст. 2.1.1. та наступні), способу оплати (ст. 6.1.7 та наступні), валюти платежу (ст. 6.1.9.), витрат на виконання (ст. 6.1.11), призупинення виконання (ст. 7.1.3), права сторони вимагати виконання (ст.ст. 7.2.1, 7.2.2.), права сторони вимагати відшкодування збитків у випадку невиконання (ст. 7.4.1), нарахування відсотків у випадку невиплати грошової суми (ст. 7.4.9).

Загальні принципи, що містяться у Принципах УНІДРУА, мають переважну силу над правилами. Застосування Принципів УНІДРУА завжди вимагає порівняння між правилами і загальними принципами. Крім того, загальні принципи виконують важливу функцію заповнення прогалин. Ця думка закріплена ст. 1.6 (2) Принципів УНІДРУА, яка зазначає,

що «питання, які охоплюються сферою дії цих Принципів, але прямо у ній не вирішені, підлягають вирішенню відповідно до їх основоположних загальних принципів» [439; с.204].

На наш погляд, визначаючи систему принципів права, що використовуються для правового регулювання МПДЗ, слід виходити із стадій правового регулювання, під час яких вони можуть використовуватися.

В юридичній літературі відсутній єдиний підхід до визначення стадій правового регулювання. Одна із можливих точок зору полягає у тому, що правове регулювання має три стадії: 1) стадію правової регламентації суспільних відносин[12], тобто прийняття та видання правових норм; 2) стадію дії права (виникнення суб'єктивних прав та обов'язків); 3) стадію реалізації права (виконання прав та обов'язків). В окремих випадках (наприклад, у разі виникнення спору) може мати місце стадія правозастосування [257; с.129-130].

Відтак, слід виділити принципи: 1) правової регламентації МПДЗ; 2) виникнення МПДЗ; 3) реалізації МПДЗ; 4) застосування регуляторів (принципів та норм права) МПДЗ.

Правова регламентація МПДЗ може здійснюватися їх учасниками, іншими суб'єктами (недержавними та державними міжнародними організаціями, а також державою.

Регламентація МПДЗ їх учасниками інакше іменується «контрактуалізацією», яка полягає у «регулюванні господарюючими суб'єктами на основі наданої ним правом свободи договору своїх відносин максимальною мірою приписами контракту, що укладається між ними» [229; с.229].

Контрактуалізація стала поштовхом до стандартизації договірних умов, розробки кодексів поведінки у певних сферах діяльності, що здійснюється професійними організаціями. Особливістю таких саморегулятивних актів є те, що вони можуть застосовуватися не лише, якщо сторони у договорі послалися на них, але й без такої домовленості, як доказ існуючої практики або звичаїв, що визнані учасниками

[12] У доктрині іноді термін «правова регламентація» вживається як синонім терміну «правове регулювання». Деякі автори виділяють дві стадії правової регламентації: стадію створення норм та стадію використання громадянами суб'єктивних прав, а також дотримання і виконання ними юридичних обов'язків. – [346-1; с.785]. Проте, ми поділяємо точку зору тих вчених, які вважають, що правова регламентація є однією із стадій правового регулювання. Правова регламентація полягає у створенні правових норм, введенні їх в дію. Виконання прав та обов'язків не є стадією правової регламентації, а є окремою стадією правового регулювання. [257; с. 129-130].

міжнародного ділового обороту. Даний спосіб регламентації застосовується до комерційних відносин.

Принципами правової регламентації МПДЗ, що здійснюється їх учасниками, є наступні:

1) принцип свободи договору, який виявляється у тому, що сторони міжнародного приватноправового договору вільно визначають його умови (з урахуванням меж встановлених законодавством або судовою практикою) включаючи умови про право, що застосовується до договору та спосіб вирішення спорів, що виникають із договору;

2) принцип добросовісності та чесного ведення справ, виявляється, зокрема, у тому що особа, під час складання тексту міжнародного приватного договору не повинна вміщувати у нього умови, які можуть ввести в оману потенційних контрагентів;

Принципами правової регламентації МПДЗ, що здійснюється іншими суб'єктами (міжнародними організаціями) є: 1) принцип прагнення до створення уніфікованих недержавних норм шляхом приватноправової або недержавної уніфікації. Забезпечується шляхом вивчення рішень міжнародних комерційних арбітражів, практики, звичаїв, що склалися у певних сферах міжнародних комерційних відносин, доктринальних напрацювань із певного питання та створення норм рекомендаційного характеру;

2) принцип справедливості, тобто, типові договори, договірні умови, керівництва з приводу укладення певних видів міжнародних приватних договорів та конкретні договори повинні розроблюватися таким чином, щоб не створювати нечесної переваги однієї із сторін, а навпаки містити у собі умови, що забезпечують баланс інтересів сторін;

3) принцип ефективності. В результаті приватноправової уніфікації мають створюватися документи, які, з одного боку, дозволяють сторонам максимально спростити процес укладення договору, а з іншого боку, створюють можливість вдалого формування договірних умов з урахуванням специфіки кожної сфери діяльності;

4) принцип правової визначеності, який виявляється у тому, що документи, які створюються в результаті приватноправової уніфікації, повинні містити такі правила, наслідки застосування яких є передбачуваними для сторін, а також пропонувати регулювання якомога більшого кола ситуацій, що можуть виникати у зв'язку із укладенням, виконанням, припиненням договору, тлумаченням його умов.

Принципами правової регламентації МПДЗ, що здійснюється державою, є наступні:

1) Принцип уніфікації та гармонізації норм, що регулюють міжнародні приватні-договірні зобов'язання. Цей принцип реалізується шляхом міждержавної уніфікації та гармонізації правових норм певної держави з нормами міжнародного характеру або нормами національного права інших держав;

2) Принцип справедливості. Норми, що створюються в результаті уніфікації та гармонізації, не повинні створювати переваги однієї сторони над іншою. Крім того, якщо ці норми можуть застосовуватися до договорів за участю споживача вони повинні забезпечити можливість його захисту як слабкої сторони договору;

3) Принцип надання певних правових режимів (національного, режиму найбільшого сприяння, спеціального режиму, використання принципів взаємності та реторсій) іноземним суб'єктам, що беруть участь у договірних зобов'язаннях на території певної держави;

4) Принцип ефективності. У даному випадку означає перш за все те, що держава, перш ніж розпочати процес уніфікації чи гармонізації, повинна зважити якою мірою норми, що будуть створені в результаті, діятимуть у конкретній державі. Якщо мова йде про міжнародний договір необхідно проаналізувати: - ступінь вірогідності набуття ним чинності (для договорів, що ще не набули чинності у зв'язку із тим, що не ратифіковані (не прийняті, не затверджені) певною мінімальною кількістю держав); - доцільність приєднання до конвенції з урахуванням кола держав-учасниць (для чинних міжнародних договорів).

У випадку створення норм національного права, призначених для регулювання МПДЗ шляхом гармонізації, необхідно враховувати: - якою мірою норми, запозичені з іншої правової системи (міжнародної чи національної) будуть сприйняті в Україні (тобто, чи будуть норми реально діяти); - чи не порушить застосування таких норм існуючого правопорядку; - співмірність витрат із створення норм шляхом гармонізації із тим економічним ефектом, який очікується у результаті застосування таких норм.

Реалізація принципу ефективності забезпечується також завдяки створенню норм, спрямованих на спрощення укладення, виконання та припинення договорів.

5) Принцип правової визначеності. Реалізація цього принципу у даному випадку є дещо ускладненою, оскільки норми, що створюються в результаті уніфікації та гармонізації, часто містять «оціночні» поняття. Для втілення у життя принципу правової визначеності важливим є формування єдиної правозастосовчої практики у різних країнах, під час якої тлумачаться «оціночні» поняття, що містяться у відповідних документах. Така можливість створюється шляхом формування баз правозастосовчої практики, а також доктринальних розробок із питань, пов'язаних із застосуванням відповідних документів, та забезпеченням можливості ознайомлення з ними.

Принципами виникнення МПДЗ є:

1) Принцип свободи договору. Виявляється у тому, що сторони (за певними виключеннями) вільно обирають контрагента, вирішують, чи укладати їм договір. У разі виникнення спору на переддоговірній стадії сторони можуть обирати спосіб вирішення спору та право, що застосовується до нього.

2) Принцип добросовісності та чесного ведення справ. На цій стадії виявляється у тому, що сторонам забороняється використовувати нечесну практику укладення договору. Сторона зобов'язана надавати певну інформацію потенційному контрагенту важливу для оцінювання необхідності укладення договору та наслідків такого укладення, а також не діяти усупереч попереднім заявам та поведінці;

3) Принцип правової визначеності. Полягає у тому, що від сторін вимагається надавати одна одній точну інформацію стосовно питань, що будуть предметом договору, або пов'язаних із договором питань, не переривати переговори (якщо це суперечить вимогам добросовісності та чесного ведення справ);

4) Принцип безпеки, який виявляється у можливості судового захисту порушених переддоговірних прав;

5) Принцип повного відшкодування збитків, заподіяних недобросовісним веденням або перериванням переговорів.

Принципами реалізації МПДЗ є:

1) «Pacta sunt servanda», що є спеціальним проявом принципів добросовісності, чесного ведення справ та правової визначеності на цій стадії правового регулювання. Цей принцип полягає у тому, що сторони повинні виконувати взяті на себе договірні

зобов'язання належним чином, співпрацьовувати одна з одною, не вчиняти дій, які б завадили виконанню договору. Дія принципу може обмежуватися за згодою сторін або відповідно до норм, що регулюють можливість зміни або припинення договору у зв'язку із непередбачуваною зміною обставин;

2) Принцип договірної безпеки виявляється у тому, що договірні умови повинні, наскільки це можливо, тлумачитися так, щоб усі вони були дійсними. Договірна безпека забезпечується також правом сторін на захист порушених прав способами, передбаченими договором або застосовуваним до нього правом шляхом самозахисту або судового (а за певних умов арбітражного чи використання альтернативних способів вирішення спорів) захисту своїх порушених договірних прав;

3) Принцип свободи на цій стадії дуже обмежений. Він може виявлятися лише фрагментарно, якщо договірні умови чи норми застосовуваного права допускають певні вільні дії сторін. Прикладом цього є умова про строк поставки, сформульована наступним чином: «Продавець зобов'язаний доставити товар покупцеві не пізніше, ніж 10 жовтня 2013 року». За такого формулювання продавець вільно обирає дату поставки, головне щоб вона була не пізнішою, ніж зазначено у договорі.

Прикладом прояву принципу свободи на стадії реалізації МПДЗ є можливість продавця обрати пункт у межах названого місця призначення, який найбільше задовольняє його цілям, коли у договорі поставки, укладеного на умовах CPT (Інкотермс 2010), не узгоджено пункт у межах місця призначення або не визначено практикою поставок.

На цій стадії сторони також можуть змінити або укласти угоду про вибір застосовуваного права.

У разі виникнення спору на цій стадії принцип свободи може виявлятися у тому, що сторони можуть обирати спосіб його вирішення;

4) Принцип передбачуваності збитків[13];

5) Принцип звільнення від відповідальності лише у разі, якщо порушення договору викликане обставиною поза контролем сторони і що від неї нерозумно було очікувати

[13] Див. п. 7.4.4. Принципів УНІДРУА, ст. 74 (друге речення) КМКП, ст. III. -3:703 DCFR, п. VII. 2 Trans-Lex принципів.

прийняття до уваги цієї обставини під час укладення договору або уникнення чи подолання цієї обставини чи її наслідків. [14]

Принципами застосування регуляторів МПДЗ, є наступні.

1) Принцип верховенства принципів права над нормами права. Про це свідчать норми конвенцій, що регулюють окремі види МПДЗ, зокрема, їх вимоги щодо тлумачення положень відповідних конвенцій добросовісно.

2) Принцип свободи розсуду правозастосовчого органу. Особливо яскраво виявляється у випадках, коли спір вирішує міжнародний комерційний арбітраж, зокрема, тоді, коли сторони уповноважили його діяти у якості «дружнього посередника». Крім того питання, стосовно яких сторони не домовилися в арбітражній угоді, можуть вирішуватися на розсуд арбітражу (наприклад, щодо застосовуваного права). Цей принцип реалізовується також кожного разу, коли правозастосовчий орган застосовує норму, що містить оціночне поняття.

Державні суди мають можливість у випадках, передбачених законодавством, використовувати аналогію закону або аналогію права.

Крім того, даний принцип реалізується кожного разу, коли застосовується норма, що містить оціночні категорії. У випадку застосування принципів права правозастосовчий орган порівнює вагомість певних принципів у конкретних обставинах справи, визначаючи який принцип (які принципи) слід використовувати.

3) Принцип рівності усіх перед законом. [15] У разі вирішення спору міжнародного характеру, крім загальноприйнятого значення цього принципу, він виявляється у тому, що державний суд чи міжнародний комерційний арбітраж не може бути упередженим через належність сторони до певної держави.

4) Принцип справедливості, який означає що правозастосовчий орган під час вирішення справи зважує відповідність між правами та обов'язками сторін міжнародного приватного договірного зобов'язання, а також між порушенням договірного зобов'язання та його наслідками. Цей принцип вимагає також дотримуватися вимог щодо захисту прав людини у разі виникнення спору, серед яких забезпечення вільного доступу до правосуддя.

[14] Див. ст. 79 КМКП [6], ст. 7.1.7. Принципів УНІДРУА [180], ст. 8: 108 PECL [174], ст. III. -3:104 DCFR [140], п. VI.3 Trans-Lex Принципів [176].
[15] Термін «закон» у даному випадку слід тлумачити широко – як усі регулятори МПДЗ.

5) Принцип поваги до свободи сторін договору. Даний принцип виявляється у тому, що правозастосовчий орган вирішує, спір керуючись умовами договору, укладеного між сторонами, відповідно до обраного ними права. Проявом принципу у процесуальній сфері є те, що міжнародний спір вирішується державним судом, обраним пророгаційною угодою сторін, юрисдикція якого буде виключною (якщо сторони не домовляться про інше). За наявності арбітражної угоди державний суд, який отримав позов з питання, що охоплюється арбітражною угодою повинен на прохання однієї із сторін направити сторони до арбітражу, якщо не знайде, що арбітражна угода є недійсною, втратила силу чи не може бути виконана. [16]

6) Принцип найтіснішого зв'язку – застосовується у разі відсутності угоди сторін про вибір застосовуваного до договору права.

В українській доктрині авторське обґрунтування природи принципу найбільш тісного зв'язку було здійснено В.І. Кисілем, який запропонував «розглядати основне призначення цього принципу як встановлення матеріальних умов застосування відповідних колізійних норм» [291; с.56].

Застосування цього принципу є «способом вирішення колізійної проблеми через надання правозастовчому органу можливості відповідно до його розсуду та з метою досягнення справедливого та розумного результату виключити формальний підхід і здійснити захист інтересів сторін шляхом оцінки різних критеріїв» [200; с. 9-10].

Правова природа принципу найтіснішого зв'язку у юридичній доктрині визначається по-різному. Одна із точок зору полягає у тому, що вказаний принцип є однією з колізійних прив'язок [268; с.123-125]. Суть іншої позиції у тому, що принцип найтіснішого зв'язку мало схожий на колізійну прив'язку, оскільки остання завжди вказує на конкретну правову систему [275; с.9].

Проміжну позицію займає Р.М. Ходикін, який вказує на те, що критерій «найтіснішого зв'язку має двояку природу – з одного боку, він може використовуватися як прив'язка колізійної норми, а з іншої є принципом формування змісту колізійної норми» [412; с.213].

[16] Ст. II (3) Нью-Йоркської конвенції [33].

Крім того, у певному сенсі, найтісніший зв'язок між правовідносинами та прив'язкою має бути присутнім у будь-якій колізійній нормі. Ця думка була дуже вдало пояснена проф. Б.Е. Нольде, який писав, що «у кожній колізійній нормі є відоме завдання і ключ до вирішення проблеми; цей ключ полягає у тому, що встановлюється зворотний зв'язок відомих правовідносин з якоюсь (а іноді з декількома) матеріальною цивільною нормою. Життєвий нерв норми саме у формулі, що визначає цей зв'язок».[17]

Застосування права найтіснішого зв'язку до договірних відносин за відсутності угоди сторін про вибір права передбачено нормами права окремих країн, наприклад, ст. 3112 ЦК Квебеку [62], ст. 117 (1) Федерального закону про МПрПШвейцарії [171], ст. 44 ЗУ «Міжнародне приватне право» [26], а також інших країн. Аналогом принципу найтіснішого зв'язку у системі загального права є доктрина proper law [210; с.789].[18]

Водночас слід відмінити зміну значення принципу найтіснішого зв'язку у праві ЄС. Свого часу ст. 4 Римської конвенції визначала, що застосування принципу найтіснішого зв'язку є основним способом визначення права, застосовуваного до договору за відсутності угоди сторін про вибір права. Натомість згідно із Регламентом Рим I принцип найтіснішого зв'язку є лише допоміжним критерієм визначення застосовуваного права. Зміна у підході пояснюється критикою Римської конвенції через недостатність передбачуваності та правової визначеності [210; с.805-806].

За загальним правилом, встановленим Регламентом Рим I, у разі відсутності угоди сторін про вибір права повинні використовуватися чіткі правила визначення застосовуваного права, передбачені ст. 4 (1) Регламенту.

До договорів, не перелічених у цій нормі, а також, таких, що містять у собі елементи, властиві декільком договорам, зазначеним у ній, застосуванню підлягає право держави «де знаходиться звичайне місце проживання сторони, яка повинна здійснити виконання, що має вирішальне значення для змісту договору» (ст. 4 (2) Регламенту Рим I). Останнє визначається «з урахуванням основного предмету договору, його суті, тобто того, що визначає смисл договору і договірних зобов'язальних відносин» [210; с.784].

[17] Цит за: [410; с.213].
[18] Детальніше про цю доктрину – Див. [211; с.785-788].

Згідно із ст. 4 (3) Регламенту Рим I право, що має найтісніший зв'язок, може застосовуватися, якщо з усіх обставин справи випливає, що договір має явно більш тісні з іншою країною, ніж та, що визначається відповідно до ст. 4 (1,2) Регламенту.

Крім того, в силу ст. 4 (4) Регламенту Рим I цей принцип підлягає використанню у випадку, коли застосовуване право не може бути визначено відповідно до правил ст. 4 (1,2) Регламенту Рим I. Причому його застосування «буде у даному випадку досить індивідуальним з використанням загальних принципів і методів, що застосовуються у практиці міжнародного приватного права» [210; с.797].

Водночас необхідно відзначити, що таке формулювання є підставою для думки, що норма ст. 4 (3) Регламенту встановлює генеральну прив'язку для визначення застосовуваного права, а прив'язки, передбачені ст. 4 (1,2), слід застосовувати тоді «коли не можна дійти однозначного висновку про найбільш тісний зв'язок у максимально індивідуалізованій ситуації» [210; с.822]. Така теза вдало спростовується проф. О. Бєлоглавеком, який відзначає, генеральна прив'язка підлягає застосуванню у будь-якому випадку, а принцип найтіснішого зв'язку, встановлений ст. 4 (3) Регламенту Рим I є швидше виключенням із правил визначення права [210; с.822].

Такий підхід підтверджується й пунктами 16, 20, 21 Преамбули Регламенту Рим I.

Встановлюючи принцип найтіснішого зв'язку, внутрішнє законодавство держав та міжнародні конвенції визначають більш чи менш деталізовані правила визначення такого зв'язку. Так, ст. 9 Міжамериканської конвенції [134] вказує на те, що суд, визначаючи право найтіснішого зв'язку, може взяти до уваги будь-які об'єктивні та суб'єктивні елементи контракту, враховувати загальні принципи міжнародного комерційного права, визнані міжнародними організаціями. Разом із тим, якщо певна частина контракту може бути відокремлена від нього, і якщо вона має тісніший зв'язок з правом іншої держави, то, як виняток, до цієї частини контракту може бути застосоване право такої держави.

ЦК Квебеку пропонує встановлювати право, що має найтісніший зв'язок з договором, враховуючи його природу та супутні обставини (ст. 3121) [62].

Поширеним способом визначення права, що має найтісніший зв'язок з договором, є застосування права держави тієї сторони договору, «яка здійснює виконання, що має вирішальне (характерне) значення для договору». Такий підхід застосовувався у Римській

конвенції [188], ЦК РФ (ст. 1211 (2) [11], Федеральному законі про МПрПШвейцарії (ст. 117 (2) [171][19], законодавстві інших держав.

В українській доктрині МПрП Пшеничнюк Д.В. висловив думку про те, ЗУ «Про міжнародне приватне право» діє за моделлю доктрини вирішального виконання [374; с.10].

На наш погляд, ст. ст. 44 (1), 32 ЗУ «Про міжнародне приватне право» не дають підстав для такого однозначного висновку. Швидше вони свідчать про те, що доктрина вирішального виконання повинна використовуватися у тих випадках, коли право, що має найтісніший зв'язок із договором, не може бути встановлене, керуючись іншими чинниками.

Так, ст. 32 (3) ЗУ «Про міжнародне приватне право» свідчить про те, що визначаючи право, яке має найбільш тісний зв'язок із договором, правозастосовчий орган повинен перш за все проаналізувати умови, суть договору та сукупність обставин справи.

Якщо ці дії не дають можливості визначити право найбільш тісного зв'язку, то вважається, що договір більш тісно пов'язаний з правом держави, у якій сторона, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, має своє місце проживання або місцезнаходження[20].

7) Принцип пріоритету норм міжнародних договорів над нормами внутрішнього права.

8) Принцип пріоритету звичаїв (про застосування яких сторони домовилися, або таких про, які вони знали чи мали знати і які в міжнародній торгівлі широко відомі і постійно додержуються сторонами в договорах певного роду й відповідній галузі торгівлі), а також практики, яка встановилася у відносинах між ними над нормами міжнародних уніфікованих документів.[21]

---

[19]Детальніне про швейцарські підходи до визначення права, що має найтісніший зв'язок, див. [210; с. 835-844].

[20] Для 23 видів договорів сторона, «що здійснює вирішальне виконання для змісту договору» визначається на підставі ст. 44 (1) ЗУ «Про міжнародне приватне право». Разом із тим, ст. 44 (2) ЗУ «Про міжнародне приватне право» свідчить про те, що алгоритм визначення права найбільш тісного зв'язку на підставі ст. 32 (3) та ст. 44 (1) Закону не може бути застосований до окремих договорів, оскільки по відношенню до них законодавець в імперативний спосіб визначив право найбільш тісного зв'язку. Наприклад, для договорів про спільну діяльність правом найбільш тісного зв'язку є право держави, у якій провадиться така діяльність.

[21] Див. Ст. 9 КМКП [6], ст. 1.9. Принципів УНІДРУА [180], ст. 1:105 PECL [174].

9) Принцип уніфікованого застосування принципів та норм міжнародних уніфікованих документів, який виявляється у тому, що застосовуючи принцип чи норму, правозастосовчий орган не повинен керуватися підходами національного права певної держави, а брати до уваги рішення міжнародних комерційних арбітражів та судів різних держав, а також доктринальні розробки, зокрема, ті, що містяться у спеціальних інформаційних базах до відповідного міжнародного уніфікованого документу.

10) принцип тлумачення норм міжнародних уніфікованих документів відповідно до вимог принципу добросовісності, враховуючи їх міжнародний характер та мету, а також необхідність сприяти однаковості у їх застосуванні.

11) Принципи застосування норм права іноземної держави, що регулює МПДЗ: несуперечливість наслідків застосування права іноземної держави публічному порядку країни, у якій воно застосовується, не порушення дії імперативних норм такої країни, дотримання вимог взаємності, якщо необхідність її дотримання встановлена міжнародними договорами чи внутрішнім законодавством країни, у якій застосовується іноземне право.

12) Принцип пріоритету спеціальної норми над загальною.

13) Принцип відокремленості арбітражної угоди, а також пророгаційної угоди від основного договору.

14) Lex validatatis. Якщо сторони не домовилися про право, що застосовується до договору, презюмується, що інтерес сторін полягає у тому, щоб застосувати право згідно з яким договір є дійсним з матеріальної та формальної точки зору[22].

[22] Див. ст. XIV. 3 Trans-Lex Принципів [176].

Висновки до Розділу І

Принципи права слугують орієнтиром, високим стандартом поведінки сторін правовідношення, правостворення, правозастосування. Принципи права є стабільнішими, ніж правові норми.

Принципи права можуть прямо закріплюватися у писаному праві або бути в його основі. Принципи права не можуть бути виведені із правових норм, навпаки – правові норми формуються під впливом принципів права. Якщо принцип права прямо закріплений у законодавстві, на відміну від правової норми, він продовжує залишатися лише загальним орієнтиром регулювання відносин.

Необхідність закріплення принципів права у законодавстві в окремих правових системах може бути викликана правилами правозастосування. Зокрема, вимог до судових рішень щодо того, що вони мають містити посилання на норму законодавства (статтю, частину, пункт).

Застосування положень, що прямо закріплюють принципи, завжди надає певну свободу правозастосовчому органу, яка повинна обмежуватися тими цінностями, що лежать в основі відповідного принципу. Крім того, принципи права можуть обмежуватися нормами законодавства або визнаними підходами судової практики та доктрини.

Принципи мають універсальний, загальнообов'язковий характер. Принципи права можуть конфліктувати між собою. Застосування принципу права вимагає зважування його значущості з урахуванням обставин справи порівняно з іншими принципами.

Різні принципи права неоднакові за своєю значущістю. Існують принципи права, що є його квінтесенцією. У приватному праві до них належать принципи добросовісності та свободи. Ці принципи визначають основні напрямки прав та обов'язків учасників правовідносин, правостворення та правозастосування.

Принципи правового регулювання МПДЗ – це орієнтири, керівні юридичні начала, що випливають із моральних цінностей добра і справедливості, мають універсальний, загальнообов'язковий характер, впливають на поведінку сторін міжнародного приватного договірного зобов'язання, процеси правостворення та правозастосовування.

До принципів правового регулювання МПДЗ належать загальні принципи права, принципи приватного права взагалі та міжнародного приватного, зокрема, принципи, що регулюють інститут договірних зобов'язань.

В залежності стадій правового регулювання слід виділити принципи: 1) правової регламентації МПДЗ; 2) виникнення МПДЗ; 3) реалізації МПДЗ; 4) застосування регуляторів (принципів та норм права) МПДЗ.

Функції принципів правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань включають: - забезпечення впливу моральних цінностей на правове регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань; - сприяння зближенню правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань у різних державах; - регулювання поведінки учасників міжнародних приватних договірних зобов'язань; - визначення напрямків тлумачення умов міжнародних приватних договорів та міжнародних уніфікованих документів; - встановлення орієнтирів для розробки міжнародних приватних договорів, а також для створення норм міжнародних уніфікованих документів, що регулюють міжнародні приватні договірні зобов'язання; - встановлення напрямків визначення застосовуваного до договору права за відсутності згоди сторін;

Розділ ІІ. Уніфікація та гармонізація - принципи регламентації міжнародних приватних договірних зобов'язань

У сучасному МПрП активно розроблюються уніфіковані або гармонізованими норми. У зв'язку із цим окремі автори стали виділяти принцип прагнення до уніфікації. Так, Р.М. Ходикін вперше виділив принцип прагнення до уніфікації як один із принципів формування колізійних норм у міжнародному приватному праві. На його погляд, даний принцип виявляється у необхідності врахування у законодавчій і правозастосовчій діяльності вже існуючих колізійних норм, що містяться у міжнародних угодах та іноземному законодавстві [413; с.6].

На наш погляд, прагнення до уніфікації є не принципом, а швидше передумовою його виникнення. Крім того, сьогодні багато норм МПрП виникають в результаті не лише уніфікації, але й гармонізації. Також варто відзначити, що в результаті уніфікації виникають не лише колізійні норми, але й матеріально-правові.

2.1. Підходи до розуміння уніфікації та гармонізації

Серед джерел правового регулювання міжнародних договірних зобов'язань значне місце посідають міжнародні уніфіковані інструменти: міжнародні договори, норми «м'якого права», норми національного законодавства, в основі яких - розробки міжнародних урядових та неурядових організацій. Норми цих документів створюються в результаті процесів, які у правовій доктрині прийнято іменувати уніфікацією та гармонізацією правових норм.

Уніфікація та гармонізація права була предметом дослідження окремих українських вчених А.С. Довгерта [254], В.І. Кисіля [295], О.О. Мережка [339; с. 261-430], О.О. Гайдуліна [234], В.В. Попко [366], О.В. Руденко [381]. Серед зарубіжних вчених проблематика уніфікації приватно-правових норм вивчалася Р. Давідом [455], О. Ландо [500], Н.Г. Вілковою [229], М.А. Аносовим [194], Г.К. Дмітрієвою [337; с. 93-108], Є. А. Ахаімовою [198] та іншими вченими.

Уніфікації норм МПрП присвячували увагу й радянські вчені, зокрема, В.М. Корецький [302], О.Л. Маковський [271; с. 34-59], С.М. Лєбедєв [320] та ін.

У доктрині немає єдності щодо визначення поняття уніфікації, а також відмежування її від понять гармонізації та кодифікації.

Деякі автори розуміють уніфікацю як правотворчий процес. В межах цього підходу можна виділити дві точки зору. Згідно з першою із них уніфікація полягає лише у створенні норм, однакових для різних правових систем [229; с.78] [271; с.35] [550; с.13].

Відповідно до другої точки зору уніфікація визначається як правотворчий процес, спрямований на створення, зміну чи припинення норм однакових для різних правових систем [254], [337; с.93].

Близькою до цього підходу є точка зору про те, що уніфікація – це процес створення однакових для різних правових систем норм, а також забезпечення їх однакової імплементації у національне законодавство відповідних держав[23].

Існує також ширше розуміння уніфікації, згідно з яким уніфікація охоплює не лише правотворення, але й правозастосування [293; с.13].

На наш погляд, уніфікація - це процес створення, зміни та застосування правових норм, однакових для декількох правових систем. Припинення правових норм до цього процесу не входить, оскільки уніфікованими є правові норми, а не їх відсутність. Включення до уніфікації процесу застосування відповідних норм пояснюється тим, що, як правило, норми уніфікованих документів використовують оціночні категорії (наприклад, «розумний», «істотний»), тому їх зміст визначається в процесі застосування, складовою частиною якого є тлумачення. Тому уніфікація не може охоплювати лише створення та зміну норм, вона повинна включати у себе й правозастосування.

[23] Так, наприклад, О.В. Руденко визначає уніфікацію МПрП ЄС «як процес створення єдиних норм міжнародного приватного права, а також забезпечення їх однакової імплементації, який здійснюється при постійній взаємодії та узгодженні воль контрагентів, які репрезентують держави-члени, що пов’язані певною формою міжнародного співробітництва і спрямований на гармонізацію правовідносин між фізичними та юридичними особами цих держав у визначених сферах» [381; с. 49-50].

Однак, уніфікація є не лише «процесом», але (у першу чергу) принципом створення та застосування правових норм. У цьому розумінні вона є орієнтиром, керівною ідеєю створення, зміни та застосування правових норм однакових для різних правових систем. Реалізація принципу уніфікації забезпечується процесом уніфікації.

Створення єдиних норм забезпечується різними методами (способами). Наприклад, О.Л. Маковський виділяє два способи (типи) уніфікації: 1) створення в різних державах єдиних правових норм в результаті впливу різних правових систем одна на одну; 2) створення державами єдиних норм свого права з використанням ними для цієї мети міжнародно-правових засобів (міжнародних договорів) [271; с.35]. Останній спосіб уніфікації О.Л. Маковський іменує міжнародною договірною уніфікацією [271; с. 52-55].

Уніфікація з використанням міжнародно-правових засобів можлива й без взяття державами на себе міжнародно-правових зобов'язань, зокрема, у випадку розробки «типового закону», на основі якого кожна держава розроблює свій національний закон, який може співпадати з «типовим законом» або чимось від нього відрізнятися) [271; с. 35-37].

Г.К. Дмітрієва виокремлює дві стадії уніфікації права. На першій стадії досягається згода між державами з приводу єдиного регулювання певних відносин, що оформлюється міжнародним договором, в якому містяться правові норми, призначені для регламентації цих відносин. Друга стадія уніфікації – це сприйняття міжнародно-правових норм національним правом держав [337; с.94].

Окремим методом уніфікації іноді називають відсилку. Її суть полягає у тому, що до національних кодифікованих актів у сфері МПрПвключають відсилку до норм міжнародного права, «які пов'язані із регулюванням транскордонних приватноправових відносин» [313; с.17].

О.В. Руденко виділяє два способи уніфікації європейського міжнародного приватного права: 1) укладення міжнародної конвенції (конвенційна уніфікація); б) у формі застосування положень Договору про заснування Європейського Співтовариства та секундарного (вторинного) права ЄС [381; с.85].

Н.Г. Вілкова виділяє наступні методи уніфікації: 1) в залежності від предмету: уніфікація колізійних норм та матеріально-правових норм; 2) за способом формування – міжнародно-правовий та метод приватноправової уніфікації. Міжнародно-правовий метод виражається у створенні міжнародних конвенції. Метод приватноправової уніфікації реалізується шляхом розробки урядовими і неурядовими організації документів приватноправового характеру, покликаних регулювати відносини з міжнародних комерційних контрактів [229; с.78-86]. Крім того, вона виділяє прямий та непрямий методи уніфікації. Прямий метод полягає у тому, що положення уніфікаційних документів «застосовується лише для регламентування відносин, що виникають між суб'єктами права, що належать до держав, які підписали і ратифікували відповідну міжнародну конвенцію» [229; с.90].

При непрямому методі положення міжнародної конвенції застосовуються й до відносин, що виникають між суб'єктами права, що належать до держав, які не підписали і не ратифікували відповідну конвенцію [229; с.93].

К. Цвайгерт та Х. Кьотц основним інструментом уніфікації вважали уніфікований закон, що розроблюється експертами із порівняльного права та є невід'ємною частиною багатостороннього міжнародного договору, держави-учасниці якого зобов'язуються інкорпорувати його до національного законодавства і застосовувати у якості національного закону [417; с.40].

Однак ці автори визнавали нездійсненність такого ідеального способу уніфікації. Відтак, вони відмічали, що на практиці до уніфікованого закону включають норми спільні для усіх правопорядків країн-учасниць відповідного договору. Відмінності усуваються шляхом включення до уніфікованого акту найбільш оптимального варіанту закріпленого у національному праві певної держави, якщо це влаштовує усі країни-учасниці, або шляхом розробки нових норм за допомогою порівняльно-правового методу [417; с.41].

ЮНСІТРАЛ виділяє три результати досягнення уніфікації у галузі міжнародної торгівлі: a) єдині або «типові» національні норми права; b) міжнародні конвенції; c) уніфікація методів міжнародної торгівлі, зокрема, положень про стандартні контракти та

загальні умови продажу. Відмічається також, що значний внесок у ліквідацію розходжень у національному праві вносить розвиток торгового звичаю та міжнародного комерційного арбітражу [551; с.14].

Для підготовки єдиних або типових норм права вживають певних кроків. По-перше, вибір питань, які вважаються необхідними для вивчення і створення проекту угоди, що може здійснюватися як експертами у галузі права так і органами, що займаються економічними чи технічними аспектами проблем, з якими вони зіштовхувалися. По-друге, підготовка дослідження із даної проблеми. Такі дослідження включають аналіз різних законів і розгляд того, якою мірою вони відповідають деяким економічним та іншим практичним цілям. До них відносять «вертикальне» та «горизонтальне» дослідження. Перше полягає у дослідженні систем національного права країн. «Горизонтальне» - у порівнянні рішень, досягнених відповідно до різних систем і законів, яке містить аналіз причин розходжень і висновок про можливість уніфікації. Третім кроком є складання проекту документу [551; с.15].

Міжнародні конвенції в основному є результатом роботи міжурядових організацій.

Стандартні договори та загальні умови продажу зазвичай складалися торговими асоціаціями різних країн і розширювалися за допомогою договорів між цими асоціаціями на національній і регіональній основі або на основі торгівлі певними видами товару [551; с.16]. Більшість загальних умов та стандартних форм ведуть початок від певного торгового звичаю [551; с.17].

Методи уніфікації, що використовуються ЮНСІТРАЛ поділяються на три групи: нормотворчі, договірні та пояснювальні. У більшості випадків усі вони сприяють зближенню встановленої практики, однак в окремих випадках ці методи можуть мати «превентивний» характер, що означає запровадження нових принципів та практики, що є характерним для галузей торгівлі, що зазнають впливу нових технологій, наприклад, електронної торгівлі [395; с.13].

Використання нормотворчих методів ЮНСІТРАЛ має результатом створення конвенцій, типових законів, керівництв для законодавчих органів та типових положень.

Вибір документу, що має бути створений в результаті уніфікації залежить від переслідуваної мети. Якщо вона полягає у високому ступені узгодженості законодавства різних держав, обирається конвенція. У випадках, коли не можливо досягти високого ступеню узгодженості, або бажано досягти більшої гнучкості, обирається типовий закон або керівництво для законодавчих органів [395; с.14]. У такі керівництва включається інформація, яка є корисною для держав під час розгляду питання щодо того, які положення типового закону можливо доведеться змінити з урахуванням національних особливостей, а також інформація стосовно питань, що не охоплюються типовим законом, але які, тим не менше, можуть стосуватися його теми [395; с.16].

Якщо держави не готові до узгодження єдиного підходу чи правила або не вдається досягти згоди із ключових питань, то створення конвенції чи типового закону навряд чи буде можливим. Замість цього складається набір принципів чи законодавчих рекомендацій [395; с.17]. У них представляється низка можливих законодавчих рішень із конкретних питань. В окремих випадках пропонується декілька варіантів рішень і одного питання. В результаті національний законодавець може обрати той із них, який буде найбільш доцільним з урахуванням особливостей його правової системи, або використовувати запропоновані законодавчі рішення як стандарт, якому повинно відповідати внутрішнє законодавство [395; с.17].

В окремих випадках ЮНСІТРАЛ розроблює типові положення, які рекомендуються до включення до наступних конвенції чи до переглянутих варіантів чинних конвенцій [395; с.18].

Оскільки уніфікація полягає не лише у створенні або зміні норм, але й у їх однаковому застосуванні, у 1988 році ЮНСІТРАЛ створила систему збору та розповсюдження судових та арбітражних рішень під назвою «Прецедентне право із текстів ЮНСІТРАЛ» (ППТЮ). Результатами роботи цієї системи, зокрема, є Збірник ЮНСІТРАЛ із прецедентного права, що стосується КПКМ (остання редакція 2012 р.) [623] та Збірник із прецедентного права, що стосується Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж [624].

Варто додати, що про уніфікацію шляхом однакового тлумачення окремих документів дбає також УНІДРУА. Ця організація створила систему Unilex [552], яка охоплює судові та арбітражні рішення (або витяги з них), що були прийняті із посиланням та норми КМКП або Принципів УНІДРУА, а також бібліографію до кожної статті цих документів.

Крім того, УНІДРУА створила інформаційну систему судових та арбітражних рішень, у яких застосовувалися положення КДПВ, а також бібліографію до кожної статті цієї Конвенції [435].

Договірні методи уніфікації, що використовуються ЮНСІТРАЛ, призводять до створення стандартизованих договорів чи договірних положень.

Якщо неможливо розробити стандартний договір чи договірне положення, ЮНСІТРАЛ використовує пояснювальний метод уніфікації. В результаті створюються правові керівництва, які містять пояснення щодо складення певного виду договорів. У таких документах аналізуються питання, що лежать в основі складання певного договору, варіанти їх вирішення, описуються наслідки, переваги та недоліки таких рішень та надаються рекомендації стосовно використання певних рішень у конкретних ситуаціях [395; с.20-21].

Результатом пояснювального методу уніфікації є також рекомендації стосовно тлумачення текстів міжнародних договорів[24].

Вони створюються з метою досягнення однакового тлумачення тексту конвенції, у випадках коли мають місце зміни у підприємницькій практиці, розвитком технологій, виникнення розходжень у судовій практиці тлумачення положень відповідної конвенції. Рекомендації стосовно тлумачення використовуються тоді, коли існує потреба у внесенні поправок до тексту міжнародного договору, яка, однак, не може бути задоволена або задоволення якої є занадто складним [395; с.21].

[24] Наприклад, «Рекомендація стосовно тлумачення пункту 2 статті II і пункту 1 статті VII Конвенції про визнання і приведення до виконання іноземних арбітражних рішень, вчиненої у Нью-Йорку 10 червня 1958 року, прийнята Комісією ООН з права міжнародної торгівлі 7 червня 2006 року на її тридцять дев'ятій сесії» [47].

У ЄС останнім часом спостерігається значний розвиток вторинного права, що регулює договірні зобов'язання.

Серед джерел права, спрямованих на регулювання договірних зобов'язань, слід виділити Регламент Рим I [158], Регламент (ЄС) Європейського Парламенту та Ради від 11 лютого 2004 року № 261/2004 про запровадження загальних правил компенсації та допомоги пасажирам у разі відмови у перевезенні та скасування чи тривалої затримки рейсів [157], Регламент Ради (ЄС) від 09 жовтня 1997 року № 2027/97 про відповідальність перевізника у випадку інциденту, із змінами, внесеними Регламентом (ЄС) Європейського Парламенту та Ради від 13 травня 2002 року № 889/2002 [89], а також низку директив, зокрема, тих, що стосуються споживчих договорів [87], [92], [96], [99], реклами [97], [98], [101], електронної комерції [102], електронних грошей [103], електронних підписів [104] та ін.

Це є підставою для висновку про те, що у сучасний період розвитку існує тенденція заміни міжнародного договору як способу уніфікації регламентами та директивами на регіональному рівні [332; с.9].

Крім того, для сучасного права характерним є більш широкий підхід до уніфікації, який полягає у тому, що вона здійснюється, у тому числі за допомогою «засобів неправового характеру» [200; с.69], до яких, зокрема, Ю. Базедов відносить «норми та принципи, які хоча й не є правовими за своєю природою, але дотримуються і застосовуються як обов'язкові de facto» [200; с.69]. Ця думка пояснюється тим, що останнім часом характерним є широкий підхід до розуміння права і відхід від юридичного позитивізму. До принципів, які дотримуються як обов'язкові у різних правових системах не залежно від того, чи були вони закріплені законодавчо, Ю.Базедов відносить правову визначеність, свободу договорів, вузьке тлумачення виключень, примат спеціальних норм над загальними [200; с.69].

Слід погодитися із тим, що застосування загальних принципів, що визнаються у більшості правових систем, також сприяє уніфікації права. Саме тому, ст. 7 (2) КМПК встановлює правило про те, що «Питання, що стосуються предмета регулювання цієї

Конвенції, які безпосередньо в ній не вирішені, підлягають вирішенню згідно із загальними принципами, на яких вона ґрунтується».

На наш погляд, визначаючи способи уніфікації, слід виходити з того, що вона охоплює створення та зміну правових норм, набуття ними чинності та їх застосування.

Створення або зміна уніфікованих норм відбувається у декілька етапів. Першим етапом є вибір інститутів договірного права, регулювання яких потребує створення або зміни уніфікованих норм. Для цього досліджується перш за все правозастосовча практика, а також джерела, що її аналізують.

Другий етап полягає у здійсненні порівняльно-правових досліджень правового регулювання інституту чи певного питання у різних національних правових системах.

Третім етапом є розробка проекту уніфікованого документу. При цьому слід зауважити, що така розробка можлива за умови, що в результаті порівняльно-правових досліджень був зроблений висновок, що відмінності у правовому регулюванні певного питання у різних правових системах можуть бути подолані за допомогою уніфікованих норм.

Четвертим етапом створення чи зміни уніфікованих норм, що регулюють міжнародні договірні зобов'язання, є набуття ними чинності, що залежить від виду документу, у якому містяться уніфіковані норми.

Так, наприклад, міжнародні договори приймаються у порядку передбаченому ними, а також з урахуванням правил національних правових систем, що визначають порядок приєднання держави до міжнародних договорів.

Уніфіковані торгові звичаї, стандартні форми договорів, договірні умови затверджуються організацією - розробником відповідно до статуту чи іншого документу, на підставі якого діє відповідна організація.

Набуття чинності міжнародними уніфікованими документами може пов'язуватися із здійсненням державою певних процедурних дій (наприклад, ратифікації міжнародного

договору, передачі ратифікаційних грамот депозитарію певного міжнародного договору тощо), а також може залежати від здачі на зберігання певної кількості ратифікаційних грамот.

Набуття чинності окремими міжнародними договорами зобов'язує держави внести зміни до їх національного законодавства, які можуть виявлятися у запровадженні уніфікованого закону, що є невід'ємною частиною відповідного міжнародного договору, або у зміні чи доповненні внутрішнього законодавства окремими нормами.

Для частини міжнародних уніфікованих документів не існує особливої процедури набуття ними чинності. Мова йде про уніфіковані звичаї, стандартні договори, договірні умови, рекомендації, керівництва. Вони публікуються так, щоб представники ділових кіл мали можливість ознайомлення з ними. Як правило, такі документи застосовуються, якщо сторони відповідного міжнародного приватного договору про це домовилися або уповноважили міжнародний комерційний арбітраж це зробити[25].

Водночас, варто зауважити, що уніфікація може здійснюватися шляхом запозичення норм міжнародного договору (навіть якщо держава не приєднувалася до відповідного міжнародного договору або не брала на себе зобов'язань щодо запровадження норм міжнародного договору в інший спосіб) або законодавства зарубіжних країн.

Окремим етапом уніфікації є застосування уніфікованих норм, що має здійснюватися однаково у різних правових системах. Досягненню цієї мети слугує створення інформаційних баз із застосування судами та арбітражами положень окремих конвенцій, а також актів національного законодавства, що засновані на типових законах, розроблених міжнародними організаціями.

При цьому слід враховувати, що в результаті уніфікації можуть створюватися норми, які для учасників приватних договірних зобов'язань мають обов'язковий або рекомендаційний характер.

[25] Разом із тим, можливі випадки, коли такі документи будуть застосовуватися не з домовленості сторін, а, наприклад, в силу ст. 9 (2) КМКП [6].

Окремим способом уніфікації сучасного права є виділення та застосування принципів права згідно із міжнародними стандартами.

У юридичній літературі немає єдиної точки зору щодо співвідношення понять уніфікації та гармонізації. Г. К. Дмітрієва визначає гармонізацію як процес, спрямований на зближення права різних держав, усунення чи зменшення відмінностей у ньому. На відміну від уніфікації, у гармонізації відсутні відсутні міжнародно-правові зобов'язання держав, закріплені міжнародним договором [337; с.104]. Вона виділяє односторонню та взаємну гармонізації. Перша характеризується тим, що право однієї держави адаптується до права іншої і здійснюється виключно з використанням національно-правових засобів (введення до національного права норм іноземного права). Взаємна гармонізація визначається тим, що учасники вживають на узгодженій основі заходів до зближення права, використовуючи при цьому міжнародні засоби.

На відміну від уніфікації, в результаті гармонізації у праві різних держав з'являються схожі норми, але не однакові. Уніфіковані норм і норми, створені в результаті гармонізації, займають різне місце у національному праві. Перші мають спеціальний порядок застосування, обумовлений тим, що уніфіковані норми – це норми міжнародного договору; застосування норм національного права, створених в результаті гармонізації, нічим не відрізняється від застосування інших норм національного права [337; с.104-107].

На думку Н.Г. Вілкової, уніфікація в широкому розумінні охоплює гармонізацію та кодифікацію [229; с.78].

О.О. Мережко навпаки вважає, що «гармонізація» у міжнародній торгівлі є поняттям ширшим, ніж «уніфікація», оскільки «передбачає використання не лише міжнародних договорів, але й інших інструментів (торгових звичаїв та узвичаєнь, модельних законів, типових контрактів тощо) для досягнення певного ступеня однаковості норм, що регулюють міжнародну торгівлю» [339; с.261].

Існує також точка зору відповідно до якої «уніфікація – це гармонізація різнонаціональних правових норм з «нульовим ступенем відмінності» [314].

Деякі вчені розглядають співвідношення уніфікації та кодифікації. Причиною таких досліджень є те, що кодифікація як «процес розробки і удосконалення національного законодавства певної держави» [229; с.70] доволі часто здійснюється під впливом правових систем інших держав або міжнародних правових систем.

Ілюстрацією цієї позиції може слугувати Закон ФРН про модернізацію зобов'язаного права (набув чинності 1 січня 2002 року), яким були внесені суттєві зміни до НЦУ. Однією із основних цілей, заради якої здійснювалася модернізація німецького зобов'язального права, була зближення німецького права із загальним правом Англії, а також із актами уніфікації контрактного права (у першу чергу КМКП) та уніфікації права країн-учасниць ЄС [288; с.59].

Кодифікація так само як і уніфікація є процесом правотворчості, однак якщо уніфікація «прагне максимально зблизити правопорядки різних держав…», то кодифікація спрямована на надання якійсь сукупності правових норм системного характеру [314; с.8].

Уніфікація вважається переважно міжнародно-правовим способом створення законодавства, кодифікація може мати як міжнародний так і національний характер.

В результаті міжнародної кодифікації була, наприклад, створена Зведена конвенція про працю у морському судноплавстві, яка є «єдиним узгодженим актом, що охоплює усі існуючі норми існуючих конвенцій і рекомендації про працю у морському судноплавстві, а також основоположні принципи, що містяться в інших міжнародних конвенціях про працю» [369; с.1].

Монреальська конвенція також є прикладом міжнародної кодифікації, оскільки вона об'єднала у собі більшість норм т.зв. Варшавської системи конвенцій, спрямованих на регулювання міжнародних повітряних перевезень[26].

Іноді міжнародна кодифікація розглядається не як спосіб систематизації існуючих норм, а «як метод здійснення уніфікації у міжнародному приватному праві …коли єдині

[26] Детальніше див. [248; с.34-40].

міжнародно-правові норми створюються шляхом переробки прогресивних досягнень як національних так і міжнародних правових систем» [313; с.8].

Останнім часом у юридичній літературі виділяють так звану «прогресуючу кодифікацію» («creeping codification») [439; с.270]. В результаті цієї кодифікації були створені деякі документи нового lex mercatoria,[27] а також PEL, Acquis Принципи, DCFR.

Така кодифікація здійснюється робочими групами вчених та практиків з різних держав. Її результатом є сформульовані письмово принципи та норми, що супроводжуються порівняльно-правовими дослідженнями національних та міжнародних правових систем, які засвідчують існування певного принципу чи норми або певного підходу до правового регулювання тих чи інших відносин. В результаті «прогресуючої кодифікації» створюються зводи принципів та норм права, які належать до джерел «м'якого права».

На наш погляд, уніфікація є не лише «процесом», але (у першу чергу) принципом створення та застосування правових норм. У цьому розумінні вона є орієнтиром, керівною ідеєю створення, зміни та застосування правових норм однакових для різних правових систем. Реалізація принципу уніфікації забезпечується процесом уніфікації.

Як процес уніфікація полягає у створенні або зміні однакових правових норм та їх однаковому застосуванні. Терміном «гармонізація» доцільно позначати принцип та процес створення схожих, але не однакових у різних правових системах норм. Гармонізація як принцип є керівною засадою для створення та зміни норм національного законодавства з урахуванням міжнародних вимог, розробок міжнародних урядових та неурядових організацій в результаті порівняльно-правових досліджень та вироблення оптимальної моделі правового регулювання певного інституту. Гармонізація може здійснюватися шляхом покладення в основу національного законодавства певної держави типового (модельного) закону чи окремих його положень, розроблених міжнародними організаціями.

[27] К. Бергер виділяє три документи, що є результатом кодифікації нового lex mercatoria: Принципи УНІДРУА, PECL та TransLexPrincipes [439; с.10].

Гармонізація може здійснюватися і з урахуванням норм міжнародних договорів, якщо вони при цьому зазнають певних змін.

Різновидом гармонізації є розробка національного законодавства або внесення змін до нього з урахуванням положень директив ЄС. Гармонізація права, що регулює договірні зобов'язання, можлива також шляхом використання моделей правового регулювання певних інститутів, притаманних праву зарубіжних країн.

Кодифікація норм міжнародних договорів може розглядатися як різновид уніфікації, якщо вона крім систематизації призводить ще й до створення нових або зміни існуючих правових норм.

Останнім часом спостерігається тенденція до використання методу «прогресуючої кодифікації» з метою створення правових регуляторів МПДЗ. Суть цієї кодифікації полягає у систематизації рішень міжнародних комерційних арбітражів, правового регулювання окремих видів відносин за правом певних країн, а також згідно з міжнародними уніфікованими документами, доктринальних надбань з певних питань, що є підставою для виведення абстрактного правила (принципу) або конкретного правила. В результаті такої кодифікації створюються деякі джерела м'якого права.

2.2. Регламентація міжнародних приватних договірних зобов'язань за допомогою міжнародних договорів.

Перші конвенції, що регулювали окремі питання МПДЗ, з'явилися ще наприкінці 19 ст[28]. У 20-21 ст.ст. процес створення міжнародних договорів у цій сфері продовжився[29].

При цьому питання щодо ролі міжнародних договорів, особливостей застосування їх норм є одним із найбільш дискусійних у теорії та практиці міжнародного приватного права.

Так, окремі автори відзначають, що міжнародний договір є формою, що містить норми міжнародного права, яке регулює міждержавні відносини шляхом встановлення прав та обов'язків держав-учасниць. Для того, щоб норми міжнародного права набули здатності регулювати відносини за участю фізичних та юридичних осіб, вони повинні увійти до правової системи країни, набути юридичної сили національного права, тобто бути імлементованими у внутрішнє право [337; с.67].

Існують різні погляди щодо способів імплементації норм міжнародного договору до національної правової системи.

На думку Р.А. Мюллерсона, імплементація уніфікованих норм здійснюється двома способами: за допомогою відсилки та інкорпорації. Відсилка передбачає включення до національного права норми, яка відсилає до норми міжнародного права та надає їй юридичної сили. Відсилка може бути загальною, тобто такою, що відсилає до усього міжнародного права, частковою або спеціальною (такою, що відсилає до частини міжнародного права чи його конкретної норми). Інкорпорація – включення положень, що відповідають міжнародному договору до національного законодавства. При цьому Р.А. Мюллерсон підкреслює, що ні відсилка, ні інкорпорація не перетворюють міжнародну правову норму у частину внутрішнього права [345; с.59-60, 68].

Інша думка полягає у тому, що норми міжнародного договору імплементуються у

[28] Так, Конвенція про користування рухомим складом у міжнародних залізничних перевезеннях була укладена ще в 1886 році.

[29] Зокрема були створені КМКП [6]; Конвенція про представництво у міжнародній купівлі-продажу товарів [84]; Конвенція про міжнародний фінансовий лізинг [178]; Конвенція про міжнародний факторинг [177]; Монреальська конвенція [80]; КОТІФ [79]; КАПП [35], КДПВ [86] та ін.

національне законодавство шляхом трансформації. М.Н. Марченко виділяє три форми трансформації: пряму, опосередковану, змішану. Перша полягає у тому, що норми укладеного і ратифікованого міжнародного договору безпосередньо набувають сили закону. Опосередкована трансформація означає прийняття особливого закону, іншого нормативного правового акта, що переводить норму міжнародного договору у внутрішньодержавну норму права. Змішана трансформація, являє собою поєднання перших двох видів трансформації [372; с.563].

У доктрині був розроблений «приватноправовий механізм трансформації» як системи міжнародних і внутрішньодержавних форм, способів (засобів) і видів, а також процедур, що забезпечують сприйняття внутрішнім правом приватноправових норм міжнародних актів [205; с.12].

Теорія трансформації міжнародного договору критикується у правовій доктрині. Так, наприклад, В.П. Звєков зазначає, що з включенням міжнародних договорів до складу російської правової системи правила цих договорів набувають функції внутрішніх правових норм і можуть застосовуватися до приватноправових відносин не змінюючи своєї початкової природи, залишаючись міжнародно-правовими нормами. Таким чином, звернення до правової фікції «трансформації», як перетворення міжнародно-правової норми у внутрішньодержавну є зайвим [268; с.49].

А. Зибайло зазначає, що про «трансформацію» можна і потрібно говорити, але не про як перетворення норм міжнародного права на норми національного права, а як про деякі зміни положень міжнародних договорів в процесі їх застосування всередині країни. Автор звертає увагу на те, що різні органи держави, застосовуючи правила міжнародних договорів, враховують характер соціального устрою держави, а також особливості її правової системи. Це лише певна зміна в процесі застосування, а не перетворення норм міжнародного права в норми національного права [270].

В.Г. Ігнатенко іменує концепцію трансформації «ілюзорною», оскільки трансформація означає припинення існування предмета, що трансформується, а міжнародним договорам це не властиво; по-друге, на стадії правозастосування взаємодія

двох правових систем, якщо прийняти концепцію трансформацію, замінюється одноособовою дією правової системи держави, що поглинула міжнародні норми; по-третє, традиційно в ряді галузей національного законодавства допускається застосування норм іноземного законодавства, однак не висловлюється пропозиція про трансформацію його норм у національне законодавство [336; с.98].

Схожу точку зору висловив В.А. Канашевський, який, зокрема, зазначає, що визнання міжнародного договору джерелом внутрішнього права не відповідає об'єктивній реальності, а саме самостійному існуванню двох правових систем: національної та міжнародної [282; с.33].

Водночас, варто відзначити, що не всі автори вважають міжнародний договір саме джерелом права певної держави. Так, наприклад, В.А. Канашевський, розрізняючи поняття правового регулятора та джерела права, відносить міжнародний договір до правових регуляторів, існування якого обумовлене тим, що у правовій системі держави діють і застосовуються не лише її власні правові норми, але й норми інших правових систем: міжнародні правові норми та норми іноземного права [282; с.14]. На його думку, категорія «джерело права» покликана конституювати правило поведінки у якості правової норми і, відтак, має жорстку прив'язку до правової системи конкретної держави або до міжнародної правової системи. Категорія «правовий регулятор» позначає все об'єктивне право, всі діючі на території держави правові норми (національні, іноземні, міжнародні), тобто вже конституйовані у якості таких у рамках відповідних правових систем [282; с.16].

Точка зору про те, що норми міжнародного договору частиною є національного законодавства має наслідком те, що «міжнародні договори ….. застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства.» (ст. 19 (1) ЗУ «Про міжнародні договори України» [28]).

Це призводить в свою чергу до явища, яке у правовій доктрині прийнято іменувати «націоналізацією міжнародного договору»[405; с.36]. Його суть полягає у тому, що суддя, застосовуючи міжнародний договір, сприймає його як елемент національної правової системи і, відповідно, прив'язує норми міжнародного договору до вітчизняних норм і дає їм

тлумачення відповідно до національних стандартів. Результатом цього є неправильне застосування норм міжнародних договорів, оскільки вони мають свої правила тлумачення, обумовлені метою їх створення. Нагадаємо, що міжнародні договори розроблюються і приймаються для уніфікованого (однакового) регулювання певних відносин. Їх застосування у порядку, передбаченому для національного законодавства, не дозволяє досягти цієї мети.

На наш погляд, відповідь на питання про те, чи є міжнародний договір джерелом права певної держави, залежить від того, як визначити поняття «джерело права». Якщо прийняти точку зору тих авторів, які вважають, що джерелом права є лише норми, створені певною державою, які підлягають застосуванню відповідно до правил національного законодавства, то, безумовно, міжнародний договір не є джерелом права певної держави.

У теорії права джерелом права вважають форму вираження державної волі, форму в якій міститься правове рішення держави [191; с.436]; форму, якій виражена та чи інша правова норма [273; с.15].

На нашу думку, міжнародний договір є джерелом регулювання міжнародних приватних договірних відносин, оскільки містить визначені правила поведінки, а також є результатом узгодженої волі держав. Точка зору про те, що міжнародний договір є частиною національного законодавства є небезпечною, оскільки веде до «націоналізації» міжнародного договору, тобто до застосування міжнародного договору відповідно до правил законодавства тієї чи іншої держави, яке не призначене для регулювання відносин з іноземним елементом.

Особливості застосування та тлумачення міжнародних договорів, наведені нижче свідчать про те, що «яким би способом не здійснювалося санкціонування державою і доведення до національних суб'єктів, вони можуть в результаті отримати лише національну оболонку, однак їх юридична сутність як норм міжнародного права від цього не змінюється» [260; с.71].

Можливість застосування того чи іншого міжнародного договору до приватноправових договірних відносин визначається: 1) нормами, що регулюють

правозастосування у певній державі; 2) нормами самого міжнародного договору (зокрема, тими, що визначають сферу його дії).

Норми, що регулюють процес правозастосування державними судами визначаються процесуальними кодексами, та іншими актами законодавства певної держави. Так, із ст. 8 (1) ЦПК України, із ст. 4 (1) ГПК України випливає, що державні суди в Україні застосовують міжнародні договори, «згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України»[30]

ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» [27] не містить спеціальних правил, які визначають застосування саме міжнародних договорів. Ст. 28 цього закону дозволяє арбітражу вирішувати спір згідно з такими нормами права, які сторони обрали як такі, що застосовуються до суті спору. У п. 3.2. цього дослідження доводиться, що такими нормами можуть, зокрема, бути норми міжнародного договору, при цьому не обов'язково, щоб згода на його застосування надавалася ВРУ чи іншим державним органом України.

Міжнародні договори, що регулюють приватні договірні зобов'язання, не завжди визначають свою сферу дії в залежності від пов'язаності правовідносин із державами-учасницями. Так, наприклад, КМКП, допускає, що може застосовуватися не лише тоді, коли комерційні підприємства сторін перебувають у договірних державах (ст. 1 (1) (a)), але й коли згідно з нормами МПрПзастосовується право договірної держави (ст. 1 (1) (b)) [6]. Схожі правила встановлені ст. 2 (1) (b) Конвенції про міжнародний факторинг [177], ст. 2 (1) (b) Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг [178].

У тих випадках, коли сфера дії конвенції пов'язується із місцезнаходженням комерційних підприємств, місць відправлення та призначення (ст. 1 (2) Монреальської конвенції [80]) (або одного з них ст. 1 (1) (c) Афінської Конвенції [4], ст. 1 (2) КДПВ [86]) у

[30] Принагідно зазначимо, що згода обов'язковість міжнародного договору ВРУ надається шляхом ратифікації відповідного міжнародного договору. Перелік міжнародних договорів, що підлягають ратифікації, визначається ст. 9 цього ж Закону. Водночас, ст. 8 ЗУ «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 року № 1906 зазначає, що згода на обов'язковість міжнародного договору може надаватися не лише шляхом ратифікації, але й підписання, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору, або у інший спосіб, про який домовилися сторони. При цьому при використанні останніх п'яти способів рішення про обов'язковість міжнародного договору надається не ВРУ, а іншими органами [28].

договірних державах або іншої пов'язаності обставин справи із договірною державою (Наприклад, укладення договору у договірній державі (ст. 1 (1) (b) Афінської Конвенції) [4], плавання судна під прапором договірної держави або його реєстрації у ній (ст. 1 (1) (a) Афінської Конвенції) [4] та ін.) важливим є визначення моменту, з якого держава стає «договірною державою» у розумінні певної конвенції.

Відповідно до ст. 14 ЗУ «Про міжнародні договори» умовою набрання чинності міжнародними договорами для України є надання нею згоди на обов'язковість міжнародного договору відповідно до цього Закону [28]. Однак сам порядок та строки набрання чинності міжнародним договором для України (тобто набуття нею статусу «договірна держава») визначаються самим міжнародним договором (див., наприклад, ст. 99 КМКП [6], ст. 14 Конвенції про міжнародний факторинг [177], ст. 16 Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг [178]) або в інший узгоджений сторонами спосіб.

Застосовуючи положення міжнародних договорів, необхідно враховувати, що більшість із них передбачає можливість держав робити певні застереження. Вони можуть полягати, наприклад, у тому, що держава відмовляється застосовувати певні положення, передбачені міжнародним договором. Так, наприклад, ст. 92 (1) КМКП передбачає, що: « Договірна держава може під час підписання, ратифікації, прийняття, схвалення або приєднання заявити, що вона не буде зв'язана частиною II цієї Конвенції або що вона не буде зв'язана частиною III цієї Конвенції» [6].

Наслідком такої заяви є те, що держава не вважається «Договірною державою в розумінні пункту 1 статті 1 цієї Конвенції щодо питань, регульованих тією частиною Конвенції, на яку поширюється ця заява» (ст. 92 (2)) КМКП. Тобто «Конвенція в цілому не може бути застосована на підставі ст.1 (1) (a)» [623; с. 6].

Крім того, необхідно враховувати те, що окремі міжнародні договори, які регулюють договірні зобов'язання, передбачають можливість сторін приватноправового договору виключити застосування міжнародного договору, або відступати від його положень або змінювати їх.

В залежності від можливості виключення застосування, відступу від норм, зміни їх дії міжнародні договори можна класифікувати на наступні групи.

До першої групи міжнародних договорів слід віднести договори, які допускають виключення застосування їх норм сторонами відповідного приватноправового договору тільки щодо міжнародного договору в цілому[31]. **Другу групу** складають міжнародні договори, які дозволяють сторонам приватноправового договору як виключити застосування відповідної конвенції в цілому, так і відступати від її окремих положень чи змінювати їх[32].

При цьому слід відзначити, що конвенції, які віднесені до даної групи, як правило, встановлюють виключення, тобто, визначають положення, від яких сторони приватноправового договору не можуть відступити. Так, наприклад, відповідно до ст. 5 (2) Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг «…сторони можуть у своїх відносинах одна з одною частково відміняти або змінювати дію будь-якого з положень Конвенції, крім положень пункту 3 статті 8, підпункту «b» пункту 3 і пункту 4 статті 13». Зі ст. 6 КМКП випливає, що сторони договору купівлі-продажу можуть виключати застосування КМКП в цілому, відступати від будь-якого з її положень або змінювати їх, крім положень ст. 12.

При цьому, слід відзначити, те, що досліджувані конвенції не встановлюють конкретних вимог щодо того, яким чином сторони приватноправового договору можуть виключати їх застосування, відступати від них або змінювати їх положення.

Звичайно, сторони приватноправового договору можуть прямо виключити застосування певного міжнародного договору. При цьому розрізняють виключення із вказівкою сторін на право, що застосовується до договору і виключення без такої вказівки [623; с.33].

Дискусійним є питання про те, чи можуть сторони приватноправового договору непрямо виключити застосування міжнародного договору. Підготовчі матеріали окремих

[31] Див., наприклад, ст. 3 Конвенції про міжнародний факторинг [177].

[32] Див., наприклад, ст. 6 КМКП [6], ст. 5 Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг [178].

міжнародних договорів свідчать про відсутність єдності розробників конвенцій щодо цього. Так, під час розробки КМКП окремі делегації пропонували чіткіше сформулювати положення щодо можливості сторін договору купівлі-продажу виключити застосування Конвенції. Наприклад, делегація від Сполученого Королівства пропонувала, визначити у тексті Конвенції, що відмова, відступ від її положень, а також їх зміна можуть бути явними та неявними. Делегація від Бельгії пропонувала додати до тексту КМКП положення про те, що виключення, відступ або зміна від Конвенції повинні бути явно вираженими або явно випливати із обставин справи. Пропонувалося також включити положення про те, що застосування КМКП виключається, якщо сторони підпорядкували їх договір певному національному праву. Пропозиції щодо «явно виражених» відмови, відступу чи зміни застосування положень Конвенції висловлювалися й представниками й інших країн, зокрема, Пакистану, Італії. Проте, ці пропозиції були відхилені [553; с.85-86].

У Пояснювальній записці Секретаріату ЮНСІТРАЛ до КМКП зазначається, що виключенням застосування Конвенції є, наприклад, вибір сторонами у якості права, застосовуваного до договору, права якоїсь держави, яка не є договірною, чи внутрішнього матеріального права однієї із договірних держав. Відхід від положень Віденської конвенції матиме місце у всіх випадках, коли те чи інше положення договору буде передбачати іншу норму, ніж та, яка міститься у Конвенції [368; с.40].

Однак, треба відзначити, що дана точка зору не завжди підтримується у судовій практиці. Так, наприклад, Верховний суд Австрії в одному із рішень зазначив, що для виключення застосування Віденської конвенції сторони договору повинні ясно висловитися щодо цього. Наявність у договорі умови про вибір застосовуваного права сама по собі не свідчить, про те, що сторони домовилися щодо виключення застосування Віденської конвенції до їх відносин [612].

В іншій справі умова договору про те, що «правом, яке регулює договір, є цивільне право і відповідні правові акти ЄС» стала підставою для направлення справи на новий розгляд Апеляційним судом м. Целе (Словенія), оскільки суд першої інстанції застосував норми Віденської конвенції, не з'ясувавши, чи мали сторони намір виключити застосування Конвенції відповідно до ст. 6. При цьому варто взяти до уваги те, що апелянт в заяві не

оскаржував рішення суду першої інстанції в частині застосовуваного права. Апеляційний суд розглянув дане питання з власної ініціативи [617].

На наш погляд, вибір права недоговірної держави у якості права застосовуваного до договору не дозволяє зробити однозначного висновку про те, що сторони мали на увазі виключити застосування КМКП до їх відносин. Можливо такий вибір означає лише те, що сторони бажали застосування національного права недоговірної держави лише до питань, не врегульованих Конвенцією. Відтак вибір права недоговірної держави без чіткої вказівки на виключення застосування норм КМКП потребує з'ясування волі сторін щодо цього питання.

Вибір сторонами договору купівлі-продажу права договірної держави у якості права, застосовуваного до договору, часто є підставою для висновку про те, що сторони не виключали застосування КМКП, а також не домовлялися про відступ від неї чи зміну її положень. Аргументами для такого висновку є наступні: КМКП є частиною права договірної держави, яке обрали сторони; норми національного права в даному випадку покликані врегулювати прогалини її правового регулювання [623; с.34].

У зв'язку із цим, варто відзначити те, що в окремих випадках вибір сторонами «законодавства, застосовуваного до договору» (замість «права, застосовуваного до договору») є підставою для висновку про неможливість застосування норм КМКП. Так, М.Г. Розегберг наводить приклад справи, що розглядалася МКАС при ТПП РФ, у якій арбітраж відмовився застосовувати положення КМКП, посилаючись на те, що контракт, укладений між сторонами, містив посилання на «російське законодавство». Автор стверджує, що якби у договорі містилася б умова про застосування російського права, а не російського законодавства, то не виникало б сумнівів щодо застосування міжнародного договору «враховуючи, що міжнародні договори РФ, будучи складовою частиною правової системи РФ (ч. 4 ст. 15 Конституції) входять до права Росії» [382; с.91].

Точка зору про те, що міжнародні договори входять до сфери «право» і не входять до сфери «законодавство» заслуговує на підтримку. З іншого боку, не можна не зазначити й про те, що якби подібне питання вирішувалося на підставі аналізу законодавства України, то буквальне його тлумачення призвело б до інших висновків. Підставою для такого твердження є ст. 9 Конституції України, відповідно до якої чинні міжнародні договори,

згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України [40]. Аналогічна норма міститься і у ст. 19 ЗУ «Про міжнародні договори» [28]. Відтак, якщо «застосовуваним» буде українське законодавство, міжнародні договори, учасницею яких є Україна, будуть застосовуватися в силу зазначених норм Конституції України та ЗУ «Про міжнародні договори». Однак, якщо застосуванню підлягатиме законодавство іншої держави, то можливість застосування норм міжнародних договорів, а також деяких інших джерел права залежатиме від того, як у даній державі розуміється поняття «законодавство».

Третю групу міжнародних договорів складають договори, які дозволяють сторонам приватноправового договору відступити лише від певних положень міжнародного договору. Такий підхід властивий конвенціям, що регулюють договори міжнародних перевезень. Так, наприклад, відповідно до ст. 5 ЦІВ: «Крім випадків, коли Єдині правила це ясно дозволяють, будь-яка умова договору, що безпосереньо або непрямо відхиляється від цих Єдиних правил, є недійсною і позбавленою будь-якої законної чинності» [79].

Міжнародні договори цієї групи іноді вказують не лише на положення щодо яких можна зробити відступ, але й напрямок такого відступу. Наприклад, із змісту ст.ст. 25, 26 Монреальської конвенції [80] випливає, що договір міжнародного повітряного перевезення може містити відмінні від положень Конвенції умови щодо відповідальності перевізника, за якими розмір відповідальності перевищує розмір меж відповідальності, встановлених Монреальською конвенцією або такі, що встановлюють необмежену відповідальність перевізника. Натомість умови договору повітряного перевезення спрямовані на звільнення перевізника від відповідальності або на встановлення межі відповідальності, нижчої, ніж та, що встановлена цією Конвенцією є недійсними.

Наведене дає підстави для загального висновку про те, що міжнародні договори, які можуть застосовуватися для регулювання міжнародних договірних зобов’язань, як правило, передбачають можливість сторін приватноправового договору виключити застосування, відступити від положень або змінити дію норм відповідного документу. Відтак, визначаючи правові норми, що будуть застосовуватися до міжнародних приватних договірних відносин, необхідно проаналізувати, чи не виключили сторони

приватноправового договору застосування міжнародного договору, який за інших умов підлягав би застосуванню, а також, чи не домовилися сторони про відступ від його окремих норм або зміну дії відповідних положень. При цьому слід мати на увазі те, що реалізація даного права сторін приватноправового договору має певні обмеження.

Застосовуючи міжнародні договори слід мати на увазі, що вони можуть вступати у колізію між собою. Правила вирішення таких колізій містяться у відповідних договорах (наприклад, ст. 55 Монреальської конвенції [80], ст. 17 Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг [178]) та Віденській конвенції [32].

Колізії між міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, та актом законодавства України вирішуються на користь міжнародного договору (ст. 19 (2) АЗУ «Про міжнародні договори» [28]).

Універсальність правового регулювання, що є метою створення будь-якої конвенції, обумовлює специфічні правила тлумачення міжнародних договорів.

Правила тлумачення міжнародних договорів можуть визначатися нормами відповідних міжнародних договорів, а також Віденської конвенції.

Застосування будь-якої правової норми вимагає перш за все її розуміння. Однак, як вірно відзначає Є.В. Вальковський, «іноді процес розуміння здійснюється невимушено, миттєво… і навпаки дуже часто повного розуміння можна досягти лише за допомогою більш чи менш складного розумового процесу, яким і є тлумачення» [226; с.19].

Загальновідомим є те, що створення норм міжнародного договору у багатьох випадках є результатом компромісу точок зору представників різних правових систем. Крім того, розробники конвенцій зустрічаються із проблемою, відомою також розробникам національних актів: неможливістю передбачити усі ситуації, які можуть виникнути у житті, а відтак створити правову норму, яка б спеціально регулювала конкретні відносини. Як наслідок міжнародні договори містять положення, що характеризуються загальністю та гнучкістю формулювань і потребують спеціального тлумачення.

При цьому окремі міжнародні договори, що регулюють приватні договірні відносини, містять правила про їх тлумачення (наприклад, ст. 7 КМП [6], ст. 7 Конвенції про позовну давність [37], ст. 4 Конвенції про міжнародний факторинг[177], ст. 6 Конвенції міжнародний фінансовий лізинг [178]та ін.), інші – не приділяють цьому питанню спеціальної уваги (наприклад, Монреальська конвенція [80], Афінська конвенція [4], КАПП [35]та ін).

Крім того, у будь-якому випадку до кожного міжнародного договору можуть бути застосовані положення ст.ст. 31-33 Віденської конвенції [32], що присвячені тлумаченню міжнародних договорів.

Серед принципів тлумачення міжнародних договорів слід виділити ті, що встановлені спеціальними конвенціями, які регулюють міжнародні договірні зобов'язання, а також Віденською конвенцією.

До принципів тлумачення, встановлених спеціальними конвенціями належать: 1) добросовісність; 2) врахування міжнародного характеру конвенції; 3) необхідність сприяти однаковому застосуванню положень конвенції; 4) необхідність враховувати предмет та мету Конвенції, визначені у її преамбулі.

Перші три принципи тлумачення закріплені, зокрема, у ст. 7 КМКП [6], ст. 7 Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів [36], ст. 4 Конвенції про міжнародний факторинг [177], ст. 6 Конвенції міжнародний фінансовий лізинг [178]. Останній принцип – у ст. 4 Конвенції про міжнародний факторинг, ст. 6 Конвенції міжнародний фінансовий лізинг.

До принципів тлумачення міжнародних договорів, встановлених Віденською конвенцією, зокрема, належать: 1) добросовісність; 2) врахування у процесі тлумачення тексту, тексту, преамбули і додатків договору; 3) врахування усякої угоди, яка стосується договору і якої було досягнуто між усіма учасниками, у зв'язку із укладенням договору; 4) врахування усякого документу, складеного одним або кількома учасниками у зв'язку з укладенням договору і прийнятого іншими учасниками як документу, що стосується договору; 5) врахування усякої наступної угоди між учасниками щодо тлумачення договору

або застосування його положень; 6) врахування наступної практики застосування договору, яка встановлює згоду учасників щодо його тлумачення; 7) врахування будь-яких відповідних норм міжнародного права, які застосовуються у відносинах між державами; 8) надання терміну договору спеціального значення, якщо встановлено, що учасники мали такий намір; 9) можливість звернення до підготовчих матеріалів та до обставин укладення договору у певних випадках; 10) однаковість юридичної сили автентичних текстів договорів, у тому випадку, коли автентичність тексту була встановлена двома або кількома мовами і учасники не домовились про переважну силу якогось певного тексту; 11) однаковість значення термінів договору в кожному автентичному тексті; 12) якщо автентичні тексти виявляють розходження значень, і учасники не встановили переважної сили якогось певного тексту, переважну силу має той текст, який, з урахуванням об'єкта і цілей договору, найкраще узгоджує ці тексти.

Метою закріплення принципів врахування міжнародного характеру договору та забезпечення однаковості його застосування є досягнення мінімізації впливу практики, орієнтованої на внутрішній ринок, на міжнародні договірні відносини, тобто забезпечення такого застосування міжнародного договору, за якого він би не був доповненням до національних законів, а вичерпним засобом правового регулювання. Це завдання визнається вельми амбітним, але дуже прагматичним [493; с.76].

Необхідність врахування міжнародного характеру конвенцій та забезпечення єдності у їх застосуванні підтримується й судовою практикою. Так, в одному із недавніх рішень суд посилаючись на ст. 7 КМКП зазначив, що вона повинна тлумачитися автономно, тобто виключно на підставі її власних умов та рішень, прийнятих із застосуванням КМКП у зарубіжних юрисдикціях [610].

На необхідності автономного тлумачення міжнародних договорів, що регулюють приватні договірні відносини, наголошували багато коментаторів.

Так, аналізуючи принципи тлумачення КМКП, П. Шлехтрайм зазначає, що вимога щодо врахування міжнародного характеру Конвенції потребує забезпечення принципу автономного тлумачення принципів Конвенції і забороняє використовувати технічні

терміни і принципи внутрішнього права, особливо внутрішнього права правозастосовчого органу [532; с.48].

Він допускає звернення до правової системи певної держави з метою тлумачення та розуміння її положень тільки у випадках, коли певні положення Конвенції перебувають явно під впливом цієї системи. Наприклад, ст. 74 КМКП (друге речення) встановлює, що … збитки не можуть перевищувати збитків, які сторона, що порушила договір, передбачила чи повинна була передбачувати у момент укладення договору». Обмеження відшкодування передбачуваними збитками є наслідком строгої відповідальності сторін. Модель строгої відповідальності, встановлена ст. 74 (перше речення) слідує англо-американській моделі, у якій боржник в принципі відповідальний за усі збитки спричинені невиконанням, незалежно від вини, якщо не звільниться від відповідальності на підставі ст.ст. 79, 80 КМКП. Тому англо-американське право може братися до уваги під час тлумачення поняття «передбачувані збитки» [532; с.48-49].

Схожої позиції щодо тлумачення КМКП дотримується О.С. Комаров. Він, зокрема, звертає увагу на те, що у випадках, коли норми Конвенції сформульовані дуже близько до відповідних внутрішніх правил суди користаються такою схожістю. Однак, такі методи, очевидно, можуть бути використані тільки тоді, коли їх використання не призведе до результатів, несумісних з міжнародним характером регулювання КМКП. Іншими словами, в таких випадках не слід випускати з уваги міжнародний характер угоди [493; с.78].

Необхідність сприяти однаковості у застосуванні міжнародного договору призводить до того, що суди і арбітражі, тлумачачи його положення, повинні брати до уваги іноземні рішення та літературу, доступну через коментарі та бази, призначені для підтримки та інформування про уніфіковане тлумачення міжнародного договору.

На цьому наголошують більшість дослідників правового регулювання транскордонних договірних приватних відносин. Так, П. Шлехтрайм, аналізуючи процес застосування норм КМКП, вказує на те, що не зважаючи на необов'язковість прецедентної системи за Конвенцією, положення «сприяння досягненню однаковості у застосуванні» у ст. 7 зобов'язує суди брати до уваги й іноземну літературу, і особливо судову практику. Якщо питання КМКП розглядалося по-суті найвищим судом країни-члена, тоді рішення

повинно вважатися судами та арбітражами «переконливим прецедентом», навіть якщо вони могли б схилятися до іншого тлумачення [532; с.48].

Одним із принципів тлумачення міжнародних договорів, встановлених Віденською конвенцією, є **можливість звернення до підготовчих матеріалів та до обставин укладення договору**.

Даний принцип тлумачення застосовується у таких випадках: 1) для підтвердження значення термінів договору встановлених за допомогою інших принципів, визначених ст. 31 Віденської конвенції (добросовісності, врахування преамбули та додатків та ін..); 2) для встановлення значення термінів, коли використання принципів тлумачення, визначених ст. 31 Віденської конвенції, залишає значення двояким чи неясним або призводить до результатів, що є явно абсурдними або нерозумними.

Водночас вивчення підготовчих матеріалів конвенцій, що регулюють приватні договірні відносини, вказує на те, що розробники конвенцій часто мають діаметрально протилежні точки зору щодо тих чи інших питань, а тому звернення до підготовчих документів з метою тлумачення міжнародних договорів може не дати бажаного результату.

Наприклад, історія створення Монреальської конвенції, свідчить про відсутність єдиної точки зору щодо можливості компенсації моральної шкоди у випадку заподіяння тілесних ушкоджень під час міжнародних повітряних перевезень на підставі норм Монреальської конвенції.

Так, під час роботи Монреальської конференції делегати із Швеції та Норвегії запропонували, щоб норма, яка встановлювала відповідальність перевізника у випадку смерті чи тілесного ушкодження, була викладена наступним чином: «Перевізник відповідає за шкоду, спричинену смертю чи тілесним, або душевним ушкодженням пасажира». Як пояснив представник Швеції ця пропозиція була спрямована на забезпечення прав пасажирів з приводу компенсації душевних травм у разі події («accident»), причому незалежно від отримання пасажиром фізичних ушкоджень.

Реакція інших делегатів Конференції була неоднозначною. Представники Чілі, Данії, Великої Британії, Домініканської Республіки, Панами, Намібії, Колумбії, Швейцарії, Фінляндії та Іспанії підтримали шведсько-норвезьку пропозицію.

Представники Німеччини, Франції, Іспанії, Нової Зеландії в цілому підтримали пропозицію щодо розширення відповідальності перевізника, однак, не погодились зі словесним формулюванням норми. Так, вони наполягали на тому, що лише англійський текст потребує змін, оскільки французький термін «*lesion corporelle*» охоплює і моральну шкоду у тому числі. Представник Саудівської Аравії звернув увагу на те, що тест Конвенції арабською мовою містить термін, що тлумачитися як тілесні та душевні ушкодження.

Представники Ефіопії, Австрії, Маврикія, Алжиру, Мадагаскару та Індії заперечували проти покладення на перевізника відповідальності за душевні травми. Китай, Камерун, Єгипет, Італія, Сенегал та Ємен погоджувалися з тим, що відповідальність перевізника повинна охоплювати відповідальність лише за ту моральну шкоду, що є прямим результатом фізичних ушкоджень. Делегат від Сінгапуру запропонував, щоб Конвенція встановлювала відповідальність перевізника лише за тілесні ушкодження, оскільки таке формування дозволятиме відшкодування моральної шкоди у тих випадках, «коли душевні ушкодження, що супроводжують фізичні та мають фізичний прояв». Схожу позицію висловив делегат від ОАЕ, який, в цілому, заперечував проти включення до Конвенції слів «чи душевним», однак висловлювався за відшкодування моральної шкоди, що була спричинена недбалістю чи неправомірною поведінкою перевізника, та призвела до тілесних ушкоджень.

Відсутність єдності щодо компенсації моральної шкоди перевізником змусила Президента Монреальської конференції створити робочу групу, що складалася з представників 28 держав, які повинні були опрацювати «ключові питання».

Членам робочої групи вдалося дійти більшої згоди з окремих питань, однак питання щодо компенсації моральної шкоди одноголосно вирішене не було. Представники Чілі, Великої Британії, Нової Зеландії, Швеції та Швейцарії прагнули включити до Конвенції формування, яке б дозволило пасажирам отримувати компенсацію за моральну шкоду навіть за відсутності фізичних ушкоджень. Представники Єгипту та В'єтнаму не

погоджувалися із цим і наполягали на тому, що перевізник повинен нести відповідальність лише за ту моральну шкоду, що супроводжує тілесні ушкодження. Крім того, частина представників держав, що не увійшли до робочої групи, також не підтримали пропозицію Чілі та інших. Одні з них продовжували заперечувати саму можливість компенсації моральної шкоди, інші наполягали на компенсації лише тієї моральної шкоди, що була спричинена тілесними ушкодженнями [116].

Наведене свідчить про те, що за час роботи над створенням Монреальської конвенції делегати не змогли дійти єдиної думки щодо можливості компенсації моральної шкоди, заподіяної смертю чи тілесним ушкодженням пасажира.

Гострими дебатами відрізнялися й переговори щодо створення інших конвенцій, які регулюють міжнародні договірні приватні відносини. Так, наприклад, переговори щодо створення ст. 7 КМКП описуються у юридичній літературі як "гаряче обговорювані", "жорстокі", "неспокійна історія". Сама ст. 7 в результаті характеризується як "дивне регулювання" "незграбний компроміс", і "досить своєрідне положення" [536; с.15].

Саме тому, на думку багатьох коментаторів до підготовчих матеріалів слід ставитися з максимальною обережністю, і у зв'язку із конфліктами, які виникали під час їх створення, вони представляють в основному історичний інтерес [561].

Узагальнюючи, варто зазначити, що теорією міжнародного права та практикою застосування норм міжнародних договорів у сфері регулювання приватних договірних відносин були вироблені принципи тлумачення міжнародних договорів. Кожен принцип має проблеми у своєму використанні. Жодному із принципів не може віддаватися перевага. Тлумачення норм міжнародних договорів, що регулюють приватні договірні зобов'язання, завжди має відбуватися з урахуванням міжнародного характеру цих відносин, необхідності сприяти однаковості у їх застосуванні та досягненню добросовісності у міжнародній торгівлі.

Водночас правила міжнародних договорів про їх тлумачення (будь-то норми спеціального міжнародного договору чи Віденської конвенції) є частинами цих міжнародних договорів, сформульованими за тими ж принципами, що й їх інші положення.

Відтак, формулювання принципів тлумачення міжнародних договорів, зафіксованих в них, також не позбавлені загальності, і в свою чергу потребують тлумачення.

Саме тому, тлумачення міжнародного договору є певною мірою мистецтвом, а не точною наукою [458; с.218]. Пояснюючи цю точку зору, Комісія ООН з міжнародного права вказує на те, що під час тлумачення міжнародного договору перевага не може надаватися жодному зі способів тлумачення: будь-то «буквальне», «текстове» тлумачення, тлумачення «намірів розробників", тлумачення відповідно до об'єкта і мети договору (також відоме як "ефективне" або "телеологічне») [458; с.218].

Тобто, надмірне зосередження на тексті, без уваги до намірів сторін, або навпаки акцентування на тому, що сторони мали на увазі, незалежно від тексту, або об'єкті і меті з тим, щоб договір був більш «ефективним», не зважаючи при цьому на наміри сторін навряд чи призведе до задовільних результатів.

Іншими словами, як зазначає Б. Шихі, у процесі тлумачення міжнародних договорів, не може бути якихось пріоритетів щодо способів тлумачення. Останнє повинно бути збалансованою дією або «ексклюзивним» читанням тексту [536; с.11].

Збалансованість дій щодо тлумачення міжнародного договору вимагає здійснення тлумачення з урахуванням сукупності принципів, встановлених міжнародним правом.

Таким чином, міжнародні договори застосовуються і тлумачаться відповідно до норм міжнародного права, а не національного законодавства. Відтак, твердження про те, що вони є частиною національного законодавства не відповідає дійсності.

Звертає на себе увагу й те, що ст. 19 (1) ЗУ «Про міжнародні договори України» стосується лише договорів «згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Між тим надання згоди на обов'язковість міжнародних договорів ВРУ не єдиний спосіб надання згоди України на обов'язковість для неї міжнародного договору. Так, згідно зі ст. 8 ЗУ «Про міжнародні договори України» згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може надаватися шляхом підписання, ратифікації, затвердження, прийняття договору, приєднання до договору.

Згода України на обов'язковість для неї міжнародного договору може надаватися й іншим шляхом, про який домовилися сторони. ВРУ надає згоду на обов’язковість міжнародного договору шляхом прийняття закону про ратифікацію. Інші способи набуття міжнародним договором обов’язкової сили згоди ВРУ не потребують.

На наш погляд, якщо Україна дала згоду на обов’язковість міжнародного договору, вона повинна дбати про його дотримання, не залежно від того у якій спосіб надавалася згода.

У зв’язку із наведеним вище, пропонуємо ст. 19 (1) ЗУ «Про міжнародні договори України» викласти у наступній редакції: «1. Чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана одним із способів, передбачених ст. 8 цього Закону, застосовуються у порядку, передбаченому нормами міжнародного права».

Крім того, оскільки (як було доведено вище) міжнародний договір у жодному разі не може стати частиною національного законодавства України, про пропонуємо викласти ст. 9 (1) Конституції України у наступній редакції: «1. Чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана одним із способів, передбачених законом, застосовуються у порядку, передбаченому нормами міжнародного права».

2.3. М’яке право – джерело регулювання міжнародних приватних договірних зобов’язань

Уніфікація правових норм, в результаті якої створюється міжнародний договір, має низку проблем. Ю. Базедов до них відносить повільність процесу ратифікації, що призводить до того, що лише незначна кількість конвенцій вступають у силу після ратифікації великою кількістю держав; фрагментарний характер міжнародних договорів, а відтак, необхідність додаткового звернення до національного законодавства і вибору права; складність їх застосування, пов’язану із можливістю робити застереження до міжнародних договорів та деякі інші [200; с.65-66].

В результаті «міжнародний договір як форма уніфікації перестав відповідати сучасному рівню міжнародних зв’язків і не забезпечує ефективного зближення правових систем» [206; с.144].

В.І. Кисіль звертає увагу на низьку мобільність та нечутливість уніфікації, пов’язаної із прийняттям та реалізацією міжнародних договорів, до проблем окремої правової системи [293; с.133].

У зв’язку із цим у доктрині справедливо відмічається зростання ролі т.зв. м’якого права (soft law) як інструменту уніфікації права [193; с.30].

Термін «м’яке право» визначається як правила поведінки, що містяться в інструментах, які не мають обов’язкової юридичної сили, однак можуть мати певну (непряму) правову дію» [535; с.3]; або як «уніфіковані правила рекомендаційного характеру, які будучи не обов’язковими для застосування сторонами договору, доповнюють регулювання приватноправових відносин, що здійснюється міжнародним договором» [332; с.10].

В свою чергу уніфіковані норми рекомендаційного характеру у міжнародному приватному праві визначаються як «формально-визначені правила, покликані здійснювати вплив на міжнародні приватноправові відносини, не підкріплені офіційною санкцією держави на їх застосування. Їх дія визначається усталеною практикою відносин або

…прийняттям міжнародного договору чи національного правового акту на підставі Принципів УНІДРУА, типового закону» [332; с.10].

До джерел м'якого права у сфері договірних зобов'язань відносять уніфіковані звичаї, типові договори та договірні умови, керівництва із складання певних документів, рекомендації міжнародних організацій тощо.

У регулюванні міжнародної торгівлі, міжнародних морських перевезень, міжнародних розрахунків традиційну велику роль відігравали міжнародні торгові звичаї. Під якими, як правило, розуміють єдині (одноманітні), такі, що постійно дотримуються і широко відомі правила поведінки у міжнародній торгівлі, за якими учасниками торгівлі визнається юридично обов'язковий характер [339; с.32].

Прикладами уніфікованих торгових звичаїв є Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів (остання редакція 2007 року) [131], Правила тлумачення міжнародних комерційних термінів (Інкотермс), остання редакція яких опублікована у 2010 році [132], звичаї кодифіковані (розроблені) ММК:[33] Правила для морських накладних [183], Правила для електронних коносаментів [167].

До джерел м'якого права відносять також Принципи УНІДРУА. Вони створювалися робочою групою, яка включала представників основних правових і соціально-економічних систем з 1980 по 1994 роки [229; с.207]. Принципи УНІДРУА регулюють укладення договору та повноваження представників (Глава 2), питання дійсності договору (Глава 3), тлумачення договору (Глава 4), змісту договору та права третіх осіб (Глава 5), виконання договору (Глава 6), невиконання договору (Глава 7), зарахування (Глава 8), уступки прав, переведення обов'язків, відступлення договорів (Глава 9), строки позовної давності (Глава 10), множинність боржників та кредиторів (Глава 11). Можливі випадки застосування Принципів УНІДРУА визначаються Преамбулою цього документу.

[33] ММК є міжнародною неурядовою організацією, що поєднує асоціації морського права 50 країн, у тому числі (Австралії, Нової Зеландії, США, Японії, Великобританії, США, Греції, Скандинавських країн, ФРН, Франції, Нідерландів, Російської Федерації, Бразилії, Індії, Марокко, Мексики, Нігерії, Перу, Уругваю, Еквадору й ін.). У ММК представлені асоціації морського права майже всіх держав, що володіють великим торговельним флотом. Україна не представлена у ММК жодною асоціацією [455].

Загальні положення Принципів УНІДРУА (Глава 1) закріплюють найбільш важливі принципи регулювання договірних зобов'язань: свободи договору та його форми (ст.ст. 1.1., 1.2.); обов'язковості договору (ст. 1.3.); пріоритету імперативних норм національного, міжнародного чи надціонального походження над нормами Принципів УНІДРУА; необхідність брати до уваги міжнародний характер Принципів УНІДРУА, мету та необхідність сприяти їх однаковому застосуванню під час їх тлумачення (ст. 1.6.); добросовісності та чесного ведення справ (ст. 1.7.); заборони «несумісної поведінки» (ст. 1.8.); пов'язаності звичаєм та практикою (ст. 1.9.); відправки повідомлень усіма засобами «прийнятними за даних обставин» (ст. 1.10), а також містять деякі визначення (ст. 1.11) та правила вирахування строків, встановлених сторонами (ст. 1.12).

Кожна глава Принципів УНІДРУА складається зі статей, які доповнюються коментарями та «ілюстраціями» (прикладами, що моделюють ситуації, які підпадають під дію тієї чи іншої норми).

Існують декілька редакцій Принципів: 1994, 2004 та 2010 років. У редакції Принципів УНІДРУА 2010 року, порівняно з редакцією 2004 року були змінені підходи щодо: 1) визначення кола питань, які стосуються дійсності договору, але не охоплюються сферою дії Принципів УНІДРУА; 2) встановлення імперативності положень, які регулюють дійсність договору; 3) формулювання положень про реституцію, яка має місце у випадку відмови від договору; 4) формулювання положень про реституцію, яка має місце у випадку розірвання договору. Крім того, з'явилася нова Глава 11 присвячена множинності боржників та кредиторів.

Аналіз практики застосування Принципів УНІДРУА дозволяє дослідникам дійти висновку про те, що вони використовуються як: 1) застосовуване право; 2) підтвердження того, що рішення, які винесені на підставі внутрішнього законодавства відповідають міжнародним стандартам; 3) як засіб тлумачення та доповнення норм застосовуваного внутрішнього права; 4) як засіб тлумачення та доповнення міжнародних інструментів [466; с.720].

Популярність Принципів УНІДРУА пояснюється їх схожістю із національним правом багатьох країн, що викликана тим, що вони є результатом інтенсивних

порівняльно-правових досліджень, а також тим, що вони слугували «джерелом натхнення» законодавців у окремих країнах протягом останніх років [445; с.590].

У квітні 2009 CENTRAL представив Принципи Trans-Lex, які являють собою «унікальну інтернет-кодифікацію та дослідницьку платформу для транснаціонального права, нового lex mercatoria» [176]. Принципи Trans-Lex є прикладом недержавних, позанаціональних регуляторів відносин, розвитку яких сприяє зменшення значення суверенної держави як законодавця та зростання значення приватної нормотворчої діяльності («приватного управління»), які відбуваються поряд із глобалізацією комерції [176].

Поштовхом до створення Принципів Trans-Lex стало опитування, проведене CENTRAL у 1998-2000 роках. Воно показало, що головним каменем спотикання щодо застосування lex mercatoria, є відсутність знань про його зміст [176].

Принципи Trans-Lex покликані покращити цю ситуацію. Сто тридцять п'ять принципів та правил цього документу доповнюються посиланнями на рішення міжнародних комерційних арбітражів, національні законодавства, міжнародні конвенції та стандартні форми договорів, практику та звичаї, а також академічні джерела. При цьому на сайті http://www.trans-lex.org/principles ці джерела представлені наскільки можливо повно.

Принципи Trans-Lex можуть бути використані для: 1) визначення застосовуваного права, якщо сторони у якості застосовуваного обрали «транснаціональне торгове право», «загальні принципи права», «lex mercatoria»; 2) визначення застосовуваного права арбітрами, якщо сторони не здійснили вибору права; 3) автономного тлумачення і заповнення прогалин у міжнародних конвенціях та інших уніфікованих документах; 4) «міжнародно прийнятного» тлумачення внутрішнього права, застосовуваного до міжнародних спорів; 5) з'ясування спірних значень ключових юридичних термінів транснаціональної торгівлі, наприклад, «форс –мажор», «труднощі», «FOB» , «CIF» і тощо; 6) доповнення або виправлення майбутнього Європейського Цивільного кодексу під час його застосування до міжнародних комерційних спорів; 7) надання юридичних знань про сучасний стан комерційного права для країн, що розвиваються, та країн з перехідною

економікою; 8) надання інформації про транснаціональне право, що можуть бути використані іншими науками (економікою, соціологією) [176].

Принципи Trans-Lex засновані на концепції «прогресуючої кодифікації» («creeping codification») транснаціонального права: систематизації неповного, відкритого переліку принципів і правил lex mercatoria, який постійно оновлюється, і ніколи не може бути завершеним [439; с.292]. Цей перелік отримав схвалення у міжнародній юридичній практиці.

Перший варіант переліку принципів та правил, які утворюють основу Принципів Trans-Lex, був опублікований у 1992 році німецькою мовою. Він охоплював тридцять дев'ять принципів і правил, що доповнювалися порівняльно-правовими посиланнями. Англійська версія переліку була опублікована в 1993 році та вміщувала сорок чотири принципи та правила. Третя редакція переліку, опублікована в 1996 році німецькою мовою складалася із шістдесяти дев'яти принципів і правил. Оновлена версія третьої редакції була опублікована у 1999 році і складалася із сімдесяти восьми принципів і правил нового lex mercatoria.

При цьому, як відмічає К. Бергер, зростання кількості принципів та правил, а також їх структурна невпорядкованість зменшували їх корисність, що суперечило меті кодифікації нового lex mercatoria: зробити цю систему легкою та доступною для практиків та вчених усього світу [439; с.272-273].

У 1999 році CENTRAL почала розглядати використання новітніх комунікаційних технологій для реалізації концепції «прогресуюча кодифікація». Так виникла ідея створити «платформу кодифікації в Інтернеті». Щоб підготуватися до цього проекту наприкінці 1999 року Дослідницька група опублікувала Перелік принципів, правил та стандартів lex mercatoria [449], які вперше були поділені на на п'ятнадцять розділів.

У травні 2000 року CENTRAL, провівши глобальне дослідження з питань використання транснаціонального торгового права в міжнародній практиці, оголосив, що він опублікує комплексну онлайнову базу даних із транснаціонального комерційного права

на початку 2001 року. При цьому дослідницька група розглядала Інтернет як єдине технічне середовище , через яке має здійснюватися «прогресуюча кодифікація» нового lex mercatoria.

Аргументами цієї позиції виступали: - унікальний характер глобальної мережі, який дозволяє уникнути недоліків, властивих традиційним засобам кодифікації; - відсутність територіальної локалізації Інтернет, що відповідає транснаціональному характеру lex mercatoria. Крім того, Інтернет створює можливість легкого та вільного доступу до lex mercatoria в глобальному масштабі, а також швидкого і безперервного оновлення і динамічного розвитку Принципів TransLex [439; с.273].

База даних та інтернет-платформа кодифікації створювалася Х. Дуберштайном (Holger Dubberstein), юристом і експертом у галузі IT і програмування баз даних. Результатом цієї роботи стала «База даних транснаціонального права» (Transnational Law Database)(Tldb) (www.tldb.de). У 2002 році ця база даних була переіменована у «Довідник та бібліографію з транснаціонального права» (Transnational Law Digest&Bibliography) (Tldb) (www.tldb.net).

Користування цією базою даних протягом наступних років виявило низку проблем технічного характеру, тому на початку 2008 року було прийнято рішення створити нову кодифікаційну платформу - Trans-Lex (www.trans-lex.org) - до якої були перенесені перелік принципів та правил, а також інших матеріалів, що містилися у попередній базі.

Ця кодифікаціна платформа містить чотири розділи: - Trans-Lex принципи – перелік принципів та правил транснаціонального права, нового lex mercatoria; - Trans-Lex бібліографія; - Trans-Lex матеріали (включають національні закони, міжнародні конвенції, модельні закони, зводи та інші джерела м'якого права); - Trans-Lex посилання (посилання, які мають відношення до досліджень у сфері транснаціонального та міжнародного підприємницького права). Trans-Lex посилання слугують основою для еволюції принципів та правил, з яких складаються Trans-Lex принципи.

Розробники Принципів Trans-Lex наголошують на тому, що використаний ними спосіб кодифікації дозволяє застосовувати lex mercatoria у юридичній практиці, заощаджувати час та кошти, необхідні для порівняльно-правових досліджень. Крім того,

розташування порівняльних нотаток безпосередньо під текстом принципу чи правила дозволяє користувачеві скласти власну думку про їх «порівняльну переконливість» [176].

Станом на 23 грудня 2013 року Принципи Trans-Lex складаються із 136 принципів та правил. Глава I «Загальні положення» присвячена принципу добросовісності та чесного ведення справ, стандарту розумності, торговим звичаям, презумпції професійної компетенції та рівності сторін. Тут також закріплені принципи про те, що ніхто не може передати більше прав, ніж має сам («nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet»), а також, що спеціальний закон превалює над загальним («*lex specialis derogat legi generali*»).

Принципи Trans-Lex регулюють також відносини представництва (Глава II), зарахування, уступки вимог (Глава III). Глава IV «Договір» встановлює два загальні принципи: свободи договору (ст. IV.1.1.) та його непорушності (ст. IV.1.2.), а також містить положення, що стосуються укладення договору (у тому числі з використанням стандартних форм договорів) його тлумачення, регулюють договірні зобов'язання, недійсність договору та переддоговірну відповідальність, встановлюють принцип неформальності[34].

Глава V Принципів Trans-Lex складається з двох розділів: «Загальні принципи» та «Платежі із грошових боргів». Глава VI присвячена невиконанню договорів; Глава VII – відшкодуванню збитків; Глава VIII – обставинам, що надмірно обтяжують виконання зобов'язань; Глава IX – безпідставному збагаченню та реституції; Глава X – корпораціям; Глава XI – експропріації, Глава XII – доказам та способам доказування, Глава XIII – міжнародному комерційному арбітражу; Глава XIV – міжнародному приватному праву.

Однією із особливостей Принципів Trans-Lex є те, що їх склад постійно доповнюється новими положеннями. Як зазначає К. Бергер, процес додавання принципу або правила починається з конкретної правової проблеми, яка з'являється в міжнародних комерційних відносинах та стає публічно відомою через передання спору на вирішенням до міжнародного арбітражу або національного суду. Відповідний правовий принцип або

[34] Суть даного принципу полягає у тому, що: «(a)Договірні заяви є дійсними, навіть якщо вони не здійснені або не підтверджені у письмовій формі, якщо імперативні норми будь-якого застосовуваного внутрішнього законодавства не передбачають іншого. Сторони міжнародних комерційних договорів не можуть наполягати на надмірному формалізмі без поважної причини» (ст. IV.4.1. Принципів Trans-Lex).

правило потім розроблюється на основі функціональної порівняльної методології. Цей процес пояснює подвійну природу переліку, що охоплює як загальні принципи права так і правові та (або) комерційнійні переконання міжнародної спільноти комерсантів [439; с.284].

Питання про те, наскільки загальні принципи та правила, що складають Принципи Trans-Lex, насправді відповідають переконанням спільноти комерсантів перевіряється на підставі прецедентного права міжнародних комерційних арбітражів та документів, розроблених міжнародними інститутами, такими як МТП [439; с.285].

У сучасному праві відмічається зростання ролі контрактів у якості регуляторів міжнародних комерційних відносин та підвищення значення стандартизації або нормалізації міжнародних комерційних контрактів [229; с.228-229].

Так, італійський дослідник Ф. Галгано у роботі «Lex mercatoria», опублікованої ще у 1995 році, відмічає, що «Якщо ми будемо прожувати розглядати договір як просте застосування права, а не як джерело права, ми виключимо можливість розуміння того, як змінюється сучасне право. Договір займає місце закону, навіть в організації суспільства…Суспільство сьогодні …прагне до самоорганізації. Неадекватність традиційного права випливає із двох характеристик сучасної економіки. Перша з них полягає у метанаціональній природі економіки, що суперечить національному характеру правових систем. Друга зводиться до того, що економіка перебуває у постійному розвитку, який вимагає гнучких інструментів адаптації права до таких змін» [439; с.108].

К. Бергер відмічає, що «національні економісти давно вже спостерігають розвиток «приватного громадянського суспільства», у якому держави дотримуються принципу «субсидіарності», залишаючи регулювання повсякденних справ своїм громадянами, і втручаються тільки у випадку і тією мірою, якою приватне саморегулювання зазнає невдачі…Соціологи розглядають децентралізоване створення права через соціальну групу міжнародних бізнесменів та їх установи як приклад « рефлексивного закону», тобто закону, який реагує на факти і події з реального життя, а не накладає на суспільство модель, якій має відповідати життя [440].

Глобалізація світової економіки впливає на правову методологію. У галузі транснаціонального торгового права зміна правової методології виявилася у втраті ролі державного суверенітету в рамках традиційної теорії джерел права, в результаті чого договірний консенсус стає джерелом права, не тільки для сторін, що уклали контракт, але для бізнес-спільноти в цілому [440].

Зростання ролі контрактів виявляється у регулюванні договірних питань максимально приписами, укладеного ними договору [229; с.230]. Стандартизація міжнародних комерційних контрактів полягає у розробці стандартизованих типових правил професійними асоціаціями, міжнародними урядовими та неурядовими організаціями, а також самими учасниками відповідних контрактів [229; с.230].

Стандартизація міжнародних комерційних контрактів (їх умов) розглядається у сучасній правовій науці як різновид уніфікації. Н.Г. Вілкова називає таку уніфікацію приватноправовою [229; с.231].

Серед неурядових організацій, що займаються розробкою типових договорів у сфері міжнародних комерційних відносин, варто відзначити МТП, неурядову організацію, створену після закінчення Першої світової війни у 1919 році групою промисловців, фінансистів і торгівців, які називали себе «купцями миру». На той час не існувало світової системи правил, які б регулювали комерційні відносини. Відтак «приватний сектор» вимушений був розпочати заповнення прогалин у цій сфері, не чекаючи на дії урядів. Протягом багатьох років МТП займає центральну роль у світовій торгівлі та бізнесі. Сьогодні - це всесвітня організація, до складу якої входять сотні тисяч організацій держав-членів у більш ніж 120 країнах [549].

До складу спеціалізованих робочих органів МТП входять експерти, які вивчають питання пов’язані з різними аспектами комерційних відносин. Вони готують заяви для участі у міждержавних дискусіях, а також правила та кодекси для полегшення міжнародних ділових операцій. Завдяки цим комітетам, МТП є «творцем політики» у сфері арбітражу, банківського, комерційного права, конкуренції, корпоративної відповідальності та боротьби з корупцією, електронного бізнесу, інформаційних технологій і телекомунікацій,

навколишнього середовища та енергетики, інтелектуальної власності, маркетингу та реклами, оподаткування, торгівлі та інвестицій [520].

Політичні заяви та правила МТП розроблюються на основі широких консультацій з компаніями-членами. Звичайна процедура вимагає, щоб документи приймалися однією чи декількома комісіями МТП після консультацій з національними комітетами, ухвалювалися Виконавчою радою перш ніж вони зможуть розглядатися як офіційна позиція МТП.

З метою саморегулювання бізнесу МТП розробила велику кількість добровільних правил, керівних принципів, кодексів, покликаних сприяти розвитку та поширенню передового досвіду. До документів, створених МТП в результаті узагальнення практики міжнародних комерційних відносин належать, Уніфіковані правила і звичаї для документарних акредитивів, правила Інкотермс.

Типові договори, створені МТП також допомагають компаніям спростити процес укладення міжнародних комерційних договорів. Типові договори є юридичними інструментами, які будь-яка компанія може адаптувати до своїх потреб, тим самим скорочуючи час на переговори, економлячи гроші і заохочуючи торгівлю.

Вони розроблюються експертами Комісії МТП з комерційного права та практики та є «нейтральною основою» для договірних відносин, оскільки не тяжіють до якось певної правової системи [513].

Для полегшення використання інформаційно - комунікаційних технологій та Інтернету МТП надає рекомендації щодо захисту даних, вирішення проблем конфіденційності питання, керівні вказівки щодо комунікаційної інфраструктури і послуг [520].

Зокрема, МТП підготувала Типовий договір купівлі-продажу [125], Типовий договір комерційного представництва [121], Типову угоду про конфіденційність та Типове застереження про конфіденційність [122], Типовий дистриб'юторський договір [123], Типовий договір франчайзингу [124], Типове застереження про форс мажор та Типове застереження про ускладнення [119], Юридичне керівництво у договорах глобального

пошуку [120], Типовий договір злиття та придбання [128], Типовий договір на будівництво «під ключ» великих об'єктів [130], Типовий договір субпідряду [129], Типовий договір міжнародної передачі технологій [127], Типовий ліцензійний договір на використання товарного знаку [126], Умови про використання електронних повідомлень [117], Керівництво із застосування умов про використання електронних повідомлень [118], Керівництво до Інкотермс 2010 [525].

Іншою організацією, що працює над створенням уніфікованих норм рекомендаційного характеру є Комісія з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ). Нею були розроблені, зокрема, Єдині правила, що стосуються договірних умов про узгоджену суму, яка підлягає сплаті у випадку невиконання зобов'язання [19], Правове керівництво із складання міжнародних контрактів на будівництво промислових об'єктів [44].

ЮНСІТРАЛ також створює документи, положення яких рекомендовано враховувати державам під час перегляду чи створення їх національного законодавства. До них слід віднести, зокрема, Керівництво для законодавчих органів із забезпечувальних правочинів 2007 [48], а також Доповнення до нього [49], Типовий закон про міжнародні кредитові перекази 1992 року [51], Типовий закон про електронні підписи і Керівництво з прийняття 2001 року [53], Типовий закон про електронну торгівлю і Керівництво з прийняття [54], Типовий закон про публічні закупівлі [52] та Керівництво з прийняття [115].

2.4. Розвиток уніфікованого правового регулювання договірних зобов'язань у ЄС.

Вперше ідея створення Європейського Зводу договірного права була висловлена ще на початку 60 –х років XX ст. Ван Хекке. В середині 70-х років О.Ландо висловив ідею створення Європейського зводу договірного права. У 1980 р. він очолив неурядову робочу групу, що іменувалася Комісією із Європейського договірного права. Перший результат роботи Комісії був опублікований у 1995 році під назвою «Принципи Європейського договірного права, частина І». Цей документ був присвячений виконанню та невиконанню договорів і способам захисту [501]. В подальшому текст створених Принципів був переглянутий і доповнений ще 5 розділами. З'явилася друга частина Принципів. Консолідована версія (перша та друга частини Принципів) були опубліковані у 1999 році [502]. У 2003 році були випущені додаткові глави PECL, що складають частину III цього документу [503].

Так само, як і Принципи УНІДРУА, PECL регулюють загальні положення договірного права.

Сфера дії PECL, загальні обов'язки добросовісності чесного ведення справ та співпраці, значення термінів, використаних у цьому документі, визначаються Главою 1.

PECL регулюють укладення договору (Глава 2), повноваження агентів (пряме та непряме представництво) (Глава 3), дійсність договору (Глава 4), тлумачення договору (Глава 5), зміст та наслідки договору (Глава 6), виконання (Глава 7), невиконання та загальні способи захисту (Глава 8), спеціальні способи захисту у разі невиконання (Глава 9), множинність сторін (Глава 10), уступку вимог (Глава 11), питання заміни сторін (Глава 12), зарахування вимог (Глава 13), позовну давність (Глава 14), наслідки неправомірності (Глава 15), умовні договірні зобов'язання (Глава 16), приєднання відсотків до суми заборгованості (ст. 17:101).

Кожна стаття PECL містить коментар, що пояснює причини її створення, мету, дію, співвідношення з іншими правилами, а також тлумачить окремі поняття, вживані у статті. Кожна стаття PECL містить також примітки, які являють собою порівняльно-правовий

аналіз з певного питання, що є предметом регулювання даної статті. Порівняльно-правовий аналіз ґрунтується на нормах національного законодавства країн ЄС.

Разом із тим, розробники зазначають, що під час створення PECL вони не обмежувалися дослідженням права лише європейських країн. Були використані також ЄТК США та Американський звід договірного права [502; c.xxvi].

Згідно із задумом розробників, PECL мали слугувати необхідною правовою основою для «заходів, що вживаються або будуть вживатися у майбутньому органами ЄС. Вони покликані допомагати як органам Спільноти у розробці відповідних заходів, так і судам, арбітражам та юридичним консультантам у застосуванні заходів Спільнот» [502; c.xxvi]. PECL також можуть використовуватися сторонами договору, що мають місце проживання або місце ведення бізнесу у різних державах-членах ЄС, і бажають, щоб їх договірні відносини регулювалися нейтральним правом, яке являє собою не національне право певної держави, а системою норм, виведених на підставі найкращих вирішень тих чи інших питань, запропонованих різними юрисдикціями у межах Європи, а іноді і поза ними.

Розробники вбачали у PECL одне із джерел нового lex mercatoria. Тому одне із їх призначень – допомогти арбітражу вирішити справу у тих випадках, коли сторони зазначили, що їх договір буде регулюватися lex mercatoria, «міжнародно прийнятими принципами» чи вжили інше подібне висловлювання.

PECL розглядалися як джерело допомоги для суддів та арбітражів у випадках, якщо певне питання не врегульовано або недостатньо врегульовано національним правом або іншою системою норм застосовуваного права, оскільки вони є «спільною серцевиною» («common core») Європейських правових систем. З цієї є причини вважалося, що регулювання, запропоноване PECL, може слугувати моделлю для гармонізації договірного права держав-членів ЄС [502; c. xxiii- xxiv].

Задуми розробників щодо можливого застосування PECL були зафіксовані у їх ст. 1:101, згідно з якою призначення PECL – бути загальними нормами договірного права ЄС. Застосовуватися вони можуть, якщо сторони: 1) домовилися про включення їх у свій договір або про те, що їх договір регулюється PECL; 2) домовилися про те, що їх договір

регулюється «загальними принципами права», «lex mercatoria» або подібними правилами; 3) не обрали певної системи або норми права для регулювання свого договору. Згідно зі ст. 1:101 (4) PECL вони можуть застосовуватися для вирішення питання, яке не може бути вирішене згідно із застосовуваною системою.

У 1999 році розпочала свою діяльність Робоча група з Європейського цивільного кодексу, яку очолив німецький професор К. фон Бар. Зусилля групи були в основному зосереджені на розробці норм, що регулюють окремі види договорів, позадоговірні зобов'язання. Результат роботи Комісії відображений у Принципах Європейського права (PEL) – зводі модельних правил окремих інститутів зобов'язального права, що включають наступні книги: «Надання послуг» [141], «Комерційне агентування, договори франчайзингу і дистриб'юторські договори» [142], «Дії в чужому інтересі без доручення» [143], «Оренда товарів» [144], «Особисте забезпечення» [145], «Принципи Європейського права купівлі-продажу» [146], «Позадоговірна відповідальність, що виникає із заподіяння шкоди іншій особі» [147], «Безпідставне збагачення» [148], «Набуття і припинення права власності на майно» [149], «Договори доручення» [150], «Довірче право» [151].

Можна стверджувати, що книги PEL є спеціальною частиною PECL. Такий висновок випливає з аналізу статей їх окремих книг. Так, наприклад, відповідно до ст. 1:201 PELS правила PECL застосовуються до будь-якого договору, що охоплюється сферою дії PELS, якщо не встановлено іншого.

Це підтверджується й висловлюванням розробників PELS, які, зокрема, зазначають, що «на додаток до загальних положень договірного права, що містяться у PECL, Робоча група з Європейського цивільного кодексу розробила серію спеціальних норм, що регулюють найчастіше використовувані окремі договори. Певні питання загального регулювання (які застосовуються не лише до договорів купівлі-продажу), такі як дійсність, укладення договору, регулюються PECL і не будуть повторюватися у Книзі, присвяченій купівлі-продажу. PECL також вплинули на вибір концепцій та термінології, використовуваних у цій Книзі» [146; с.101-102]. PELS містять правила, що є більш вигідними для споживачів, порівно із нормами PECL, тому що останні більш комерційно орієнтовані [146; с.102].

Ідентичні положення щодо співвідношення PECL із певною книгою PEL містяться у кожній із них [141; с.127], [150; с.109].

Крім того, книги PEL розглядалися їх розробниками як основа для відповідних розділів DCFR [146; с.102]. Розробники PEL MC, наприклад, зазначають, ця книга була створена для включення у DCFR. Тому вона практично є копією Книги IV.D DCFR. PEL MD була опублікована пізніше, ніж DCFR. Це пояснюється серед іншого тим, що коментарі до PEL MC є більш розгорнутими, порівняно із коментарями до DCFR. Тому розробники пропонують використовувати коментарі до статей PEL MC під час тлумачення положень DCFR, які стосуються договорів доручення [150; с.112].

Крім співвідношення із PECL, книги PEL розглядають питання щодо співвідношення одна з одною. Наприклад, відповідно до ст. 1:101 (5) PEL MC: «Договори, до яких застосовуються ці Принципи та PEL SC, розглядаються як такі, що переважно регулюються цими Принципами» [150; с.3].

Кожна стаття книг PEL містить: - коментар, який тлумачить зміст статті, ілюстрації (приклади, що дозволяють пояснити певне положення); - порівняльні нотатки (охоплюють загальний порівняльно-правовий аналіз національного права країн ЄС із певного питання, що є предметом регулювання даної статті); - національні нотатки (детально пояснюють підхід того чи іншого національного права до регулювання певного питання).

У 2004 році ЄЕСК опублікував Думку щодо «Європейського договору страхування» [187]. У цьому документі підкреслюється необхідність гармонізації у сфері правового регулювання відносин страхування у країнах ЄС. Було запропоновано гармонізувати у першу чергу регулювання переддоговірних обов'язків, укладення договору, вимоги до страхового полісу, строк дії договору страхування, страхового посередництва, збільшення ризику, страхової премії, страхових випадків. З цією метою ЄЕСК закликав Європейську Комісію здійснити порівняльно-правові дослідження у сфері договорів страхування для того, щоб підтвердити, що зусилля із гармонізації страхового договірного права на рівні Співтовариства є необхідним та можливим.

Проектна група Зводу Європейського договірного страхового права розробила Загальні підходи Європейського страхового договірного страхування (Common Frame of Reference of European Insurance Contract Law (DCFR Insurance), який був представлений на розгляд Європейської комісії в 2009 році. DCFR Insurance також був опублікований як «Принципи європейського договірного права Страхування (PEICL)» (2009) [522].

Відповідно до ст. 1:102 PEICL вони застосовуються «коли сторони, не зважаючи на будь-які обмеження вибору права відповідно до міжнародного приватного права, погодилися, що їхній договір регулювався ними». PEICL складається з наступних частин: ч. 1 - «Положення спільні для усіх договорів, включених до PEICL», включає глави: «Вступні положення» (гл.1); «Початкова стадія та тривалість договору страхування» (гл.2); «Страхові посередники» (гл.3); «Превентивні заходи» (гл.4); «Страхова премія» (гл.5); «Страховий випадок» (гл.6); «Позовна давність) (гл. 7); Ч.2 - «Спільні положення для компенсаційного стархування», включає глави: «Страхова сума та страхова вартість» (гл. 8); «Право на компенсацію» (гл. 9); «Суброгація» (гл. 10); «Застраховані особи, інші ніж держателі страхового полісу» (гл. 11); «Застрахований ризик» (гл. 12); ч. 3 - «Спільні положення для страхування фіксованих сум», включає главу «Допустимість» (гл. 13).

У 1990-х роках стає очевидною зростаюча роль права Європейського Союзу у регулюванні багатьох аспектів приватного права. Водночас дослідження, в результаті яких були створені PECL та PEL в основному проводилися у межах національних правових систем. Беручи до уваги значення права ЄС для договірного та інших інститутів приватного права, група вчених створила дослідницьку групу з існуючого приватного права ЄС (група «Acquis»).

Цією групою був створений документ під назвою «Принципи існуючого договірного права ЄС (Acquis Принципи). Договір I. Переддоговірні зобов'язання, укладення договору, нечесні умови» [152]. Відповідно до ст. 1:101 Acquis Принципів 2007 вони сформульовані на базі існуючого права Європейської спільноти у галузі договірного права. Acquis Принципи можуть слугувати джерелом для розробки, перенесення та тлумачення права ЄС. Вони не повинні застосовуватися у сферах трудового права, права, що регулює діяльність компаній, сімейного та спадкового права.

Acquis Принципи 2007 складаються із семи глав: гл. 1 – « Загальні положення», які охоплюють розділи «Сфера дії», «Споживач та підприємець», «Повідомлення та форма»; гл. 2 – «Переддоговірні обов'язки», що включає розділи «Загальні обов'язки», «Переддоговірні інформаційні обов'язки», «Обов'язок запобігати помилкам введення»;[35] гл. 3 – «Недискримінація», яка охоплює «Загальні правила/Дефеніції», «Способи захисту»;[36] гл. 4 - «Укладення договору»; гл. 5 – «Відмова від договору», включає розділи: «Реалізація та наслідки», «Особливі права на відмову»; гл. 6 – «Неузгоджені умови»,скаладається із розділів «Сфера застосування», «Включення та тлумачення умов», «Дійсність умов»; гл. 7 – «Виконання зобов'язань», складається з розділів «Загальні обов'язки», «Способи виконання».

Кожна ст. Acquis Принципів має коментар, що складається із наступних частин: 1) «Джерела» - огляд окремих положень директив, що стали підставою створення тексту певної ст. Принципів Acquis; 2) «Розвиток» - пояснення розвитку правового регулювання певного питання у директивах, загаданих у частині «Джерела». Наприклад, коментар до ст. 2:204 «Інформаційні обов'язки під час спілкування у режимі реального часу», в частині «Розвиток» звертає увагу на те, що Директива про дистанційний продаж [94] вживає термін «телефонне спілкування», а більш пізня Директива про дистанційний продаж фінансових послуг [95] вживає термін «голосове телефонне спілкування», оскільки охоплює спілкування через міжмережевий протокол (IP); 3) «Зміст» - коментар змісту відповідної статті Принципів Acquis [152].

У травні 2009 року була опублікована нова редакція Принципів «Принци існуючого договірного права ЄС - (Acquis Принципи) Договір II: Загальні положення, поставка товарів, комплексні туристичні подорожі» [153].

Acquis Принципи 2009 року складаються з двох частин. Перша частина – «Вступ» являє собою огляд мети, структури, процесу та методології створення Acquis Принципів 2009. Друга частина – це безпосередньо Acquis Принципи. Як і у попередній редакції, статті Acquis Принципів супроводжуються коментарем, що описує походження відповідних

[35] Маються на увазі помилки, допущенні під час введенні інформації, необхідної для укладення договору за допомогою електронних засобів.
[36] На випадок дискримінації.

правил на підставі аналізу права ЄС, їх розвиток, та пояснює зміст положень тієї чи іншої статті Acquis Принципів. Частина статей Acquis Принципів 2009 відтворюють статті Acquis Принципів 2007, інша частина є новими правилами.

Наприклад, гл. 2 «Переддоговірні обов'язки» доповнена Розділом «Спеціальні положення», предметом регулювання яких є ведення переговорів в особливих умовах (переговори поза діловими приміщеннями) або стосовно певних договорів (поставки товарів, таймшеру, послуг, надання комплексних туристичних послуг, платіжних послуг). Гл. 4 «Укладення договору» доповнена Розділом «Спеціальні положення», що регулюють укладення договорів таймшеру, споживчого кредиту, надання комплексних туристичних послуг. Гл. 5 Acquis Принципів 2009 крім загальних положень про відмову від договору містить спеціальні правила про відмову від договорів, переговори з укладення яких велися поза діловими приміщеннями, та договорів таймшерингу. Гл. 7 Acquis Принципів 2009 порівняно з попередньою редакцією Acquis Принципів доповнена правилами про виконання договорів, укладених поза діловими приміщеннями, договорів поставки товарів, надання комплексних туристичних послуг, платіжних послуг, агентських договорів.

Крім того, Acquis Принципи 2009 містять нову главу 8 «Способи захисту, що містить у собі загальні норми (визначення поняття «невиконання», правила про виключення чи обмеження способів захисту, виконання в натурі, припинення виконання, відшкодування збитків), а також спеціальні норми про застосування способів захисту у випадку порушення договорів, укладених поза діловими приміщеннями, договорів поставки товарів, надання комплексних туристичних послуг, платіжних послуг, агентських договорів.

Через рік після початку роботи Групи «Acquis», у лютому 2003 року Єврокомісія опублікувала документ «Більш узгоджене європейське договірне право – План Дій» [72], в якому було запропоновано створити документ під назвою Спільні точки зору (Common Frame of Reference (CFR), який містив би спільні принципи, термінологію та модельні правила, призначені для використання під час створення або зміни законодавства у сфері договірних відносин. Необхідність створення такого документу пояснювалася відмінностями у національному договірному праві держав-учасниць, неузгодженістю актів

ЄС, відсутністю єдиної термінологічної бази, проблемами імплементації директив у національне законодавство держав-членів.

Можлива структура була описана у повідомленні Комісії «Шлях уперед» (2004 р.). За задумом Комісії CFR мали слугувати набором інструментів для неї, під час підготовки пропозицій як для перегляду існуючої нормативної бази ЄС так і для підготовки нових документів. З цією метою пропонувалося поділити CFR на три частини: 1) фундаментальні принципи договірного права; 2) визначення основних юридичних термінів; 3) модельні правила договірного права. Пропонувалося, щоб перша частина CFR передбачала деякі загальні принципи європейського договірного права та винятки з них, що підлягають застосуванню в обмежених обставинах, зокрема, коли договір укладається із слабкою стороною [73].

Така структура CFR була підтримана Радою міністрів юстиції та внутрішніх справ країн-учасниць ЄС, яка крім того зазначила, що визначення основних принципів виявило б фундаментальні цінності, що лежать в основі європейського договірного права та допомогло б зробити CFR єдиним цілим. Модельні правила в свою чергу повинні були слідувати філософії фундаментальних принципів та містити модельне регулювання основних договірних ситуацій, які виникають [76].

У 2008 році було опубліковане Тимчасове видання DCFR, у 2009 році – переглянуте видання DCFR [140].

DCFR складається із: - Вступу, який пояснює мету DCFR, містить загальний коментар змісту DCFR , визначає співвідношення DCFR з іншими актами, а також те, як DCFR може бути використаний у підготовці CFR та деякі інші питання; - частини під назвою «Академічні учасники DCFR та особи , які фінансували Проект»; - частини під назвою «Принципи», що присвячена свободі, безпеці, справедливості та ефективності; - Таблиць (відповідності між DCFR і PECL); - частини під назвою «Модельні правила»; - Додатку, що містить визначення окремих термінів, вживаних у DCFR.

В свою чергу Модельні правила DCFR складаються із десяти книг: Книга I – «Загальні положення»; Книга II «Договори та інші юридичні дії», Книга III «Зобов'язання та відповідні права»; Книга IV "Окремі договори та права і обов'язки, що виникають із них", складається з Частин: A. «Продаж», B. «Оренда майна», C. «Послуги», D. «Договори доручення», E. «Комерційне посередництво, франчайзинг, дистриб'юція», F. «Договори позики», G. «Особисті забезпечення», H. «Дарування»; Книга V « Ведення чужих справ без доручення»; Книга VI «Позадоговірна відповідальність, що випливає із шкоди, заподіяній іншому»; Книга VII «Безпідставне збагачення»; Книга VIII «Набуття та втрата права власності на майно»; Книга IX «Речові забезпечувальні права на рухоме майно»; Книга X «Траст».

Статті книг Модельних правил DCFR супроводжуються коментарем, що пояснює зміст положень відповідної статті, а також нотатками, які являють собою огляд правового регулювання певних питань за правом ЄС, національним правом держав-учасниць ЄС, а також міжнародних уніфікованих документів (наприклад, КМКП, Конвенції про представництво у міжнародній купівлі-продажу товарів, Принципів УНІДРУА та ін.). Огляд охоплює не лише нормативні джерела, але й судову практику, а також доктринальну.

Книги II та III Модельних правил DCFR містять багато норм, що випливають із PECL. Водночас, як зазначають розробники, у багатьох випадках норми PECL не могли бути інкорпорованими у текст DCFR у незмінному вигляді. Це пояснюється тим, що ці документи мають різні цілі, а також тим, що DCFR повинно охоплювати й захист прав споживачів [140; с.26].

Під час розробки статей, що регулюють окремі види договорів, а також позадоговірних зобов'язань, були використані положення відповідних книг PEL, які, однак, в окремих випадках були змінені [140; с.29].

Під час розробки DCFR використовувалися й Acquis Принципи задля того, щоб відобразити у ньому належним чином право ЄС. [140; с.30].

Саме тому, розробники відмічають, що процес створення DCFR тривав понад 25 років. Початок цієї роботи вони пов'язують із створенням Комісії з Європейського

договірного права (яка створила PECL), а подальші роботи із Дослідницькою групою з Європейського цивільного кодексу та Групою «Acquis» [140; 39]. Велике значення для створення DCFR мала «Об'єднана мережа Європейського приватного права»[37].

Розробники DCFR вважали, що цей документ може використовуватися як: - можлива модель CFR; - матеріал для наукових досліджень; - джерело, до якого європейські та національні законодавці, суди (в тому числі арбітражі) можуть звернутися, у пошуках загально прийнятного рішення певної проблеми [140; с.8-9].

На думку М. Хезелінка, DCFR ймовірно стане авторитетним джерелом права у справжньому розумінні цього слова. Навіть якщо цей документ не отримає офіційного статусу найближчим часом, ймовірно він стане важливим джерелом для європеїзації приватного права [484; с.971]. Разом із тим, слід відзначити, що DCFR піддається критиці.

Іншим важливим документом є проект ЄКДП, створений Академією юристів Європейського приватного права під керівництвом проф. А. Гандольфі. Ця організація була сформована у Павії 9 листопада 1992 року. Ст. 1 Статуту Академії встановлює, що «її метою є сприяння в рамках наукових досліджень, уніфікації та майбутньому тлумаченню приватного права у Європі, а також забезпечувати розвиток правової культури, що веде до об'єднання Європи» [430].

Книга I ЄКДП складається з 11 розділів: «1. Попередні положення», «2. Укладення договору», «3. Зміст договору», «4. Форма договору», «5. Тлумачення договору», «6. Дія договору», «7. Виконання договору», «8. Невиконання договору», «9. Уступка прав та відносини, що виникають у зв'язку із цим», «10. Припинення договору», «11. Інші договірні аномалії та способи захисту» [463]. Книга II ЄКДП присвячена договору купівлі-продажу

[37] Мережа включає декілька університетів та інших організацій, а також понад 150 дослідників, які працюють у державах-членах ЄС. Вона також охоплює декілька груп: Дослідницьку групу з Європейського цивільного кодексу (The Study Group on a European Civil Code), Дослідницьку групу існуючого приватного права ЄС (The Research Group on the Existing EC Private Law) («Acquis Group»), Проектну групу Зводу Європейського договірного страхового права (The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law) або «Страхову групу», Асоціацію Henri Capitant, Товариство порівняльного законодавства (Société de Législation Comparée), Вищу раду нотаріусів (Conseil Supérieur du Notariat), Групу спільної серцевини (The Common Core Group), Дослідницьку групу з економічної оцінки норм договірного права (The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules) або Групу економічного впливу (Economic Impact Group), Групу «бази даних» The "Database Group", а також Академію Європейського права (The Academy of European Law (ERA)) [136].

[464]. Не зважаючи на те, що ЄКДП згадується у Повідомленні Комісії 2001/С 255/01 [74], він не розглядається як основа для політичного документу і має переважно наукове значення.

У 2005 році Асоціація Генрі Капітена разом із Товариством порівняльного законодавства приєдналися до Об'єднаної мережі Європейського приватного права для того, щоб працювати над «Спільною термінологією» та «Керівними принципами», а також запропонувати переглянутий варіант PECL. Результат роботи (французькою мовою) під назвою «Європейське договірне право: Матеріали для Спільних підходів: Термінологія, Керівні Принципи, Модельні правила», підготований ними, були був надісланий до Європейської Комісії. Англійський переклад був опублікований у 2008 році [546].

Даний документ являє собою порівняльно-правове дослідження із окремих питань договірного права. Він складається із: - Передмови; Вступу до Термінології; - Вступу до Керівних принципів та переглянутих PECL; - ч. I - «Термінологія»; ч.II - «Керівні принципи Європейського договірного права»; - ч.III - «Переглянуті PECL.

Частина I складається із Гл. 1 - «Договір» (містить огляд доктринальних та нормативних підходів до поняття «договір», а також понять «зобов'язання», «угода»); Гл. 2 – «Зобов'язання та обов'язок», Гл. 3 – «Юридичні дії –юридичні факти», Гл. 4 «Імперативні норми та публічний порядок», Гл. 5 «Добросовісність», Гл. 6 «Вина, необережність», Гл. 7 «Шкода», Гл. 8 – «Відшкодування шкоди», Гл. 9 «Припинення договору».

Частина II «Керівні принципи Європейського договірного права» присвячена принципам свободи договору (Гл.1), договірної визначеності (Гл. 2), договірної лояльності (чесності, добросовісності) (Гл. 3).

За задумом розробників Керівних принципів система PECL могла б бути корисно доповнена загальними правилами (принципами), що очолюватимуть кожне із спеціальних положень PECL.

Керівні принципи тісно пов'язані з PECL: з одного боку PECL є головним джерелом, що дозволяє виявити Керівні принципи, з іншого боку Керівні принципи можуть бути путівником для тлумачення та застосування PECL.

Для того, щоб визначити зміст принципів договірної свободи, лояльності та визначеності розробники, крім дослідження PECL, проаналізували право Німеччини, Нідерландів, Швейцарії, Франції, Італії, Іспанії, Англії та Уельсу, а також деяких інших країн ЄС. Крім того, була досліджена КМКП та право ЄС, а також доктрина [544; с.2-3].

Керівні принципи враховувалися під час підготовки Принципів DCFR.

Розробники DCFR зазначають, що Керівні принципи супроводжуються переконливим аналізом, а також те, що вони створені «у елегантний спосіб» [140; с.12] Разом із тим, вони відмовилися від використання підходу, запропонованого Керівними принципами щодо їх викладення.

Це пояснюється тим, що Керівні принципи стосуються лише договірного права, натомість DCFR має наметі охопити також позадоговірні зобов' язання та питання права власності. Відтак, формулювання принципів у ньому має бути достатньо широким.

По-друге, розробники DCFR вважали недоречним включати Керівні принципи до модельних правил (як їх частину) на початку DCFR. На їх погляд, принципи повинні функціонувати на іншому рівні, оскільки вони є квінтесенцією (основою) модельних правил і виконують більш описову функцію. Іноді вони співпадають один з одним, але й часто суперечать один одному. Майже всі підпринципи Керівних принципів мають аналоги у статтях DCFR, але ці статті розміщені і пристосовані до певного контексту, у якому вони можуть бути предметом уточнення. Вилучення принципів з контексту і розташування однією групою на початку DCFR, на думку розробників DCFR, ослабило б його [140; с.11-13].

У ЄС підтримується ідея створення документу з європейського договірного права, який може допомогти ЄС створити правову сферу, що сприятиме економічній активності на внутрішньому ринку. Повідомлення Комісії «Європа 2020» [71; с.21] визнало потребу у

спрощенні та зменшенні вартості укладення договорів для підприємців і споживачів з партнерами у країнах ЄС, зокрема, шляхом створення узгоджених рішень для споживчих договорів, типових договірних положень. Цифровий порядок денний для Європи [75; с.13], прийнятий у рамках стратегії «Європа 2020», спрямовує на забезпечення економічних та соціальних вигод від цифрового внутрішнього ринку шляхом усунення правових відмінностей. Для досягнення цього пропонується створити факультативний документ з договірного права для того, щоб «подолати фрагментацію договірного права, зокрема, в он-лайн середовищі» [75; с.13].

Для того, щоб виконати це завдання Комісія створила Експертну групу для вивчення можливості створення зручного документу з європейського договірного права, корисного як споживачам так і підприємцям. Завданнями групи є сприяння Комісії у виборі тих частин DCFR які прямо або непрямо стосуються договірного права, а також у реструктуризації, перегляді та доповненні окремих положень. Вона також повинна взяти до уваги інші відповідні джерела у цій галузі. Група об'єднує експертів з різних правових традицій. Члени були відібрані з авторитетних експертів у галузі цивільного права, особливо договірного права, які діють незалежно та у публічному інтересі [113; с.4].

Одне із важливих питань, що постає перед розробниками документу з європейського договірного права, стосується його правової природи. Зелена книга «Про політичні можливості для прогресу Європейського договірного права та споживачів та підприємців» від 1 липня 2010 року [113; с.7-11] пропонує сім варіантів правової природи такого документу. Перший варіант полягає у звичайній **публікації результатів роботи експертної групи**. Використання документу у цей спосіб передбачає публікацію результату роботи експертної групи на веб-сайті Комісії без будь-якого схвалення на рівні ЄС. Якщо текст буде практичним і зручним у використанні, він може бути використаний європейськими та національними законодавцями під час розробки законодавства, а також сторонами договору під час розробки умов договору. Однак, як зазначає Зелена книга, обрання цієї альтернативи не дозволяє подолати бар'єри внутрішнього ринку. Розбіжності в договірному праві не можуть бути значно зменшені за допомогою тексту, який не має формального авторитету чи статусу для судів та законодавців.

Другий варіант передбачає, що **документ європейського договірного права буде слугувати офіційним «посібником» для законодавця**. Спираючись на результати роботи Експертної групи, Комісія може прийняти документ (наприклад, Повідомлення чи Рішення комісії) з європейського договірного права, який буде використовуватися у якості довідкового документу для забезпечення узгодженості та якості законодавства. Комісія буде використовувати «посібник» під час розробки пропозицій для нового законодавства або під час перегляду існуючих документів. «Посібник» з європейського договірного права може бути також предметом міжвідомчої угоди між Комісією, Парламентом та Радою для того, щоб послідовно покластися на його положення під час розробки та узгодження законодавчих пропозицій, що впливають на Європейське договірне право. Недолік такого «посібника» у тому, що він не забезпечить негайних, відчутних переваг внутрішнього рину, оскільки не буде усувати розбіжностей у праві. Крім того, посібник не забезпечить однакового застосування та тлумачення договірного права Союзу судами.

Третій варіант передбачає, що **документ з європейського договірного права може бути доданий до рекомендації Комісії до держав-членів**, що заохочує їх включити такий документ до їх національних законодавств. Така рекомендація дозволить державам-членам поступово прийняти документ до національних законодавств на добровільній основі. Крім того, за таких умов положення Рекомендації зможуть тлумачитися Судом ЄС. Рекомендація може спонукати держави-члени замінити національне договірне право рекомендованим європейським документом. Інший спосіб використання рекомендації Комісії у даному випадку - заохотити держави-члени прийняти документ з європейського договірного права як необов'язкове правове регулювання, що було б альтернативою національному праву. У тих державах-членах, що оберуть таку роль документу з європейського договірного права, Європейський альтернативний документ буде стояти поруч з іншими альтернативними документами, які можуть бути обрані у якості права, що застосовується до договорів, таких як Принципи УНІДРУА. Така Рекомендація не матиме обов'язкової сили для Держав-членів та дозволить їм на власний розсуд визначити як і коли імплементувати документ до національних законодавств. Таким чином, це рішення несе

ризик непослідовного і неповного підходу для держав-членів, які можуть прийняти Рекомендацію по-різному і в різні моменти часу або зовсім не прийняти.

Четвертий підхід пропонує **прийняття регламенту про введення факультативного документу з європейського договірного права**. Регламент може запровадити факультативний документ, який буде діяти як «другий режим» в кожній державі-члені, забезпечуючи таким чином сторони договору можливістю вибору між двома режимами внутрішнього договірного права. Він запровадить до національного законодавства 27 держав-членів повний і, наскільки це можливо, самостійний звід норм договірного права, що може бути обраний сторонами у якості права, що регулює їх договір. Тобто, прийняття регламенту забезпечить сторони, переважно ті, що мають намір діяти на внутрішньому ринку, альтернативним набором норм. При цьому цей набір норм може застосовуватися лише щодо транскордонних договорів або як до транскордонних так і внутрішніх договорів.

При цьому Зелена книга звертає увагу на те, що факультативний документ повинен впливати на застосування імперативних норм, включаючи ті, що стосуються захисту прав споживачів [113; с.10]. Це надасть йому додаткових переваг, порівняно з існуючи альтернативними режимами такими як, наприклад, КМКП, яка не може обмежити застосування національних імперативних норм. Крім того, передбачається, що факультативний документ, що запроваджуватиметься Регламентом, повинен забезпечувати високий рівень захисту прав споживача.

П’ятий варіант документу з європейського договірного права полягає у тому, що він повинен бути **директивою з європейського договірного права**, яка б згармонізувала національне договірне право на основі мінімальних загальних стандартів. По відношенню до договорів за участю споживача, передбачається, що вони повинні засновуватися на високому рівні захисту прав споживача. Тим не менше, Зелена книга зазначає, що гармонізація через директиви на основі мінімального погодження не обов'язково призводить до уніфікованого застосування та тлумачення норм [113; с.10]. Тобто, у цьому випадку підприємцям, які пропонують товари і послуги споживачам за кордоном, все одно необхідно буде дотримуватися норм про захист прав споживачів, що існують у цих країнах

і є різними. Те саме стосується транскордонних договорів, що укладаються між підприємцями.

Шостий можливий варіант полягає у тому, що документ з європейського договірного права міг би існувати у вигляді регламенту, що запроваджує Європейське договірне право. Регламент про заснування європейського договірного права може замінити різноманітність національних законів єдиним європейським набором норм, у тому числі імперативних, надаючи високий рівень захисту слабшій стороні договору. Ці норми будуть застосовуватися до договорів, не за вибором сторін, а як норми національного законодавства. Регламент може замінити національне право лише при регулюванні транскордонних правочинів або він може замінити національне право у регулюванні як транскордонних так внутрішніх договорів. Дане рішення усуне правове різноманіття у галузі договірного права та призведе до однакового застосування і тлумачення положень регламенту. Єдині правила договірного права можуть сприяти укладенню транскордонних договорів та бути ефективним механізмом для вирішення спорів.

Однак це рішення може підняти чутливі питання субсидіарності та пропорційності. Заміна безлічі національних законів єдиним набором норм, може не бути співмірним заходом для боротьби з перешкодами у торгівлі на внутрішньому ринку [113; с.11].

Сьомий варіант потенційної правової природи документу з європейського договірного права полягає у тому, що він повинен бути **Регламентом, що встановлює Європейський цивільний кодекс**, який би включав у себе не лише норми договірного права, але також й інші види зобов'язань (деліктних та ведення чужих справ без доручення).

У резолюції Європейського парламенту від 18 червня 2011 року [156] був підтриманий четвертий варіант документу з європейського договірного права, запропонований у Зеленій книзі, а саме, прийняття Регламенту про введення факультативного документу з європейського договірного права, який повинен доповнюватися набором інших документів та стандартними зразками договорів, пов'язаних з онлайновою системою альтернативного врегулювання спорів. Стандартні зразки

договорів повинні охоплювати як договори між підприємцями так і договори між підприємцями та споживачами. Факультативний характер документу передбачає можливість вибору потенційних учасників правовідношення: або звернутися до цього документу або скористатися національним законодавством. У зв'язку із цим, Європейський парламент доручив Європейській комісії уточнити співвідношення між факультативним документом, Регламентом Рим I, а також міжнародними договорами. Одним із основних завдань факультативного документу на думку Європейського парламенту має стати забезпечення захисту споживачам та малому бізнесу. У п. 23 Резолюції зазначається, що набір документів може включати в себе концепції, що витікають з різних правових європейських традицій, у тому числі DCFR.

Прихильники створення ЄЦК, перелічують наступні аргументи на його користь: «По-перше, він надасть можливість забезпечити певні деталі європейської соціальної моделі, що може позиціонуватися як ідеал справедливості. По-друге, прийняття спільних норм та принципів наповнить реальним змістом концепцію транснаціонального громадянського суспільства» [454; с.23].

Варто відзначити, що ідея створення ЄЦК знаходить не лише підтримку, але й критику. Аргументи критики серед іншого зводяться до того, що заміна національних кодексів загальноєвропейським не буде рівноцінною, оскільки не здатна зберегти зв'язків між правовими, культурними та мовними та національними особливостями держав-членів. Крім того, внесення поправок до ЄЦК вимагатиме тривалої процедури узгодження, яка може розтягнутися на тривалий час.

Зазначається й про те, що ЄЦК буде поступово змінювати елементи національної правової системи, в той час як всі елементи правової системи пов'язані між собою і взаємно впливають один на одного. Заміна лише однієї частини в кінцевому результаті призведе до неузгодженості системи договірного права ЄС в цілому.

Наступний аргумент полягає у тому, що прийняття ЄЦК призведе до зростання кількості спорів і надмірної завантаженості судової системи, оскільки Суд ЄС матиме повноваження щодо його тлумачення. В ЄЦК неможливо врахувати усіх особливостей

регулювання приватно-правових відносин, що роками розроблялася у національному законодавстві [504; с.59].

Таким чином, для ЄС на сучасному етапі характерним є пошук моделі правового регулювання договірних зобов'язань. Із запропонованих семи можливих варіантів такої моделі Європейський парламент підтримує прийняття Регламенту про введення факультативного документу з європейського договірного права. Враховуючи значущість результатів роботи Експертної групи, створеної для розробки документу, вбачається корисним їх вивчення з метою аналізу та дослідження можливості використання для правового регулювання договірних відносин в Україні.

2.5. Lex mercatoria – результат уніфікації практики та звичаїв міжнародної торгівлі

Регулювання міжнародних комерційних договірних зобов'язань може здійснюватися за допомогою джерел lex mercatoria. Витоками цієї системи, є торгова практика та звичаї міжнародної торгівлі [337; с.347]. Виникає lex mercatoria у період середньовіччя[38]. У XX ст.отримує новий розвиток, якому серед іншого сприяє неофіційна кодифікація й уніфікація існуючої комерційної практики та звичаїв.

Сучасна доктрина визначає цей термін: як «сукупність загальних принципів та традиційних норм, що існують незалежно або розроблених в рамках міжнародної торгівлі безвідносно до якоїсь певної правової системи» [471; с.113]; «систему, норм, які регулюють транснаціональні торгові відносини, що складаються між приватними особами» [339; с.23]; «сукупність правил поведінки, вироблених учасниками міжнародного комерційного обороту під час здійснення їх діяльності, і застосовуваних під час розгляду спорів міжнародним комерційним арбітражем» [188; с.14]; «джерело права, засноване на традиційній практиці, конвенціях, прецедентах та багатьох національних правових системах…lex mercatoria…може бути альтернативою у випадку колізії законів…та … застосуватися замість правил, які не узгоджуються з потребами та звичаями міжнародної торгівлі, прийнятими окремими державами для застосування до внутрішніх, а не міжнародних правочинів» [505; с.144-145].

Характеристиками lex mercatoria називають: 1) універсальний характер; 2) гнучкість; 3) неформальність та швидкість; 4) залежність від комерційних звичаїв та практики [439; с.231].

У літературі дискусійним є питання співвідношення lex mercatoria із міжнародним (транснаціональним) торговим правом, міжнародним підприємницьким правом,

[38] Стародавнє Lex mercatoria або торгове право середніх віків вперше було описано анонімним автором наприкінці XIII ст. як частина документу під назвою «Колекція Колфорда», що містився у «Малій червоній книзі Брістоля», а пізніше уточнене Жераром Малинесом у трактаті «Звичай або lex mercatoria», опублікованому у 1622 році. [176]

міжнародним економічним правом, міжнародним публічним правом, приватним правом. В залежності від відповіді на це питання, визначаються джерела цієї правової системи.

Вирішення питання про співвідношення lex mercatoria з окремими галузями права залежить у першу чергу від того, як визначається коло відносин, що регулюються lex mercatoria. Частина авторів вважають, що lex mercatoria регулює лише міжнародні комерційні відносини між приватними особами. Інші – відстоюють позицію про те, що lex mercatoria регулює дві групи відносин: 1) міжнародні економічні відносини між державою та приватною особою (наприклад, між державою-реципієнтом та іноземним інвестором); 2) міжнародні комерційні відносини між приватними особами.

Так, К. Шміттгоф відмічає, що суб'єктами міжнародного підприємницького права (нового law merchant) у країнах з вільною ринковою економікою є фізичні особи та компанії. Міжнародне підприємницьке право має дві основні галузі: 1) право міжнародної торгівлі, у якому міжнародна купівля-продаж посідає найбільш значуще місце, хоча банківські операції, страхування та перевезення товарів також належать до нього; 2) право міжнародних компаній, тобто компаній, створених відповідно до права однієї держави, але таких, що мають підприємницькі інтереси у інших державах, якщо ці інтереси набувають форми володіння акціями або управлінської участі у дочірніх компаніях або залежних компаніях, створених у інших державах або у іншій формі [533; с.20-21].

Перша група авторів до джерел lex mercatoria, як правило, відносить акти м'якого права: міжнародні торгові звичаї, типові форми договорів, модельні закони, принципи права, рішення міжнародних комерційних арбітражів.

Так, наприклад, на думку О.В. Аблезгової, система джерел lex mercatoria складається із сукупності недержавних невладних регуляторів міжнародної торгівлі, тобто правил поведінки, а також актів, що не мають загальнообов'язкової юридичної сили, які стають обов'язковими для суб'єктів міжнародного торгового обороту у випадку прямої чи непрямої відмови від застосування норм національного права якоїсь держави» [189; с.8].

К. Шміттгоф відмічає, що нове торгове право є системою правових норм, значною мірою автономних від національних правових систем, заснованих на загальновизнаних

принципах свободи договору та визнання рішень міжнародних комерційних арбітражів, та доповнених міжнародним законодавством. Воно сформульовано у загальних умовах купівлі-продажу, стандартних формах договорів, сприйнятих міжнародною діловою спільнотою, а також у міжнародних конвенціях та уніфікованих законах, включених державами до національного законодавства. «Засноване на всесвітній практиці міжнародного підприємництва, здоровому глузді підприємців усіх частин світу, нове торгове право є спільним для всіх країн, що беруть участь у міжнародній торгівлі» [533; с.36].

Для цієї групи авторів характерним є те, що крім lex mercatoria вони виокремлюють правову систему, норми якої регулюють міжнародні економічні відносини між державами та приватними особами. Такі правові системи можуть іменуватися, наприклад, «Міжнародне економічне право», «Право міжнародної торгівлі».

Так, наприклад, К. Шміттгоф, ототожнює нове торгове право (new law merchant) із «міжнародним підприємницьким правом» («International Business Law») та звертає увагу на його відмінність від «міжнародного економічного права» («International Economic Law») [533; с.20].

До джерел міжнародного економічного права проф. Шміттгоф включає багатосторонні конвенції (Генеральну угоду з тарифів та торгівлі (ГАТТ), двосторонні угоди між державами, такі як угоди про торгівлю та дружні відносини, документи міжнародних економічних організацій, створених суверенними державами, такі як МВФ, Світовий банк, Міжнародна фінансова корпорація. Міжнародне підприємницьке право, з іншого боку, регулює правову організацію міжнародного бізнесу, що провадиться на рівні приватного права).

Крім того, автори, на думку яких lex mercatoria регулює лише відносини між приватними особами, вважають, що ця система норм належить до приватного права.

Так, К. Шміттгоф відмічає, що міжнародне підприємницьке право є частиною приватного права, однак, такою що не належить до міжнародного приватного права. В той

час як міжнародне економічне право є частиною міжнародного публічного права [533; с.20].

Серед вітчизняних дослідників прихильником відмежування «права міжнародної торгівлі» від lex mercatoria виступає А.В. Смітюх [391; с.35]. Він відмічає, що «Звичайно, але не обов'язково, норми *lex mercatoria* фіксуються у найпоширеніших типових проформах договорів, стандартних застереженнях; приватних галузевих кодифікаціях, або ж зводах звичаєвих правил; рішеннях арбітражів, наукових роботах, що досліджують практику міжнародного комерційного обороту» [391; с.35]. При цьому міжнародні конвенції не відносяться ним до джерел lex mercatoria, оскільки «втілюють не волю міжнародного ділового співтовариства, а компроміс, досягнутий представниками держав» [391; с.35].

Р. Гуд розрізняє «транснаціональне комерційне право» та lex mercatoria, але за критерієм позитивного вираження їх норм. Так, на його думку, транснаціональне комерційне право складається із «сукупності принципів та звичаєвих, конвекційних чи договірних норм, що є спільними для низки юридичних систем». В той час як lex mercatoria «є частиною транснаціонального комерційного права, що є некодифікованим і складається з звичаєвого комерційного права, звичаєвих процесуальних норм, та загальних принципів комерційного права, включаючи публічний порядок».[39]

Для дослідників другої групи характерним є ширший підхід до визначення джерел lex mercatoria. Зокрема, вони, крім джерел м'якого права, до lex mercatoria відносять міжнародні договори, у тому числі, ті, що регулюють публічні аспекти міжнародних комерційних відносин, принципи міжнародного права тощо.

Наприклад, О. Ландо виділяє наступні джерела (елементи) lex mercatoria: 1) міжнародне публічне право; 2) уніфіковані закони (uniform laws); 3) загальні принципи права; 4) норми міжнародних організацій; 5) звичаї; 6) рішення міжнародних комерційних арбітражів. При цьому він відмічає, що зобов'язуюча сила lex mercatoria не залежить від того, що воно створене та оприлюднене державними органами, а від того, що воно

[39] Цит. за [509; 666].

визнається як автономна нормативна система діловим співтовариством та державними органами [499; с.748-752].

М. Мастіл, який підтримує підхід до визначення джерел lex mercatoria, запропонований О. Ландо, додає, що скласти їх вичерпний перелік не уявляється можливим [516; с.109].

Більшість дослідників другої групи відмічають гібридний або полістемний характер lex mercatoria у тому розумінні, що воно включає у себе як приватноправові так і публічно-правові елементи. Деякі автори цієї групи ототожнюють поняття lex mercatoria з поняттям міжнародне (транснаціональне)торгове право [339].

Цікаву позицію займає Н.Г. Вілкова, яка, хоча й вважає, що lex mercatoria регулює дві групи відносин, однак відмічає, що правила, які їх регулюють «носять цивільно-правовий характер і не є системою, що є проміжною між міжнародним публічним та внутрішньо національним правом» [229; с.271].

Особливою є точка зору К. Шміттгофа, який, хоча і відокремлює міжнародне підприємницьке та міжнародне економічне право, однак, визнає, що вони перетинаються у двох відношеннях: 1) у домовленостях, відповідно до яких створюються регіональні торгові групи та угоди про уникнення подвійного оподаткування, регулювання яких, строго кажучи, відносяться до міжнародного економічного права, але вони також складають частину міжнародного підприємницького права, оскільки такі угоди значною мірою впливають на конкретних експортерів та імпортерів; 2) у деяких сферах міжнародного бізнесу, в яких укладаються т.зв. «змішані договори» - між державами, з одного боку, та суб'єктами приватного права, з іншого боку. Ці договори, відмічає проф. Шміттгоф, мають багато незвичайних рис: містять умови про те, що іноземний інвестор має право репатріації доходів та капіталу, або про захист від майбутньої націоналізації або справедливої компенсації у такому випадку. Такі змішані договори, на думку проф. Шміттгофа, належать як до міжнародного підприємницького так і до міжнародного економічного права [533; с.21].

К. Бергер відмічає «гібридний характер lex mercatoria, яке поєднує у собі елементи комерційного права та міжнародного публічного права та вимагає міждисциплінарного підходу. Воно повинно включати не тільки колізійне право, але й загальне приватне право, договірне право, порівняльне право з одного боку та публічне право й МПрПз іншого боку» [439; с.231].

Аналогічну позицію займає проф. Голдман який у статті «Lex mercatoria», опублікованій у 1983 році, зазначив, що lex mercatoria є автономним, третім правопорядком, що може застосовуватися як до договорів за участю держави, так і до договорів між приватними особами.[40]

Існує й інша точка зору, за якою договори між державою та приватною особою регулюються міжнародним правом договорів, що є частиною міжнародного публічного права [509; с.662-663].

О.О. Мережко, визнаючи полісистемний характер lex mercatoria, відносить до його джерел норми міжнародного та національного права. При цьому усі джерела lex mercatoria він поділяє на основні та допоміжні. До перших належать міжнародні торгові звичаї та узвичаєння, норми міжнародного публічного права, загальні принципи права, типові (модельні) закони, рішення міжнародних комерційних арбітражів, типові проформи та контракти. До допоміжних джерел автор відносить ділову практику, кодекси поведінки, рекомендаційні документи міжнародних організацій, доктрину, «саморегулятивні контракти» [339; с.31-32].

Деякі автори, досліджуючи правову природу lex mercatoria, відзначають саморегулятивний характер його джерел. Так, М. Мастил підкреслює, що «lex mercatoria просто існує. Вона виникає самовільно, на ґрунті міжнародної торгівлі. Вона є плодом, а не створінням» [516; с.90] («It is a growth, not a creation»).

Він визначає невичерпний перелік правил, які складають lex mercatoria, виведений з арбітражних рішень та доктринальних розробок.

[40] Цит. за [509; с.662].

У якості загального принципу lex mercatoria Мастіл визначає pacta sunt servanda. Цей принцип може обмежуватися щодо деяких довгострокових контрактів, доктриною про зловживання правами, а також правилом про те, що несправедливі договори та договірні умови не повинні виконуватися.

До правил lex mercatoria Мастіл відносить: - переддоговірну відповідальність (доктрина *culpa in contrahendo);* - *добросовісне виконання договору***;** - недійсність або неможливість примусового виконання договору, укладеного внаслідок хабарництва, за допомогою інших нечесних засобів, такого, що створює фіктивний правочин або спрямований на досягнення незаконної цілі; - неможливість ухилення державного утворення (органу, організації (state entity) від виконання його зобов'язань, у зв'язку із запереченням ним своє дієздатності на укладення арбітражної угоди, або твердженням, що арбітражна угода не має законної сили через недотримання процедурних формальностей; - добросовісне ведення сторонами переговорів для подолання непередбачених труднощів, які з'явилися під час виконання договору, навіть якщо він не містить положень про перегляд договірних умов у такому випадку; - можливість звільнення однієї сторони від зобов'язань, якщо інша допустила порушення, але тільки, якщо останнє є істотним; - стороні не дозволяється власними діями викликати невиконання умови, що передує виконанню нею її власних зобов'язань; - арбітраж не пов'язаний характеристиками договору, які йому приписуються сторонами; - збитки за порушення договору обмежуються передбачуваними наслідками порушення; - сторона, яка постраждала від порушення договору, повинна вжити розумних заходів для їх зменшення; - збитки за непоставку товару розраховуються на підставі ринкової ціни товару або за ціною, за якою покупець придбав еквівалентні товари; - сторона зобов'язана діяти швидко, щоб примусово здійснити свої права, під загрозою їх втрати (останнє правило є проявом більш загального правила, що кожна сторона зобов'язана діяти старанно і практично для захисту своїх власних інтересів); - за певних обставин зустрічні вимоги боржника можуть бути зараховані для погашення або зменшення відповідальності перед кредитором; - договори повинні тлумачитися відповідно до принципу «ut res magis valeat quam pereat» («щоб питання було дійсним, а не

недійсним»); - не надіслання стороною відповіді на лист, написаний їй іншою стороною розглядається як доказ її згоди з умовами листа [516; с.111-112].

Н.Г. Вілкова виділяє дві групи правил, що використовуються у міжнародному комерційному обороті, що мають однакову назву lex mercatoria. До першої віднесені правила, що «опосередковують діагональні відносини, які виникають між приватними фірмами в особі транснаціональних компаній і органами держави при здійсненні інвестицій чи інших форм тривалої взаємодії» [229; с.270]. До цієї групи правил з одного боку належать «загальні принципи права, включаючи міжнародне право, принципи права, що поділяються цивілізованими націями, м'яке право і т.п.» [229; с.270]. Однак, оскільки одним із учасників таких відносин є держава, до lex mercatoria першої групи Н.Г. Вілкова також відносить правила багатосторонніх (Угода СОТ) та двосторонніх (угоди про розподіл продукції, угоди про заохочення та захист інвестицій) міжнародних договорів.

Друга група джерел lex mercatoria опосередковує горизонтальні відносини, «що виникають в рамках міжнародних комерційних контрактів, які укладаються формально рівними учасниками цивільно-правових відносин» [229; с.271]. До джерел цієї групи відносяться типові контракти і загальні умови, що розроблюються урядовими і неурядовими організаціями, Принципи УНІДРУА, PECL [229; с.272].

Автор цієї роботи поділяє точку зору про те, що призначення lex mercatoria – регулювати міжнародні комерційні відносини, що виникають між приватними особами. Відносини, комерційного характеру, що виникають між державою та приватною особою (наприклад, іноземним інвестором) є предметом регулювання міжнародного економічного права, яке є частиною публічного права.

Про це свідчать дослідження у сфері правового регулювання міжнародних інвестиційних спорів, здійснені на підставі аналізу рішень, винесених відповідно до Конвенції ІКСІД.

Так, відповідно до ст. 42 (1) Конвенції ІКСІД: «Арбітраж розглядає спір, згідно норм права, відповідно до згоди сторін. У випадку відсутності згоди сторін Арбітраж застосовує право Договірної держави, що виступає як сторона в спорі, а також норми

міжнародного права, які можуть бути застосовані» [38]. У Доповіді Виконавчих директорів Світового банку про Конвенцію ІКСІД зазначається, що «термін «міжнародне право», використовуваний у даній нормі, слід розуміти у значенні, яке надається йому ст. 38 (1) Статуту міжнародного Суду ООН, беручи до уваги той факт, що ст. 38 була призначена для застосування до міжнародних спорів» [190; с.26].

В свою чергу ст. 38 Статуту міжнародного Суду ООН встановлює, що: «Суд, який зобов'язаний вирішувати передані йому спори на підставі міжнародного права, застосовує: а) міжнародні конвенції як загальні, так і спеціальні, що встановлюють правила, явно визнані державами, між якими виник спір; б) міжнародний звичай як доказ загальної практики, визнаної в якості правової норми; з) загальні принципи права, визнані цивілізованими націями; г) із застереженням, зазначеним у ст. 59, судові рішення і доктрини найбільш кваліфікованих фахівців з публічного права різних націй як допоміжний засіб для визначення правових норм» [169].

Дослідники правового регулювання вирішення інвестиційних спорів підкреслюють, що міжнародний звичай, який є джерелом регулювання міжнародних інвестиційних спорів, слід відрізняти від міжнародних торгових звичаїв. Останні складаються у міжнародних торгових відносинах за участю фізичних та юридичних осіб, іноді за участю міжнародних організацій. У якості прикладу таких звичаїв наводяться правила ІНКОТЕРМС [190; с.29].

Міжнародний звичай, який застосовується при вирішенні інвестиційних спорів, визначається як: «неписане правило поведінки, за яким суб'єкти міжнародного права визнають юридично обов'язкову силу» [190; с.29].

Загальні принципи права, застосовувані під час вирішення інвестиційних спорів, виводяться за допомогою порівняльно-правових досліджень, шляхом встановлення спільних рис національних правових систем. Вони вважаються джерелом міжнародного права, що є особливо важливим, якщо у відносини з державою вступає недержавний суб'єкт [534; с.614].

До загальних принципів права, застосовуваних під час вирішення інвестиційних спорів, відносять, наприклад, принцип, відповідно до якого держава несе відповідальність

за діяльність усіх державних та місцевих органів на своїй території; принцип роздільної відповідальності держави за порушення зобов'язань із міжнародного права по відношенню до інвестора та відповідальності із договірних зобов'язань стосовно інвестора; принцип відповідальності держави за дії посадових осіб з перевищенням повноважень; принцип відповідальності держави, на території якої відбувається повстання, за шкоду, заподіяну іноземним інвесторам, якщо держава неспроможна забезпечити належний рівень захисту, що вимагається міжнародним правом; принцип, згідно з яким міжнародний арбітраж не може здійснити юридисдикцію над суверенною державою без її згоди [190; с.32-34].

Наведене свідчить про те, що для правового регулювання договірних зобов'язань між державою та приватною особою використовуються засоби публічно-правового характеру невластиві регулюванню відносин між приватними фізичними та юридичними особами.

Призначення lex mercatoria - регулювання міжнародних комерційних відносин між приватними суб'єктами - обумовлює способи створення його джерел та їх види. Очевидно, що джерела lex mercatoria виникають із комерційної практики, яка складається у певній сфері діяльності. Така практика обумовлена не нормами національного права якоїсь держави, а вимогами здорового глузду, уявленнями про чесне ведення справ. Саме тому характеристиками джерел lex mercatoria є недержавний та позанаціональний характер їх походження.

З часом комерційна практика може перетворюватися на міжнародний торговий звичай. Зокрема, це має місце у випадках, коли учасники відповідної сфери діяльності, її постійно дотримуються, що дозволяє зробити висновок про те, що за нею визнається обов'язковість застосування, а також справедливий характер.

Внаслідок процесу уніфікації міжнародні торгові звичаї можуть фіксуватися письмово в результаті чого створюються зводи міжнародних комерційних звичаїв (наприклад, Принципи УНІДРУА, PECL, ІНКОТЕРМС та ін.), або типові договори, договірні умови. Оскільки міжнародні комерційні арбітражі зобов'язані вирішувати справи із врахуванням міжнародних торгових звичаїв, їх практика сприяє розвитку lex mercatoria і справедливо вважається одним із його джерел.

Водночас, не можна погодитися із тим, що міжнародні договори не можуть вважатися джерелами lex mercatoria. Зокрема, практика свідчить про те, що у деяких справах КМКП застосовувалася саме як джерело lex mercatoria.

Так, у одній із справ, що розглядалася Арбітражним судом МТП у Парижі, договір, з якого виник спір, не містив умови про вибір права. Відповідно до ст. 13 (5) Арбітражних правил МТП арбітраж повинен був взяти до уваги міжнародні торгові звичаї при вирішенні справи. На підставі цієї норми застосував КМКП, зазначивши при цьому, що «Немає кращого джерела для визначення торгових звичаїв, ніж норми Віденської конвенції ОНН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року, що звичайно іменується «Віденська конвенція» [589].

В іншій справі, що розглядалася арбітражним судом МТП у Мілані, норми КМКП (разом із Принципами УНІДРУА) були застосовані до мирової угоди, яка взагалі регулювалася правом Італії, проте, арбітраж зазначив, що «положення, що містяться у КМКП та Принципах УНІДРУА є корисними для тлумачення усіх договорів міжнародного характеру» [590].

Вирішуючи спір між Ісламською республікою Іран та американською компанією, Ірано-Американський трибунал встановив, що продавець мав право продати недоставлений покупцеві товар для зменшення збитків, відповідно до права Ірану та США, що були визначені у якості застосовуваного права до договору. При цьому арбітраж зазначив, що дане право продавця відповідає «визнаному праву міжнародних договорів», який на думку Трибуналу відображене у ст. 88 КМКП [595].

Крім того, твердження про те, що міжнародні договори не відображають волю міжнародного ділового співтовариства, теж не є беззастережним. Дійсно, міжнародні договори приймаються представниками держав, однак ділова спільнота, без сумніву, впливає на формування норм, що містяться у цих договорах [559].

Таким чином, на наш погляд, крім принципів права, недержавних норм та практики міжнародного комерційного арбітражу до джерел lex mercatoria можуть бути віднесені й конвенції, що регулюють міжнародні комерційні приватні відносини, якщо вони

підлягають застосуванню не в силу обов'язковості встановленої у них самих або актах національного законодавства, а як джерела, у яких зафіксовані міжнародні торгові звичаї.

У разі виникнення спору lex mercatoria може використовуватися як: 1) застосовуване право; 2) джерело для заповнення прогалин у міжнародних конвенціях та інших уніфікованих документах; 3) стандарт тлумачення внутрішнього права, застосовуваного до міжнародних спорів; 4) тлумачення важливих термінів транснаціональної торгівлі; 5) доказ відповідності внутрішнього права міжнародно-визнаним підходам правового регулювання комерційних відносин.

Способи застосування lex mercatoria залежать серед іншого від того, який орган вирішує спір.

У доктрині відмічається, що аксіомою є те, що lex mercatoria буде застосовуватися, якщо сторони арбітражної угоди домовилися про застосування загальних принципів права, визначних цивілізованими націями або звичаїв міжнародної торгівлі. Якщо такої згоди немає арбітр повинен запитати себе чи є доцільним застосування певного національного права або чи слід йому діяти у якості «дружнього посередника» або застосувати позанаціональні норми. В останньому випадку він повинен встановити, які позанаціональні норми існують, та які з них можуть застосовуватися до суті спору [516; с.98].

Водночас, не можна лишити поза увагою той факт, що міжнародний комерційний арбітраж діє у певній державі, а відтак, можливість застосування lex mercatoria ним визначається правом, тобто, міжнародними договорами та національним правом, що регулюють його діяльність.

До складу національних джерел, що регулюють міжнародний комерційний арбітраж, а, відтак, і можливість застосування арбітрами lex mercatoria, належать закони окремих держав про міжнародний комерційний арбітраж або частини процесуальних кодексів. У багатьох державах ці нормативно-правові акти засновуються на Типовому законі.

Згідно зі ст. 28 (1) Типового закону: «Арбітражний суд вирішує спір відповідно до тих норм права, які сторони обрали у якості застосовуваних до суті спору». Як зазначається у Збірнику ЮНСІТРАЛ із прецедентного права посилання на «норми права», а не на

«право», покликано розширити можливості сторін під час вибору права, застосовуваного до суті спору. Наприклад, сторони можуть домовитися про застосування правових норм, розроблених міжнародною спільнотою, які не були інкорпоровані до жодної національної правової системи [624; с.121]. Натомість повноваження арбітражу передбачені ст. 28 (2) Типового закону більш традиційні. Зокрема, якщо сторони не здійснили вибору, арбітраж застосовує *право* (Збірник ЮНСІТРАЛ із прецедентного права у якості прикладу такого права наводить національне право) відповідно до колізійних норм, які він вважає застосовуваними.[41]

Відповідно до ст. 28 (3), Типового закону ЮНСІТРАЛ: « Арбітражний суд приймає рішення ex aequo et bono або у якості «дружнього посередника» лише в тому випадку, якщо сторони прямо уповноважили його на це». Збірник ЮНСІТРАЛ із прецедентного права визначає такий спосіб пояснює, що такий спосіб прийняття рішення арбітражем, означає, що останній вирішує спір на підставі принципів, які він вважає справедливими, не звертаючись до якоїсь сукупності правових норм [624; с.121].

Можливість міжнародного комерційного арбітражу винести рішення у якості «дружніх посередників» передбачена і ст. VII (2) Європейської конвенції про зовнішньоторговий арбітраж. Умовами винесення рішення у такий спосіб є : 1) наявність відповідної домовленості сторін; 2) дозвіл застосовуваного права, вирішувати спір у якості «дружніх посередників» [18].

Верховний суд Онтаріо у справі *Liberty Reinsurance Canada v. QBE Insurance and Reinsurance (Europe) Ltd.* визначив арбітраж, який діє за принципом «*ex aequo et bono*» як такий, який діє відповідно до вимог справедливості та чесності. Зокрема, це передбачає, що договір розуміється як «почесна угода», а не юридичне зобов'язання, і тому суд звільняється «від усіх юридичних формальностей» у прийнятті рішення [606].

При цьому ст. 28 (4) Типового закону уточнює, що «У всіх випадках арбітражний суд приймає рішення відповідно до умов договору і з урахуванням торгових звичаїв, які

[41] Точка зору про те, що суд застосовує норми національного права певної держави, обраного на підставі колізійної норми, у випадку відсутності угоди сторін про вибір права підтримується також у доктрині. Див. [491]; [469; с.4].

застосовуються у даній сфері».[42] Збірник ЮНСІТРАЛ із прецедентного права зазначає, що термін «торгові звичаї» був введений, щоб включити норми, що містяться в опублікованих документах, які представляють найкращі традиції практики та правила, прийняті у міжнародній торгівлі [624; с.122].

Коментуючи ст. 28 (4) Типового закону О.О. Щокіна, посилаючись на загальноприйняте у зарубіжній науці і практиці тлумачення, зазначає, що цю норму «слід розуміти в тому сенсі, що при вирішенні спору арбітраж застосовує торговельні звичаї перед диспозитивними нормами застосовного національного права» [428-1; с.138].

Разом із тим, необхідно враховувати, що Типовий закон є лише моделлю національного законодавства, відтак, воно може певною мірою відрізнятися від нього. Так, наприклад, ст. 1496 Цивільного процесуального кодексу Франції встановлює, що арбітр повинен вирішити спір у відповідності з нормами права, обраного сторонами, або, за відсутності такого вибору, відповідно до норм права, які він вважає застосовуваними.У всіх випадках він повинен брати до уваги торгові звичаї [67].

Тобто, у Франції можливість вибору недержавних норм права належить не лише сторонам договору, але й арбітрам за відсутності згоди сторін [467; с.186]. Крім того, на відміну від Типового закону законодавство Франції вимагає, щоб при вирішенні спору до уваги бралися лише звичаї (а не умови договору і звичаї).

Аналогічна позиція відображена у ст. 1054 Цивільного процесуального кодексу Нідерландів, відповідно до якої: «1. Арбітражний суд виносить своє рішення у відповідності з правовими нормами. 2. Якщо вибір права здійснений сторонами, арбітражний суд виносить своє рішення у відповідності з правовими нормами, обраними сторонами. При відсутності такого вибору права, арбітражний суд виносить своє рішення у відповідності з правовими нормами, які він вважає застосовуваними. 3. Арбітражний суд виносить рішення у якості дружнього посередника (як розумної людини відповідно до розумності та справедливості), якщо сторони угодою уповноважили його на це. 4. У всіх випадках арбітражний суд бере до уваги будь-які відповідні торгові звичаї»[68].

[42] Ст. 28 Типового закону в редакції зі змінами, прийнятими у 2006 році аналогічна редакції 1985 року. За даними ЮНСІТРАЛ законодавство на підставі Типового закону ЮНСІТРАЛ про міжнародний комерційний арбітраж прийнято 67 країнами [399].

Ст. 28 (1) Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» передбачає, що сторони мають право обрати правові норми. За відсутності домовленості сторін міжнародний комерційний арбітраж застосовує право, визначене згідно з колізійними нормами, які він вважає застосовними (ст. 28 (2) цього ж Закону).

Враховуючи те, що норми Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» засновані на положеннях Типового закону, на наш погляд, допустимим є звернення до пояснень ЮНСІТРАЛ з метою тлумачення термінів, вживаних у Законі. Як зазначалося, ЮНСІТРАЛ розрізняє терміни «правові норми» та «право». Перший термін позначає як державні так і недержавні норми, другий – національне право певної держави.

У зв'язку із цим, можна стверджувати, що Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж надає сторонам можливість обрати до вирішення спору по-суті як державні так і недержавні правові норми. У випадку відсутності домовленості сторін міжнародний комерційний арбітраж застосовує право певної держави.

На наш погляд, потреби міжнародного ділового обороту диктують необхідність закріплення не лише права сторін обирати недержавні норми, але й право міжнародного комерційного арбітражу, застосовувати недержавні норми як застосовуване право у випадку відсутності угоди сторін про вибір права. У зв'язку із цим пропонуємо у ст. 28 (2) ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» термін «право» замінити терміном «правові норми», оскільки останній охоплює як норми права певної держави так і недержавні правові норми.

Крім того, арбітражний суд може приймати рішення ex aequo et bono, або як «дружній посередник», якщо сторони прямо уповноважили його на це (ст. 28 (3) Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж». В усіх випадках третейський суд приймає рішення згідно з умовами угоди і з врахуванням торгових звичаїв, що стосуються даної угоди (ст. 28 (4) Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж».

На наш погляд, остання норма є підставою для висновку про те, що згідно із Законом України «Про міжнародний комерційний арбітраж» застосування державних правових норм обмежується торговими звичаями.

Відповідно до ст. 187 Закону про МПрП Швейцарії: «1. Арбітражний суд виносить рішення відповідно до права, обраного сторонами, або, в разі відсутності такого вибору, відповідно до права, з яким відносини найтісніше пов'язані. 2. Сторони можуть уповноважити арбітражний суд вирішувати спір за справедливістю» [171].

Тобто, за Швейцарським законодавством сторони не наділені правом вибору недержавних норм права. Те, саме стосується арбітражного суду при виборі ним права за відсутності згоди сторін. Крім того, слід звернути увагу на те, що в останньому випадку арбітраж обмежений застосовуванням права, яке має найтісніший зв'язок із відносинами. Недержавні правові норми можуть застосовуватися лише у тому разі, якщо сторони уповноважили арбітраж вирішувати спір за справедливістю.

Однак, як свідчить швейцарська судова та арбітражна практика, в окремих випадках недержавні правові норми можуть застосовуватися, наприклад, коли згідно з нормами швейцарського права необхідно розтлумачити договір згідно із «розумінням розумної людини» [636].

Згідно зі ст. 1051 ЦПК ФРН: «1) Арбітражний суд повинен ухвалити рішення по суті відповідно до положень закону, який сторони визначили як застосовуваний до суті правових спорів. Якщо сторони спору не домовилися інакше, поняття «закони» чи «правова система» конкретної держави слід розуміти як пряме відсилання до норм матеріального права цієї держави, а не до норм колізійного права. (2) Якщо сторонам спору не вдалося визначити, які законодавчі положення будуть застосовуватись, арбітражний суд повинен застосовувати закони тієї держави, з яким суть спору має найтісніші зв'язки. (3) Арбітражний суд приймає рішення виходячи з міркувань, що є справедливим і рівноправним, тільки якщо сторони спору прямо уповноважили його на це. Дозвіл може бути виданий до того моменту, арбітражний суд приймає таке рішення. (4) У всіх випадках арбітражний суд повинен приймати рішення відповідно до умов договору і брати до уваги будь-яку комерційну практику, яка може існувати» [69].

Тобто, ЦПК ФРН обмежує сторони, які бажають вирішити спір в арбітражному порядку, правом вибору правової системи певної держави. Якщо сторони не здійснили такого вибору арбітри також обмежені можливістю застосовувати право конкретної країни, причому тієї, що має найтісніший зв'язок із даними відносинами. Водночас сторони

можуть уповноважити арбітраж вирішувати спір так, як він вважає справедливим, що не виключає застосування застосування недержавних правових норм. Звертає на себе увагу також те, що приймаючи рішення, арбітраж бере до уваги не звичаї, а «будь-яку комерційну практику».

Однак, слід мати на увазі те, що арбітражне рішення не лише повинно бути винесено, його ще потрібно визнати і виконати. Згідно із ст. V (2) (b) Нью-Йоркської конвенції однією із підстав для відмови у визнанні і виконанні арбітражного рішення є те, що його визнання і виконання суперечать публічному порядку цієї країни. У доктрині вважається, що у визнанні і виконанні арбітражного рішення не можна відмовити з мотивів суперечливості публічному порядку, якщо арбітраж застосував недержавні норми внаслідок того, що сторони 1) явно обрали недержавне право; 2) уповноважили його діяти у якості дружнього посередника [542; с.18].

Таким чином, можливість застосування lex mercatoria міжнародним комерційним арбітражем різниться від країни до країни. Як правило, арбітри мають право застосовувати lex mercatoria у якості застосовуваного права, якщо сторони уповноважили його діяти у якості дружнього посередника, або вжили домовилися про те, що спір буде вирішуватися відповідно до lex mercatoria, загальних принципів права, звичаїв застосовуваних у міжнародній торгівлі або вжили інше формулювання, що за своєю суттю відповідає наведеним.

У деяких країнах за сторонами спору, що вирішується міжнародним комерційним арбітражем, визнається можливість обрання недержавних правових норм до суті спору (наприклад, Франція, Нідерланди, Україна).

В окремих країнах арбітри наділені правом застосовувати недержавні норми, навіть якщо відсутня домовленість сторін про це, а також якщо сторони не уповноважили арбітраж діяти у якості «дружнього посередника» (Франція, Нідерланди).

У Швейцарії та ФРН сторони арбітражної угоди можуть обрати до вирішення спору по- суті лише право певної держави. Те саме стосується й арбітрів, що вирішують спір за відсутності згоди сторін про вибір застосовуваного права.

У цих країнах звернення міжнародним комерційним арбітражем до недержавних норм як застосовуваного права можливе, якщо сторони уповноважили за його вирішувати спір за справедливістю.

Також немає єдності у поглядах на те, як саме арбітр застосовує lex mercatoria. Перша думка зводиться до того, що роль арбітра у його застосуванні полягає лише у знаходженні норм lex mercatoria та їх застосуванні до спору. Альтернативна думка полягає у тому, що lex mercatoria «відображає економічний порядок обов'язковим елементом якого є міжнародний комерційний арбітраж». Приймаючи рішення арбітр не просто застосовує існуюче lex mercatoria, а швидше створює нові правила, які він потім застосовує ретроспективно. Тобто за відсутності існуючих норм, арбітр діє у якості «соціального інженера» [516; с.97].

На наш погляд, друга точка зору більше відповідає дійсності. Непрямо це підтверджується Trans-Lex Принципами, які виводяться, серед іншого, з рішень міжнародних комерційних арбітражів, та кількість яких постійно зростає.

Право, що застосовується до договору державним судом може визначатися: 1) угодою сторін; 2) ним самим на підставі колізійних норм за відсутності угоди сторін.

Відтак, перш-за все, проаналізуємо можливість договірних сторін обрати норми lex mercatoria у якості застосовуваного права при розгляді спору державним судом. Така можливість (неможливість) встановлюється нормами міжнародного приватного права, що діють у певній державі.

У законодавстві України свобода сторін визначати застосовуване до договору право закріплена у ЗУ «Про міжнародне приватне право» [26] та КТМ України [31].

У ст. 1 (1) (5) ЗУ «Про міжнародне приватне право» міститься визначення автономії волі сторін як принципу «згідно з яким учасники правовідносин з іноземним елементом можуть здійснити вибір права, що підлягає застосовуванню до відповідних правовідносин». В свою чергу поняття «вибір права» визначається ст. 1 (1) (4) цього ж Закону як «право учасників правовідносин

визначити право якої держави підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом».

Відповідно до ч. 2 ст. 14 КТМ України відносини за договорами морського перевезення вантажів регулюються законодавством за згодою сторін.

Тобто, у законодавстві України автономія волі сторін розуміється як можливість вибору права певної держави.

Разом із тим, очевидно, що у разі укладення міжнародних приватних комерційних договорів сторони можуть мати намір, щоб їх відносини регулювалися не правом якоїсь держави, а джерелом, що належить до позадержавної системи, наприклад, Принципами УНІДРУА, Йорк-Анверпенськими правилами тощо.

У зв'язку із цим, у доктрині висловлювалися пропозиції щодо розширення можливості сторін договору обрати у якості застосовуваного права недержавні правові норми. Так, А.С. Довгерт ще у 2000 році наголошував на тому, що вибір права «не обмежується вибором права конкретної країни і може включати вибір норм транснаціонального характеру, наприклад, таких, як «загальні принципи права», «lex mercatoria» або аналогічні положення» [296; с.293].

Тому А.С. Довгертом внесена пропозиція щодо викладення ст. 5 (1) ЗУ «Про міжнародне приватне право» такій редакції: «У випадках, передбачених законом, учасник (учасники) правовідносин може здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту правових відносин. Цей вибір не обмежується вибором права конкретної країни і може включати вибір норм транснаціонального характеру, наприклад, таких як «загальні принципи права», *lex mercatoria* або аналогічні положення» [253; с.35]. Точка зору А.С. Довгерта підтримується у доктрині [227; с.58].

Разом із тим, слід звернути увагу на те, що існує й інша точка зору. Так, наприклад, В.І. Кисіль зазначає, що «Декому застосування lex mercatoria здається найпростішим способом регулювання міжнародних торговельних відносин. Проте щодо широкого застосування lex mercatoria, в сучасному правовому регулюванні, особливо в Україні, навряд чи можна бути оптимістичними… сама по собі концепція lex mercatoria, доволі

неоднозначна, лише останнім часом стала предметом ґрунтовних вітчизняних наукових досліджень…» [294].

Точка зору В.І. Кисіля підтримується А.О. Філіп'євим, який зазначає, що: «вибір lex mercatoria можливий лише у таких випадках: - по-перше, коли сторони договору чітко визначили, які саме джерела lex mercatoria регулюють їх відносини…; по-друге, якщо відповідне національне законодавство, обране сторонами або визначене на підставі закону… передбачає застосування звичаїв для регулювання договірних відносин…» [408; с.29].

На думку ВССУ, «Суд може застосовувати не тільки іноземні закони, але й звичаї та судову практику в тих межах, в яких останні визнаються джерелами права у відповідних державах» [564].

У зв'язку із цим цікаво дослідити підходи до можливості застосування недержавних правових норм у законодавстві окремих держав у якості застосовуваного права.

Так, наприклад, Ст. 3 (1) Римської конвенції зазначала про те, що «договір регулюється правом, обраним сторонами». Дана норма читалася разом зі ст. 1 (1) Конвенції, яка встановлювала, що «норми цієї Конвенції застосовуються до договірних зобов'язань у будь-яких ситуаціях, включаючи вибір права різних країн» [188]. Таким чином, Римська конвенція не визнавала можливості підпорядкування договору нормам недержавного права.

Ця позиція підтримувалася у судовій практиці, що видно, наприклад, у рішенні Королівського суду Лондону по справі *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd.* Суть справи полягала у наступному. Банк звернувся до суду з позовом про стягнення платежу із замовника на підставі договору мурабаха. Договір містив умову, за якою «Договір регулюється відповідно до законів Англії, якщо це не суперечить славним принципам Шаріату». При цьому судом було встановлено, «славними принципами Шаріату» є принципи, встановлені у Корані та Сунні, основних джерелах Шаріату. Замовник відмовлявся здійснювати платіж посилаючись на те, що це порушує принцип Шаріату, явно виражений у Сурі II, 275-79 Корану, згідно з яким нарахування відсотків за кредитом у будь-якій формі заборонене. Однак, суд вважав, що договір повинен регулюватися правом Англії. При цьому його позиція ґрунтувалася положеннях ст.ст. 1(1)

та 3(1) Римської конвенції. Зокрема, суд вказав на те, що із ст. 1 (1) Римської конвенції явно слідує, що вибір сторонами права означає вибір права певної країни. Застосування позанаціональної правової системи, якою є Шаріат, не передбачене Конвенцією. Принципи Шаріату не є просто принципами права, але й принципами, які застосовуються до інших аспектів життя та поведінки [578].

П. 4.2. Проекту Регламенту Рим І, підготований Європейською комісією, передбачав можливість обрання сторонами недержавного права. Зокрема, формулювання повинно було бути таким, щоб дозволити вибір Принципів УНІДРУА, PECL чи можливого майбутнього Додаткового інструменту Співтовариства, виключаючи Lex mercatoria, яке не є достатньо точним, або приватні кодифікації, що не визнаються міжнародною спільнотою [154].

Пізніше був виданий проект Доповіді виконавчого комітету з правових питань Європейського парламенту, в якому зазначалося про те, що свобода вибору права повинна включати право обрати у якості застосовуваного принципи і норми матеріального права, що визнаються на міжнародному рівні. «Однак ці принципи і правила повинні відповідати певним мінімальним стандартам для того, щоб бути обраним. Зокрема, вони мають бути створені незалежним, неупередженим та нейтральним органом; їх зміст повинен бути збалансованим та захищеним від ухилень та зловживань певними імперативними нормами; вони повинні регулювати права та обов'язки розумно та всебічно. Таким умовам відповідають, наприклад, Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА» [459].

Однак, згаданий Проект Регламенту не отримав достатньої підтримки. Зокрема, його критикували за те, що «характер міжнародного визнання норм, які сторони могли б вибрати у якості застосовуваного права, є значною мірою неточним» [210; с.705-706].

Регламент Рим І в остаточному варіанті у ст. 3 (1) встановив, що «Договір регулюється правом, обраним сторонами». В п. 13 Преамбули Регламенту зазначається, що «Цей Регламент не забороняє сторонам включати за допомогою відсилання у свій договір недержавне право або міжнародну угоду». Однак, як зазначає проф. О. Бєлоглавек «включення до договору посилання на можливі недержавні норми… не буде означати здійснення сторонами вибору застосовуваного до договору права... Нормам недержавного

права буде віддаватися перевага перед диспозитивними нормами застосовуваного права, а не перед положеннями, від яких не можна відступити за допомогою угоди сторін» [210; с.707-708] .

Таким чином, Регламент Рим І розуміє свободу вибору права як можливість обрати право певної держави.

Відповідно до пар. 1-301(c) (2) ЄТК США «Якщо інше не встановлено у цьому Розділі угода сторін міжнародного правочину про те, що їх права та обов'язки визначаються правом цього штату або іншого штату або країни, є дійсною незалежно від того, чи має правочин зв'язок із правом даного штату чи країни» [180]. Таким чином, буквальне розуміння цієї норми вказує на те, що може застосовуватися лише право країни (штату). Однак, вважається, що сторони можуть включити у договір недержавне право з питань, які врегульовані у ЄТК, диспозитивними нормами. У якості недержавного права, яке може бути обрано, вказуються документи ЮНСІТРАЛ та Принципи УНІДРУА [469; с.4].

Таким чином, можна зробити висновок, що підхід ЄТК до можливості застосування норм недержавного права аналогічний підходу, запропонованому Регламентом Рим І.

Водночас, оскільки 24 штати США застосовують Другий Звід конфліктного права для вирішення колізій у сфері договірного права, а деякі інші штати керуються цим документом для регулювання окремих питань, пов'язаних із автономією волі сторін, вважається, що саме Звід представляє превалюючий у США погляд на автономію волі сторін [543; с.8].

Пар. 187 (1) Зводу встановлює: «Право держави,[43] обране сторонами для регулювання їх договірних прав та обов'язків, буде застосовуватися, якщо конкретне питання є одним із тих, яке сторони можуть вирішити є ясно вираженим в угоді положенням, що застосовується до цього питання» [165].

Тобто, із пар. 187 (1) Зводу випливає, що він поділяє усі питання на ті, що *можуть* бути вирішені угодою сторін та ті, що що не можуть бути вирішені в такий спосіб. Як зазначалося вище, до першої категорії питань сторони можуть обрати застосовуване право.

[43] Пар. 187 Зводу вживає термін «state», який може перекладатися як «держава» або «штат». Пар. 3 визначає цей термін як: «Територіальна одиниця із визначеною загальною сукупністю правових норм».

І хоча текст пар. 187 (1) говорить про те, що це має бути право «держави», коментар до пар. 187 зазначає, що дана норма встановлює можливість включення у договір посилань (*на певні норми* – курсив мій) і не є правилом вибору права. Така можливість випливає із права сторін визначати умови своїх договірних зобов'язань. Вони можуть сформулювати ці умови у договорі або можуть включити посилання на зовнішні матеріали, які серед іншого можуть бути посиланнями на норми іноземного права. У таких випадках, суд буде застосувати положення права визначеної держави, для того щоб реалізувати наміри сторін. На цій підставі вважається, що сторони можуть також передбачити застосування правил торгових асоціацій або відомих комерційних звичаїв [543; с.10].

Пар. 187 (2) Зводу встановлює, що: «(2) Право держави, обране сторонами для регулювання своїх договірних прав та обов'язків, буде застосовуватися, навіть якщо конкретне питання є одним із тих, які сторони не мали права вирішувати у явно вираженому положенні їх угоди, спрямованому на регулювання цього питання, крім випадків, коли: (a) обрана держава не має істотного відношення до сторін або угоди, і немає інших розумних підстав для вибору сторін, або (b) застосування права обраної держави буде суперечити фундаментальним принципам держави, яка має суттєво більший інтерес, ніж обрана держава у вирішенні конкретного питання і яка, під час застосування пар. 188, буде державною застосовуваного права за відсутності дійсного вибору права сторонами».

Таким чином, Звід дозволяє обрати право певної держави. Це пояснюється тим, що робота над ним була завершена у 1960-ті роки, коли недержавні норми не мали такої ясності та статусу, які вони мають сьогодні.

У судовій практиці США відомі випадки, коли суд відмовлявся застосовувати недержавні норми, посилаючись на те, що Звід передбачає застосовування права певної держави. Так, у справі *Trans Meridian Trading Inc. v. Empresa Nacional de Comerzialicion de Insumos* Апеляційний суд дев'ятого округу відмовився застосовувати Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів, хоча договір прямо встановлював, що: «Цей акредитив регулюється Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів (редакція 1983 року) МТП (публікація № 400)». З посиланням на пар. 3 Зводу (який визначає державу як територіальну одиницю із визначеною загальною сукупністю правових норм), суд зазначив, Уніфіковані правила не є правом іноземної юрисдикції, а

швидше збірником комерційної практики, опублікованим МТП. Відтак, здійснений вибір права не перешкоджає застосуванню комерційного кодексу штату Каліфорнія. У цій справі суд відмовився зобов'язати здійснити платіж за акредитивом, який у випадку застосування Уніфікованих правил повинен би бути сплаченим [622].

Звичайно, Звід не має сили закону, і ніщо не заважає суду відхилятися по деяких питаннях від нього. Таким чином, припускається, що за певних обставин суд може «вшанувати» вибір недержаних норм права, здійснений у договорі. Хоча малоймовірно, що він дозволить, щоб цей вибір перевищував межі автономії волі сторін, встановлені для державного права пар. 187 (2) Зводу [543; с.10].

У РФ автономії волі сторін присвячена ст. 1210 ЦК РФ. У даній ст. мова йде про «вибір права». І, хоча ч.ч.1-4 не конкретизують, що мова йде про вибір права певної держави, ч. 5[44] дає підстави припустити, що це саме так.

При цьому у коментарі до ст. 1210 ЦК РФ зазначається, що «Мова йде про об'єктивне право, яке існує і є таким незалежно від волі сторін… До категорії права не можуть бути віднесені міжнародні конвенції, що не набули сили, їх проекти, типові закони, проекти національних нормативних актів… Посилання сторін в угоді на акт (документ), що не вкладається у категорію «право» може надавати йому характер положень контракту, але такий акт чи документ, як і будь-яка умова договору не може суперечити імперативним нормам застосовуваного права. В такій ситуації мова може йти не про угоду про вибір права, а про спосіб узгодження між сторонами договірних умов» [300; с.426-427].

Разом із тим, слід відмітити, що у російській доктрині висувалася пропозиція щодо необхідності наділення сторін транскордонного договору можливістю вибору позанаціональних джерел у якості застосовуваного права, за умови, що вони відповідають основним началам приватноправового регулювання, захищені від можливих зловживань шляхом встановлення певних імперативних норм, та являють собою відносно закінчену систему правових приписів, здатну самостійно регулювати значну кількість спірних питань, що виникають у зв'язку із договірним зобов'язанням [197; с.340].

[44] Відповідно до ст. 1210 (5) ЦК РФ: «Якщо із сукупності норм права, що існували на момент вибору права, що підлягає застосуванню, випливає, що договір реально пов'язаний лише з однією країною, то вибір сторонами права іншої країни не може зачіпати дію імперативних норм країни, з якою договір реально пов'язаний» [11].

Водночас, слід звернути увагу на те, що ст. 1211 (11) ЦК РФ вказує на можливість сторін укласти угоду про застосування до їх відносин звичаїв ділового обороту. Аналогічне правило закріплене також у ст. 1610 (6) ЦК РМ [10] та ст. 1113 (6) ЦК РК [9].

Таким чином, законодавство РФ, РМ та РК допускають можливість укладення угоди сторін про застосування звичаїв ділового обороту. Свідченням наявності такої угоди є використання у договорі прийнятих у міжнародному обороті торгових термінів, запроваджених певними звичаями ділового обороту. Однак, сфера дії застосування таких звичаїв обмежується лише питаннями, що регулюються диспозитивними нормами.

Підсумовуючи, слід відзначити, що досліджене законодавство окремих країн не дозволяє сторонам договору обрати недержавні правові норми у якості застовуваного права. Однак, сторони можуть домовитися, що такі норми будуть застосовуватися до регулювання тих питань, що віднесені законодавцем на розсуд сторін, і не можуть суперечити імперативним нормам застосовуваного державного права.

У доктрині зустрічається як підтримка такого підходу, так і критика. Наприклад, О. Бєлоглавек, аналізуючи підхід Регламенту Рим I до означеного питання, зазначає, що «позитивним є те, що не були реалізовані химерні уявлення про те, що загальні принципи, на яких засновані т.з. lex mercatoria або транснаціональне торгове право, могли б утворити цілісну систему, здатну стати основою для матеріально-правового тлумачення договірного відношення… ці принципи…не являють собою цілісної системи і спроби презентувати їх у якості закритої системи приписів або системи, заснованої на тривалому застосуванні і перевіреній юридичній і торговій практиці, є більш ніж нереальними. Тлумачення більшості цих принципів у кожній державі відрізняються, і лише мінімум з них є загальновизнаним. Відтак, їх можна вважати швидше роз'яснюючими правилами, ніж нормами матеріально-правового характеру» [210; с.706].

С. Симеонідес звертає увагу на те, що недержавні норми часто слугують для захисту інтересів певних груп. І хоча автор визнає, що останнім часом досягнутий значний прогрес у якості таких норм (особливо це стосується PECL та Принципів УНІДРУА), він застерігає, що «ми не повинні допустити ейфорії, породженої парою успішних кодифікацій недержавних норм, які можуть призвести до думки, що всі недержавні норми є панацеєю від усіх бід і що право держави є ворогом» [543; с.23-24].

Заперечення ґрунтуються на тому, що: нове lex mercatoria є узгодженою, досить повною та в цілому прийнятною системою принципів; ретельно продумані принципи матеріального договірного права розроблені на міжнародному рівні є більш цінними та пристосованими до потреб міжнародної торгівлі, ніж державні закони, які можуть бути менш прогресивними та менш ясними [487; с.14]; останнім часом були створені позанаціональні джерела, які за змістом та ступенем охоплення різних інститутів договірного права не поступаються багатьом національним правовим системам; у випадку, якщо у такому джерелі існують прогалини вони можуть бути заповнені субсидіарним застосуванням джерел національних правових систем; справедливість регулювання при застосуванні недержавних норм може бути забезпечена за допомогою обмежень у вигляді зверхімперативних норм країни суду і третіх країн, дотримання принципу добросовісності і т.п [197; с.336-338].

На наш погляд, у міжнародних комерційних відносинах сторони повинні мати можливість вибору недержавних правових регуляторів у якості застосовуваного права, яка повинна визнаватися й у тих випадках, коли спір вирішується державними судами.

За змістом угода сторін про вибір недержавних правових регуляторів може бути двох видів: 1) із чітким зазначенням документу, норми якого сторони бажають застосовувати до вирішення спору по-суті; 2) містити загальні формулювання з приводу того, що до договору застосовуються норми lex mercatoria, загальні принципи права і т.п.

Якщо недержавні регулятори, обрані за допомогою угоди першого виду, не дозволяють повною мірою врегулювати спірні питання, що виникають у зв'язку із договором, вони повинні вирішуватися на підставі права держави, що визначається судом на підставі застосовуваних колізійних норм.

У разі укладення угоди про вибір права другого виду застосуванню підлягають регулятори, що: 1) відносно цілісно регулюють договірні зобов'язання; 2) мають міжнародне визнання (підтвердженням якого є їх застосування міжнародними комерційними арбітражами та державними судами різних країн); 3) містять у собі імперативні норми. На сьогодні, на наш погляд, до них можна віднести Принципи УНІДРУА, PECL, PEL, DCFR, Принципи Trans-Lex.

Застосування недержавних регуляторів у якості застосовуваного права повинно обмежуватися вимогами добросовісності та чесного ведення справ, публічним порядком та надімперативними нормами держави, суд якої вирішує спір.

По-друге, необхідно з'ясувати, чи може державний суд використовувати lex mercatoria у якості застосовуваного права за відсутності угоди сторін про вибір права. Із ст. 44 (1) та ст. 32 (3) ЗУ «Про міжнародне приватне право» випливає, що за відсутності згоди сторін застосовує право певної держави.

У праві США визначенню права за відсутності згоди сторін присвячений пар. 188 Другого Зводу конфліктного права, всі частини якого говорять про застосування права держави (state) [166]. Це є підставою для висновку, що Звід не містить механізму, за допомогою якого суд може застосовувати недержавні норми до договору, що не містить вибору права. Звичайно, ніщо не перешкоджає суду застосовувати такі правила для певних цілей, наприклад, для того, щоб тлумачити чи заповнювати прогалини міжнародних уніфікованих документів або внутрішнього права [543; с.9].

Із статей 4, 5 та ін. Регламенту Рим І випливає, що у разі відсутності угоди сторін про вибір права, застосуванню підлягає право певної держави.

У зв'язку із цим, доцільно дослідити можливість застосування недержавних регуляторів у межах правових систем окремих держав.

Аналіз ст. 7 (1) ЦК України дає підстави для висновку, що визначальними рисами звичаю як правила поведінки, яким можуть регулюватися цивільні відносини, є: 1) його усталеність у певній сфері цивільних відносин; 2) не встановленість актами цивільного законодавства.

При цьому умовою застосування звичаю є його несуперечливість договору та актам цивільного законодавства (ст. 7 (2) ЦК України).

ЦК України згадує наступні види звичаїв: 1) звичай національної меншини (ст. 28); 2) звичай ділового обороту (ст.ст. 213, 526, 529, 531, 532, 538, 539, 613 та ін.); 3) місцевий звичай (ст. 333); 4) звичай як такий (ст. 444 (ч.1).

При цьому варто відзначити, що ст. 7 ЦК України не містить загальних правил застосування звичаїв. Із аналізу окремих ст. ЦК можна зробити висновок про правила застосування звичаїв ділового обороту.

По-перше, слід відзначити неоднаковість підходів до застосування звичаїв у ЦК України. Наприклад, із ст. 526 ЦК України можна зробити висновок, що умовою застосування звичаїв ділового обороту до питань виконання зобов'язання є відсутність відповідного регулювання у договорі, ЦК, інших актах цивільного законодавства. Водночас, із інших ст.ст. ЦК (наприклад, ст. 527, 529, 531, 532, 538, 539, 613, 652, 687 (2), 846) випливає пріоритетність застосування звичаїв порівняно із нормами ЦК.

По-друге, із ст. 627 (1) ЦК України випливає, що звичаї ділового обороту є обмежувачем свободи договору.

По-третє, із ст. 630 (2) ЦК України [45] випливає, що за певних умов звичаєм ділового обороту вважаються типові умови договору.

Крім того, інші акти законодавства України також передбачають застосування звичаїв. Так, наприклад, ст. 6 КТМ України дозволяє включати до договорів звичаїв торгівельного мореплавства, якщо сторони відповідно до КТМ можуть відступати від його правил. Ст. 78 КТМ України передбачає видачу начальником морського порту зводу звичаїв порту [31].

Ст. 32 ГК України згадує «торгові та інші чесні звичаї у підприємницькій діяльності» [7]. Ст. 265 ГК України встановлює можливість використання відомих міжнародних звичаїв для визначення умов договору поставки. Ст. 344 ГК України серед регуляторів міжнародних розрахунків згадує банківські звичаї.

З цього приводу слід відмітити те, що п. 1.2. Положення про порядок здійснення уповноваженими банками операцій за документарними акредитивами в розрахунках за зовнішньоекономічними операціями, затвердженого постановою Правління НБУ від 03

[45] Ст. 630 (2) ЦК України: «Якщо у договорі не міститься посилання на типові умови, такі типові умови можуть застосовуватись як звичай ділового обороту, якщо вони відповідають вимогам статті 7 цього Кодексу» [59].

грудня 2003 року № 514 [43], дозволяє використовувати «всі акредитиви, що передбачені діючими Уніфікованими правилами та звичаями для документарних акредитивів, розробленими Міжнародною торговельною палатою, або іншими міжнародними акредитивами, затвердженими Міжнародною торговельною палатою …, з урахуванням міжнародної стандартної банківської практики та особливостей визначених цим Положенням, і не суперечать законодавству України».

Іншими словами, UCP та інші звичаї, кодифіковані МТП можуть застосовуватися тією мірою, якою вони не суперечать законодавству України.

ЦК Квебеку чітко окреслює коло питань щодо яких можуть застосовуватися звичаї. Так, звичаї порту допускаються до застосування для: - визначення строку, протягом якого вантаж повинен бути завантаженим або вивантаженим якщо такий строк не визначений у договорі (ст. 2025); - розрахунку демереджу, якщо він не встановлений у договорі (ст. 2027); визначення часу та місця доставки майна перевізником, якщо вони не визначені договором (ст. 2063) [62].

У РК цивільні відносини можуть регулюватися звичаями, у тому числі звичаями ділового обороту, якщо вони не суперечать цивільному законодавству, що діє на території РК (ст. 3 (4) ЦК РК) [9].

Ст. 4 (2) ЦК РМ допускає застосування звичаїв, якщо вони не суперечать закону, основам правопорядку та моралі [10].

Із ст. 5 ЦК РФ [11] випливає, що джерелом регулювання цивільних відносин є звичай ділового обороту. Ряд ст.ст. ЦК РФ містить відсилання до звичаїв ділового обороту, якщо відносини сторін не визначені нормами законодавства та умовами договору. Зокрема, ст.ст. гл. 22 «Виконання зобов'язань», а також глав, присвячених окремим видам договорів.

Важливим є положення п. 5 ст. 421 ЦК РФ, згідно з яким звичаї ділового обороту застосовуються до умов договору, якщо вони не визначені самими сторонами або диспозитивною нормою. В силу ст. 431 ЦК РФ звичаї ділового обороту повинні враховуватися при тлумаченні умов договору.

Слід також звернути увагу на те, що згідно із п. 1 ст. 6 ЦК РФ однією із умов застосування аналогії закону є відсутність звичаю ділового обороту, застосовуваного до відносин [11].

Особливе значення звичаю спостерігається у французькому цивільному праві. В окремих випадках, він прирівнюється до закону. Так, відповідно до ст. 1135 ФЦК угоди зобов'язують не лише до того, що в них виражено, але й до всіх наслідків, виконання яких відповідно до характеру цього зобов'язання вимагають справедливість, звичай або закон [65].

Згідно зі ст. 1648 ФЦК позов, який випливає із недоліків, що тягнуть за собою розірвання договору, повинен бути пред'явлений набувачем у найкоротший строк в залежності від характеру недоліків, що тягнуть розірвання договору, і відповідно до звичаю місця, де був здійснений продаж [65].

Звичаї ділового обороту є важливим правовим регулятором у праві ФРН. Так, окремі параграфи НЦУ визначають їх як один із можливих критеріїв для оцінки поведінки особи на предмет добросовісності. (Наприклад, пар. 157 встановлює, що договори слід тлумачити відповідно до вимог доброї совісті беручи до уваги звичаї ділового обороту; згідно із пар. 242 боржник зобов'язаний виконати зобов'язання добросовісно, як цього вимагають звичаї ділового обороту. Пар. 310 (1) прямо встановлює, що практика та звичаї, які застосовуються у діловому обороті беруться до уваги до загальних умов правочинів, що укладаються між підприємцями та ін.) [110].

За загальним правилом, встановленим у праві Швейцарії застосування звичаїв можливе за наявності прогалин у законодавчому регулюванні. Так, відповідно до ст. 1 (2) ЦКШ якщо закон не містить необхідної норми суддя повинен приймати рішення, виходячи із звичаєвого права, а за відсутності такого, діяти відповідно до правила, яке він встановлює самостійно, як ніби він був би законодавцем [170].

Водночас, в ряді випадків закон відсилає до звичаїв або практики. Згідно із ст. 5 (2) ЦКШ якщо закон посилається на практику або місцеві звичаї, існуюче кантональне право вважається їх дійсним вираженням, за умови не було вставлено існування відмінної

практики. В свою чергу, якщо федеральний закон обумовлює застосування кантонального права, кантони можуть прийняти або відмовитися від положень цивільного права[170].

Звичаї є джерелом є регулятором поведінки сторін договірних відносин. Так, згідно зі ст. 73 (1) ЗЗ Швейцарії, якщо зобов'язання передбачає сплату відсотків, але їх розмір не встановлений договором, законом або звичаєм, відсотки виплачуються за ставкою 5% річних. Боржник, який зобов'язання раніше встановленого строку не має права на зменшення ціни, якщо сторони не домовилися про інше, або якщо інше не санкціоновано звичаєм [108].

Відповідно до ст. 1 (1-4) ЦК Іспанії «1. Джерелами правової системи Іспанії є закони, звичаї та загальні принципи права. 2 . Будь-яке положення, що суперечить положенню вищої юридичної сили є недійсним. 3. Звичаї застосовуються лише за відсутності законів, що підлягають застосуванню, за умови, що вони не суперечать моралі чи публічному порядку, та що вони є доведеними. 4. Загальні принципи права підлягають застосуванню у випадку відсутності закону чи звичаю, що підлягають застосуванню, за умови, що вони сприяють приведенню в порядок правової системи» [168].

Таким чином, досліджені положення законодавчих актів окремих держав свідчать про те, що звичаї (тобто, недержавні норми), за загальним правилом, використовуються як субсидіарні джерела. У праві ФРН звичаї ділового обороту є одним із можливих критеріїв для оцінки поведінки особи на предмет добросовісності. Національне законодавство, як правило, встановлює певні умови застосування звичаїв: їх несуперечливість законодавству, моралі, доведеність.

Висновки до Розділу ІІ.

Уніфікація – це процес створення та зміни правових норм, однакових для декількох правових систем, а також їх однакового застосування. Припинення правових норм до цього процесу не входить, оскільки уніфікація позначає існування певних правових норм, а не їх відсутність.

Створення або зміна уніфікованих норм відбувається у декілька етапів. Першим етапом є вибір інститутів договірного права, регулювання яких потребує створення або зміни уніфікованих норм. Другий етап полягає у здійсненні порівняльно-правових досліджень правового регулювання інституту чи певного питання у різних національних правових системах. Третім етапом є розробка проекту уніфікованого документу. Четвертим етапом створення чи зміни уніфікованих норм, що регулюють міжнародні договірні зобов'язання, є набуття ними чинності, що залежить від виду документу, у якому містяться уніфіковані норми.

Набуття чинності міжнародними уніфікованими документами може пов'язуватися із здійсненням державою певних процедурних дій.

Для частини міжнародних уніфікованих документів не існує особливої процедури набуття ними чинності. Уніфікація може здійснюватися шляхом запозичення норм міжнародного договору.

Окремим способом уніфікації сучасного права є виділення та застосування принципів права згідно із міжнародними стандартами.

Терміном «гармонізація» доцільно позначати процес створення схожих, але не однакових у різних правових системах норм. Гармонізація може здійснюватися шляхом покладення в основу національного законодавства певної держави типового (модельного) закону чи окремих його положень, розроблених міжнародними урядовими та неурядовими організаціями в результаті порівняльно-правових досліджень та вироблення оптимальної моделі правового регулювання певного інституту.

Гармонізація може здійснюватися і з урахуванням норм міжнародних договорів, якщо вони при цьому зазнають певних змін.

Різновидом гармонізації є розробка національного законодавства або внесення змін до нього з урахуванням положень директив ЄС. Гармонізація права, що регулює договірні зобов'язання, можлива також шляхом використання моделей правового регулювання певних інститутів, притаманних праву зарубіжних країн.

Кодифікація норм міжнародних договорів може розглядатися як різновид уніфікації, якщо вона крім систематизації призводить ще й до створення нових або зміни існуючих правових норм.

Останнім часом спостерігається тенденція до використання методу «прогресуючої кодифікації» з метою створення правових регуляторів МПДЗ.

Міжнародний договір є джерелом регулювання відносин міжнародних приватних договірних відносин, оскільки містить визначені правила поведінки, а також є результатом узгодженої волі держав. Точка зору про те, що міжнародний договір є частиною національного законодавства є небезпечною, оскільки веде до «націоналізації» міжнародного договору, тобто до застосування міжнародного договору відповідно до правил законодавства тієї чи іншої держави, яке не призначене для регулювання відносин з іноземним елементом.

Вибір права недоговірної держави у якості права застосовуваного до договору не дозволяє зробити однозначного висновку про те, що сторони мали на увазі виключити застосування КМКП до їх відносин. Можливо такий вибір означає лише те, що сторони бажали застосування національного права недоговірної держави лише до питань, не врегульованих Конвенцією. Відтак вибір права недоговірної держави без чіткої вказівки на виключення застосування норм КМКП потребує з'ясування волі сторін щодо цього питання.

Визначаючи правові норми, що будуть застосовуватися до міжнародних приватних договірних відносин, необхідно проаналізувати, чи не виключили сторони приватноправового договору застосування міжнародного договору, який за інших умов

підлягав би застосуванню, а також, чи не домовилися сторони про відступ від його окремих норм або зміну дії відповідних положень. При цьому слід мати на увазі те, що реалізація даного права сторін приватноправового договору має певні обмеження.

Міжнародні договори застосовуються і тлумачаться відповідно до норм міжнародного права, а не національного законодавства. Відтак, твердження про те, що вони є частиною національного законодавства не відповідає дійсності.

Звертає на себе увагу те, що ст. 19 (1) ЗУ «Про міжнародні договори України» стосується лише договорів «згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Між тим надання згоди на обов'язковість міжнародних договорів ВРУ не єдиний спосіб надання згоди України на обов'язковість для неї міжнародного договору. Якщо Україна дала згоду на обов'язковість міжнародного договору, вона повинна дбати про його дотримання, не залежно від того у якій спосіб надавалася згода.

У ЄС на сучасному етапі характерним є пошук моделі правового регулювання договірних зобов'язань. Із запропонованих семи можливих варіантів такої моделі Європейський парламент підтримує прийняття Регламенту про введення факультативного документу з європейського договірного права. Враховуючи значущість результатів роботи Експертної групи, створеної для розробки документу, вбачається корисним їх вивчення з метою аналізу та дослідження можливості використання для правового регулювання договірних відносин в Україні.

Призначення lex mercatoria –регулювати міжнародні комерційні відносини, що виникають між приватними особами. Відносини, комерційного характеру, що виникають між державою та приватною особою (наприклад, іноземним інвестором) є предметом регулювання міжнародного економічного права, яке є частиною публічного права.

Джерела lex mercatoria виникають із комерційної практики, яка складається у певній сфері діяльності. Така практика обумовлена не нормами національного права якоїсь держави, а вимогами здорового глузду, уявленнями про чесне ведення справ. Саме тому характеристиками джерел lex mercatoria є недержавний та позанаціональний характер їх походження.

З часом комерційна практика може перетворюватися на міжнародний торговий звичай. Зокрема, це має місце у випадках, коли учасники відповідної сфери діяльності, її постійно дотримуються, що дозволяє зробити висновок про те, що за нею визнається обов'язковість застосування, а також справедливий характер.

Внаслідок процесу уніфікації міжнародні торгові звичаї можуть фіксуватися письмово в результаті чого створюються зводи міжнародних комерційних звичаїв, або типові договори, договірні умови. Оскільки міжнародні комерційні арбітражі зобов'язані вирішувати справи із врахуванням міжнародних торгових звичаїв їх практика сприяє розвитку lex mercatoria і справедливо вважається одним із його джерел.

Крім недержавних норм та практики міжнародного комерційного арбітражу до джерел lex mercatoria можуть бути віднесені й міжнародні договори, що регулюють міжнародні комерційні приватні відносини, якщо вони підлягають застосуванню не в силу обов'язковості встановленої у них самих або актах національного законодавства, а як джерела, у яких зафіксовані міжнародні торгові звичаї.

У разі виникнення спору lex mercatoria може використовуватися як: 1) застосовуване право; 2) джерело для заповнення прогалин у міжнародних конвенціях та інших уніфікованих документах; 3) стандарт тлумачення внутрішнього права, застосовуваного до міжнародних спорів; 4) тлумачення важливих термінів транснаціональної торгівлі; 5) доказ відповідності внутрішнього права міжнародно-визнаним підходам правового регулювання комерційних відносин.

Способи застосування lex mercatoria залежать серед іншого від того, який орган вирішує спір.

Враховуючи те, що норми Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» засновані на положеннях Типового закону, на наш погляд, допустимим є звернення до пояснень ЮНСІТРАЛ з метою тлумачення термінів, вживаних у Законі. ЮНСІТРАЛ розрізняє терміни «правові норми» та «право», що використовуються у Типовому законі. Перший термін позначає як державні так і недержавні норми, другий – національне право певної держави.

У зв'язку із цим, можна стверджувати, що ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» надає сторонам можливість обрати до вирішення спору по-суті як державні так і недержавні правові норми. У випадку відсутності домовленості сторін міжнародний комерційний арбітраж застосовує право певної держави.

На наш погляд, потреби міжнародного ділового обороту визначають необхідність закріплення не лише права сторін обирати недержавні норми, але й право міжнародного комерційного арбітражу, застосовувати недержавні норми як застосовуване право у випадку відсутності угоди сторін про вибір права. У зв'язку із цим пропонуємо у ст. 28 (2) ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» термін «право» замінити терміном «правові норми», оскільки останній охоплює як норми права певної держави так і недержавні правові норми.

У визнанні і виконанні арбітражного рішення не можна відмовити з мотивів суперечливості публічному порядку, якщо арбітраж застосував недержавні норми внаслідок того, що сторони 1) явно обрали недержавне право; 2) уповноважили його діяти у якості дружнього посередника.

У деяких країнах за сторонами спору, що вирішується міжнародним комерційним арбітражем, визнається можливість обрання недержавних правових норм до суті спору (наприклад, Франція, Нідерланди, Україна).

В окремих країнах арбітри наділені правом застосовувати недержавні норми, навіть якщо відсутня домовленість сторін про це, а також якщо сторони не уповноважили арбітраж діяти у якості «дружнього посередника» (Франція, Нідерланди).

У Швейцарії та ФРН сторони арбітражної угоди можуть обрати до вирішення спору по- суті лише право певної держави. Те саме стосується й арбітрів, що вирішують спір за відсутності згоди сторін про вибір застосовуваного права.

У цих країнах звернення міжнародним комерційним арбітражем до недержавних норм як застосовуваного права можливе, якщо сторони уповноважили за його вирішувати спір за справедливістю.

Приймаючи рішення, на підставі lex mercatoria, арбітр не лише застосовує існуючі норми, але й створює нові правила, які він потім застосовує ретроспективно. Непрямо це

підтверджується Trans-Lex Принципами, які виводяться, серед іншого, з рішень міжнародних комерційних арбітражів, та кількість яких постійно зростає.

Досліджене законодавство окремих країн не дозволяє сторонам договору обрати недержавні правові норми у якості засновуваного права для вирішення спору у державному суді. Однак, сторони можуть домовитися, що такі норми будуть застосовуватися до регулювання тих питань, що віднесені законодавцем на розсуд сторін, і не можуть суперечити імперативним нормам застосовуваного державного права.

У міжнародних комерційних відносинах сторони повинні мати можливість вибору недержавних правових норм у якості застосовуваного права, яка повинна визнаватися й у тих випадках, коли спір вирішується державними судами.

За змістом угода сторін про вибір недержавних правових норм може бути двох видів: 1) із чітким зазначенням документу, норми якого сторони бажають застосовувати до вирішення спору по-суті; 2) містити загальні формулювання з приводу того, що до договору застосовуються норми lex mercatoria, загальні принципи права і т.п.

Якщо недержавні норми, обрані за допомогою угоди першого виду, не дозволяють повною мірою врегулювати спірні питання, що виникають у зв'язку із договором, вони повинні вирішуватися на підставі права держави, що визначається судом на підставі застосовуваних колізійних норм.

У разі укладення угоди про вибір права другого виду застосуванню підлягають норми, що: 1) відносно цілісно регулюють договірні зобов'язання; 2) мають міжнародне визнання (підтвердженням якого є їх застосування міжнародними комерційними арбітражами та державними судами різних країн); 3) містять у собі імперативні норми. На сьогодні, на наш погляд, до них можна віднести Принципи УНІДРУА, PECL, PEL, DCFR, Принципи Trans-Lex.

Застосування недержавних норм у якості застосовуваного права повинно обмежуватися вимогами добросовісності та чесного ведення справ, публічним порядком та надімперативними нормами держави, суд якої вирішує спір.

Досліджені положення законодавчих актів окремих держав свідчать про те, що звичаї (тобто, недержавні норми), за загальним правилом, використовуються як субсидіарні джерела. У праві ФРН звичаї ділового обороту є одним із можливих критеріїв для оцінки поведінки особи на предмет добросовісності. Національне законодавство, як правило, встановлює певні умови застосування звичаїв: їх несуперечливість законодавству, моралі, доведеність.

III. Проблеми реалізації принципу свободи договору у регулюванні міжнародних приватних договірних зобов'язань.

3.1. Матеріальна свобода сторін договору за правом окремих держав та у міжнародних уніфікованих документах

Матеріальна свобода сторін договору полягає у їх можливості вступати у договірні відносини (укладати договір), обирати контрагента, визначити зміст договору, змінювати та припиняти його.

Матеріальна свобода договору була предметом доктринальних досліджень у контексті окремих національних правових систем [218; с.38-39], [321], [418; с.5-39], [214], [233; с.206-210], [200; с.153-166], [362; с.10-12], [560; с.7-8], [480; с.13-42], [494; с.7-12], системи lex mercatoria [339; с.225, 233, 234,245], [512; с.447-468], [391; с.66-70] правового регулювання зовнішньоекономічних договорів в Україні [215].

Слід відзначити, що принцип свободи договору може бути прямо закріплений у законодавстві, або випливати з окремих норм.

Прикладами прямого закріплення є, зокрема, норми ст. ст. 6, 627 ЦК України; ст. 380 (1) ЦК РК, відповідно до якої громадяни і юридичні особи вільні в укладенні договору [9]; ст. 1322 ЦК Італії, згідно з якою (1) сторони можуть вільно встановлювати зміст договору у межах, встановлених законом; (2) сторони також можуть укладати договори, що не належать до типів регульованих договорів, за умови, що вони спрямовані на реалізацію інтересів, що заслуговують захисту відповідно до правопорядку[432; с.31].

Водночас, в інших державах принцип свободи договору прямо не зафіксований у законодавстві, однак тлумачення окремих норм права дозволяє зробити висновок про визнання цього принципу у даній державі. Наприклад, ст. 2 (1) Конституції (Основного закону) ФРН встановлює, що кожна особа має право на вільний розвиток її особистості тією мірою, якою вона не порушує прав інших осіб або не порушує конституційний порядок чи закони моралі [436].

На думку Федерального Конституційного Суду, принцип свободи договору, будучи конкретизованим принципом приватної автономії, має конституційну цінність, оскільки він (хоча й не прямо) включений до Основного закону, який гарантує кожній особі право на вільний розвиток її особистості [544; с.9]. При цьому, як зазначає Р. Циммерман, «…свобода договору не є самоціллю. Швидше вона повинна розглядатися як засіб сприяння самовизначенню тих, хто бажає укласти договір» [563; с.205].

За німецьким правом принцип свободи договору складається зі свободи укладати договір та свободи не укладати його [544; с.9]. Крім того, сторони можуть вільно визначати зміст договору «тією мірою, якою він не порушує прав інших осіб, конституційний порядок чи норми моралі». Разом із тим, сторони повинні узгодити істотні умови. Наприклад у договорі купівлі-продажу повинен бути визначений предмет та ціна, інакше договір є недійсним. Разом із тим, більшість положень німецького законодавства, що регулює договірні зобов'язання є диспозитивними [521; с.7].

Схожа ситуація спостерігається й у Республіці Польща. Принцип свободи договору тут не закріплений Цивільним кодексом. Разом із тим ст. 31 Конституції Республіки Польща встановлює, що свобода особи отримує правовий захист, а також те, що кожен зобов'язаний поважати свободи та права інших [173]. Конституційний трибунал Республіки Польща називає дані положення «конституційними нормами приватного права, що випливають з ідеї ліберальної демократичної держави, відповідно до якої свобода особистості – найвища цінність» і вбачає зв'язок ними та принципом свободи договору [112; с.10].

ФЦК також прямо не встановлює принципу свободи договору. При цьому вважається, що свобода договору непрямо закріплена у ст. 1123[46], а також a contrario у ст. 6[47] (сторони вільні укладати договори, що не суперечать публічному порядку та добрим нравам) [544; с.10].

[46] Відповідно до ст. 1123 ФЦК будь-яка особа може укладати договір, якщо тільки вона не оголошена недієздатною за законом [65].
[47] Відповідно до ст. 6 ФЦК не можна порушувати приватними угодами закони, що стосуються публічного порядку та добрих нравів [65].

Аналізуючи французький підхід до розуміння принципу свободи договору варто згадати *Пропозиції*[48].

Розробники цього документу проаналізували проблеми застосування ФЦК і запропонували своє бачення можливих змін до нього. Принцип свободи договору знайшов відображення у окремих статтях *Пропозицій*. Так, наприклад, відповідно до ст. 1104 *Пропозицій* сторони вільні розпочати, продовжувати та припиняти переговори, проте ці дії мають відповідати вимогам добросовісності. Згідно зі ст. 1127 *Пропозицій* за загальним правилом, для укладення договору достатньо простої згоди сторін, незалежно від форми у якій вона може бути виражена. Ст. 1134 *Пропозицій* закріплює право сторін змінити або припинити договір за взаємною згодою[49].

Розробники *Пропозицій* П. Делебек (P. Delebecque) та Д. Мазед (D. Mazeaud) виділяють наступні прояви свободи договору. По-перше, свобода у період переддоговірних переговорів. Це виявляється, зокрема, у тому, що сторони вільні вступати у дискусію, проводити переговори та завершити їх таким чином і тоді, як вони вважають за необхідне. При цьому сторони не несуть відповідальності просто за те, що переговори були перервані і це переривання нанесло шкоду одній із сторін, що брала них участь. По-друге, свобода договору виявляється на стадії обміну офертою та акцептом. З одного боку оферент має одностороннє право відкликати оферту. З іншої сторони, акцептант не може бути пов'язаним договірним зобов'язанням, якщо він не відреагував на отримання оферти. Третій прояв свободи договору розробники Пропозицій бачать у «інструментах, які сторони, що ведуть переговори, можуть використовувати з погляду укладення остаточної угоди: договір, з приводу якого ведуться переговори, одностороння обіцянка укласти договір та переважна угода» [523; с.26].

---

[48] *Пропозиції* (Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription) - документ, підготований групою видатних французьких юристів та суддів у відставці, під керівництвом Пьєра Катала (Pierre Catala), яким пропонується внести зміни та доповнення до ФЦК. У 2005 році Пропозиції були подані на розгляд Міністерства Юстиції Франції. (В електронному вигляді (в англ. перекладі) цей документ доступний як [523]).
Пропозиції є предметом досліджень та наукового інтересу як у Франції так і за її межами. Свідченням цього є праця, підготована колективом авторів під егідою Оксфордського інституту Європейського та порівняльного права, орієнтована на те, щоб донести зміст Пропозиції до англомовної аудиторії, а також висвітлити дискусійні питання щодо найважливіших із запропонованих змін та доповнень до ФЦК. Мова йде про [526].

[49] Розробники Пропозицій створили власну нумерацію статей цього документу, що не пов'язана із нумерацією статей ФЦК.

Швейцарське законодавство також прямо не закріплює принципу свободи договору, хоча безумовно визнає його. Проявами принципу свободи договору за швейцарським правом є свобода укладати чи не укладати договір, а також визначати зміст договірних положень. За загальним правилом ніхто не зобов'язаний укладати договір, якщо тільки спеціальна норма законодавства цього не встановлює, наприклад, для договорів у сфері громадських перевезень та інших публічних послуг та у випадках, що регулюються антимонопольним законодавством. Кожна сторона на власний розсуд може встановлювати зміст умов договору. Це стосується не лише можливості сторін визначити їх взаємні зобов'язання, але також наслідки невиконання. Свобода договору за швейцарським правом означає також те, що деякі типи договорів є допустимими, навіть якщо вони не мають явно вираженої правової основи. Наприклад, угода, що припиняє раніше укладений договір або змінює його умови (можливість укладення якої випливає зі ст. 115 ЗЗ Швейцарії [108]); договір, що створює зобов'язання для однієї чи обох сторін укласти договір у майбутньому (можливість укладення такого договору випливає зі ст. 22 ЗЗ Швейцарії); договір на користь третьої особи (можливість укладення випливає зі ст. 112 ЗЗ Швейцарії); договір, що замінює сторону договору іншою стороною. Свобода договору у Швейцарії полягає й у свободі відступити від типів договорів, як вони представлені у спеціальній частині ЗЗ Швейцарії [446; с.105].

У праві Нідерландів принцип свободи договори не має законодавчого закріплення, однак він визнається і розуміється так, як у PECL [473; с.33].

Вважається, що в англійському праві принцип свободи договору знаходить своє коріння у економічній теорії *laissez-faire* (фр. – дозольте (їм) робити) (теорія невтручання), саморегулювання ринку за допомогою ринку попиту та пропозиції та ідеї, що непотрібно заважати особі в її договірних зусиллях, оскільки договірна сторона є найкращим суддею та найкращим захисником своїх інтересів [544; с.11]. Теорія laissez-faire завоювала свою популярність завдяки політичним філософам. Першим, хто письмово вжив фразу laissez-faire, був маркіз д'Арженсон (1751 р.). Маркіз відстоював свободу торгівлі. Він говорив, що керувати краще - означає керувати менше. В Англії дана теорія розповсюдилася

завдяки роботам Бентама, Вейтлі, Бастіа [290; с.265-278]. Принципи *laissez-faire* мали значний вплив на суддів і прецедентне право [442; с.249].

Цю доктрину пов'язують із розвитком формалізму у праві. При цьому формалізм розумівся як спроба віднести право до однієї із рубрик науки. Це призводило до висновків про те, що: 1) право засновано на абстрактних правових теоріях і принципах, які могли б бути виведені з прецедентів; 2) існує тільки один правильний спосіб прийняття рішення по справі.

Формалісти прагнули створити формальні загальні теорії, які забезпечують рівномірність, визначеність і передбачуваність правових механізмів і які чітко відмежують право і мораль. Формалізм створював враження, що принципи договірного права випливали з нейтральних, вільних від політичного впливу принципів, створених ринком.

Спроба відмежувати право від політики була основним прагненням американських юристів. Це сприяло пошуку фіксованих принципів, які б керували великою кількістю випадків без занадто детального заглиблення у факти. Як наслідок, кожен закон, який не вписувався в модель вільного ринку був визначений як такий, що знаходяться поза договірним правом, так само як і деякі інші системи норм: корпоративного, фабричного, будівельного права і т.п. Водночас не зважаючи на те, що 19 ст. було розквітом святості контрактів і доктрини laissez-faire, це був також період, коли Британія створювала сучасну державну машину. Тому попри широку підтримку вільного ринку, роль держави і державного регулювання значно розширилася. Зростання професійної бюрократії призвело до зростання законодавчої та регуляторної діяльності. Ця зміна у характері та кількості законодавства справила вплив на саму ідею суспільства, заснованого на договорі. Зростання законодавчої активності призвело до відмови судів від відкрито законотворчої діяльності. І до 1870 року вплив індивідуалізму значною мірою був зруйнований, і замінений іншим порядком, в якому контроль, регулювання, ліцензування стали домінуючим способом організації суспільства [442; с.248-251]. Крім того, англійські судді були сильнішими у здійсненні правосуддя прагматичним способом, ніж в наданні теоретичних обґрунтувань для їх вирішення.

Тому, як відмічають дослідники, *laissez-faire* і доктрина свободи договору мали набагато більший вплив на договірне право США, ніж Англії. Американські судді 19 ст.

дотримувалися ідеології, відповідно до якої договір відігравав важливу роль у сприянні економічному розвитку та вільній конкуренції, і був ворожим до законодавчого чи адміністративного регулювання.

Під цим впливом, Верховний суд США в рішенні від 1905 р. (*Lochner v. New York*) [608] підніс принцип свободи договору до рівня священного конституційного принципу. У цій справі суд постановив, що «свобода договору» випливає з принципу належної правової процедури (Due Process Clause), гарантованого чотирнадцятою поправкою до Конституції США.

Справа стосувалася Нью-Йоркського закону, який обмежував кількість годин, протягом яких пекар міг працювати кожен день, - до 10, і кількість годин, протягом яких пекар міг працювати на тиждень, - до 60. П'ятьма голосами проти чотирьох Верховний суд відхилив аргумент, що закон повинен захищати здоров'я пекарів, вирішивши, що трудове законодавство намагається регулювати умови договору найму, назвавши при цьому законодавство «необґрунтованим, непотрібним і таким, що довільного втручається у право і свободу особистості укладати договір».

Однак, це рішення Верховного Суду США викликало різку критику, яка призвела до того, що абсолютність свободи договору похитнулася [442; с.251].

Аналізуючи матеріальну свободу сторін договору, варто відзначити, відсутність єдності розуміння змісту свободи договору . Для одних авторів характерним є загальний підхід щодо елементів свободи договору, інші – встановлюють деталізовані переліки її складових. Визначаючи зміст свободи договору, Й.О. Покровський виділяв його позитивне та негативне вираження. Негативний прояв принципу договірної свободи[50] полягає у тому, що проти своєї волі ніхто не зобов'язаний вступати у договір. Позитивний бік принципу договірної свободи виявляється у праві приватних осіб укладати договори будь-якого змісту [365; с.250].

Т.В. Боднар визначає наступні елементи свободи договору: свободу щодо укладення договору, свободу щодо вибору контрагента, а також свободу визначення умов договору [218; с.38-39].

[50] Слід відзначити, що у доктрині Т.В. Боднар була висловлена пропозиція щодо розмежування понять «свобода договору» та «договірна свобода» [218; с.49]. Однак, у цьому дослідженні згадані терміни вживаються як синоніми.

Аналізуючи свободу договору у сучасному цивільному обороті М.І. Брагінський виокремлює три її прояви: 1) визнання громадян та юридичних осіб вільними в укладенні договору; 2) надання сторонам можливості укладати будь-який договір як передбачений так і не передбачений законом чи іншими правовими актами; 3) свободу сторін визначати умови договору, який вони укладають [220; с.153].

Ю. Базедов виділяє наступні аспекти свободи договору: свободу укладати договір, свободу обирати партнера за договором, свободу класифікації та змісту договору, свободу форми договору, свободу модифікації договору [201; с.91-93].

М.Ф. Казанцев до елементів свободи договору відносить свободу укладення договору, свободу вибору контрагента договору, свободу вибору місця укладення договору, свободу вибору часу укладення договору, свободу визначення форми договору, свободу вибору виду договору, свободу визначення змісту умов договору, свободу розірвання договору [276; с.148].

Деякі автори подрібнюють кожен з елементів свободи договору, встановлюючи, таким чином, їх більш розгалужений перелік.

Так, наприклад, Н.В. Кузнєцова класифікує елементи свободи договору, поділяючи їх на три основні групи. До першої групи автор відносить елементи свободи, які характеризують процес укладення цивільно-правового договору. До них Н.В. Кузнєцова відносить: свободу вирішення питання про те, укладати договір або ні; свободу вибору виду договору; право сторін укладати змішані або комплексні договори; вибору контрагента за договором; юридичну рівність сторін при укладенні договору; свободу вибору форми договору в межах, встановлених законом; свободу визначення моменту укладення договору; свободу вибору способу укладення договору; непідвідомчість судам переддоговірних спорів [315; с.90].

На наш погляд, юридична рівність сторін не є елементом свободи договору, а швидше за все передумовою її реалізації та окремим принципом реалізації прав то обов'язків сторін. Як вдало зазначив М.І. Брагінский «свобода договору перетвориться на

фікцію, якщо тільки всі інші принципи не будуть реалізовані у цивільному законодавстві та практиці його застосування» [220; с.153].

Крім того, виокремлення такого елементу свободи договору як непідвідомчість судам переддоговірних спорів вірогідно здійснена автором на підставі ст. 446 ЦК РФ, яка є однією із підстав передачі розбіжностей, що виникли при укладенні договору, на вирішення суду, вказує угоду сторін.[51]

Проте, складно погодитися із тим, що непідвідомчість судам переддоговірних спорів є елементом свободи договору. На наш погляд, підвідомчість (чи непідвідомчість) спорів судам не пов'язана із договірною свободою. Так, навіть спір, підвідомчий суду, можна вирішити у позасудовому порядку, наприклад, шляхом переговорів, з використанням інших способів, зокрема, шляхом звернення до третейського суду або за допомогою медіації.

До другої групи елементів свободи договору Н.В. Кузнєцова відносить ті, що належать до змісту договору, що укладається: 1) свободу формування умов договору; 2) диспозитивність норм, що регулюють договірні відносини; 3) свобода вибору способу забезпечення виконання зобов'язань по договору; 4) свободу встановлення заходів цивільно-правової відповідальності за порушення договірних зобов'язань та їх співвідношення один з одним; 5) встановлення в законодавстві окремих договірних умов оціночними поняттями [315; с.90].

Вважаємо, що диспозитивність норм, що регулюють договірні відносини, а також визначення в законодавстві окремих договірних умов оціночними поняттями не є елементом свободи сторін договору, оскільки сторони договору, як правило, не можуть впливати на формування змісту норм законодавства. Швидше за все диспозитивніть норм створює підґрунтя для реалізації договірної свободи, але сама по собі не є проявом свободи сторін договору.

[51] У проекті Федерального закону від 27.04.2012 № 47538-6 було запропоновано ввести до ст. 446 ЦК РФ новий абзац наступного змісту: «розбіжності, що виникли при укладенні договору, які не були передані на розгляд суду протягом шести місяців з моменту їх виникнення, не підлягають вирішенню у судовому порядку» [45].

Також складно погодитися із тим, що вживання оціночних понять у законодавстві є елементом прояву свободи договору, оскільки у випадку виникнення спору відповідні договірні умови будуть піддані оцінці правозастосовчим органом, яка буде здійснюватися в залежності від відповідності окремих договірних умов тому чи іншому оціночному поняттю. Таким чином, посилання на оціночні умови у правовій нормі не є проявом свободи сторін договору, а навпаки є проявом законодавчого обмеження свободи сторін договору. Наприклад, якщо норма законодавства дозволяє продавцеві розпорядитися неприйнятим покупцем (одержувачем) товару у розумний строк (ч. 2 ст. 690 ЦК України), це означає, що право продавця на розпорядження товаром обмежене «розумністю строку», яка (у випадку виникнення спору) буде оцінюватися судом або іншим правозастосовчим органом.

Третю групу елементів свободи договору за визначенням Н.В. Кузнєцової складають права контрагентів, пов'язані із зміною та розірванням договорів. До них автор відносить свободу встановлення в договорі не передбачених законом підстав для зміни та розірвання договору, а також свободу встановлення строків для повідомлення про розірвання договору [315; с.90]. Крім того, визначення прав та зміну та розірвання договору складовими змісту свободи договору є підставою для висновку, про те, що даний принцип «діє не лише на стадії укладення договору, але й на стадії існування договірного зобов'язання» [303].

В цілому слід підтримати точку зору про те, що права на зміну та розірвання договору є проявами свободи сторін договору. Водночас стосовно свободи встановлення у договорі непередбачених законом підстав для розірвання договору, варто відзначити різні позиції національних законодавств щодо цього. Так, ст. 450 (1) ЦК РФ дійсно допускає зміну чи розірвання договору за згодою сторін (якщо інше не передбачено ЦК РФ, іншими законами чи договором), не встановлюючи жодних вимог щодо підстав такого зміни чи розірвання, а також строків надіслання повідомлення. Аналогічний підхід спостерігається у ст. 651 (1) ЦК України.

Разом із тим, у Франції, не зважаючи на те, що ФЦК не забороняє включення до договору умов, відповідно до яких договір може бути розірваний (без звернення до суду), реалізація прав, що випливають із таких договірних умов залежить від певних чинників.

Наприклад, вважається, що застереження на односторонню відмову від договору повинно вказувати на конкретне порушення (або перелік порушень) конкретного зобов'язання чи зобов'язань і не може бути сформульовано загальним способом для усіх видів порушень договору. Французькі суди, як правило, тлумачать сумніви і неясності формулювань про процедуру розірвання, на користь збереження порядку, передбаченого ст. 1184 ФЦК[52]. Крім того, суд може відмовити в праві на використання договірної умови про розірвання договору, посилаючись на порушення принципу добросовісності [288; с.45].

Таким чином, більшість дослідників до елементів матеріальної свободи договору відносить свободу укладали договір (у т.ч. визначати контрагента) та визначати його умови (у т. ч. змінювати їх). Свобода розірвання договору за згодою сторін також визнається багатьма авторами, проте національне право окремих країн може визначати спеціальні умови реалізації цього прояву свободи договору.

У сучасному англо-американському праві свобода договору « не є і не може бути вседозволеністю» [355; с.84]. Свобода договору дозволяє контрагентам створювати «своє приватне право», яке поряд із судовим правом і законодавством є загальним джерелом права [355; с.84]. При цьому в англо-американському праві виділяють позитивну свободу договору, тобто, свободу укладення договору, та – негативну. Остання полягає у праві відмовитися від укладення договору, до його укладення, під час переговорного процесу [355; с.85].

Проф. К. Осакве виділяє 20 елементів свободи договору у англо-американському праві [355; с.86].

Також, він звертає увагу на односторонню свободу оферента. ЇЇ найбільш повним проявом є право оферента у будь-який момент може відізвати оферту до її акцепту адресатом. При цьому в англо-американському праві таке право є абсолютним. Його обмеження є лише у праві справедливості та у статутному праві [355; с.87].

Принцип свободи договору непрямо закріплений також і у міжнародних документах. Зокрема, свобода договору у КМКП виявляється у тому, сторони можуть виключати

[52] Ст. 1184 (3) ФЦК встановлює обов'язковість звернення до суду для розірвання договору. При цьому «відповідачеві може бути надана відстрочка в залежності від обставин» [65].

застосування Конвенції або, за умови додержання статті 12, відступати від будь-якого з її положень чи змінювати його (ст. 6). Іншими словами свобода договору у КМКП розуміється, перш за все, як свобода обирати правові норми, що регулюють договір купівлі-продажу. При цьому дискусійним є питання про те, як саме сторони договору купівлі-продажу мають обрати відповідні правові норми.

Ст. 11 КМКП встановлює свободу форми договору (яка обмежується, якщо хоча б одна зі сторін має своє комерційне підприємство в договірній державі, яка зробила заяву на підставі статті 96 цієї Конвенції).

Непряме закріплення одного із елементів свободи договору – свободи обирати правові норми, що застосовуються до договору міститься й у ст. 3 Конвенції про міжнародний факторинг, згідно з якою застосування Конвенції може виключатися сторонами договору факторингу або сторонами договору купівлі-продажу товарів стосовно грошових вимог, що випливають тоді, коли фактор був письмово повідомлений про це виключення або після цього.

Зі ст. 27 Монреальської конвенції випливає, що свобода договору у ній полягає у: 1) свободі відмовитися від укладення договору перевезення; 2) свободі відмовитися від будь-яких засобів захисту, передбачених цією Конвенцією; 3) свободі встановити умови, які не суперечать цій Конвенції.

У PECL принцип свободи договору отримав пряме та непряме закріплення. Прямо даний принцип закріплений у ст. 1:102 PECL, відповідно до якої: «1) Сторони вільні укладати договір і визначати його зміст, відповідно до вимог добросовісності і чесності, а також імперативних норм, встановлених цими Принципами. (2) Сторони можуть виключити застосування будь-якого з Принципів, відступати від них або змінювати їх наслідки, за винятком випадків, передбачених цими Принципами» [502; с.99].

Вважається, що непрямо свобода визначати зміст договору виявляється у свободі визначати місце виконання договору (ст. 7:101 (1) PECL), час виконання зобов'язання (ст. 7:102 (PECL), валюту платежу (ст. 7: 108 PELC) та ін. статтях [544; с.7].

Ст. 2:301 PECL дає підстави для висновку, що PECL закріплює свободу сторін на переддоговірній стадії.

Принципи УНІДРУА визначають свободу договору як: свободу укладати договір та визначати його зміст (ст. 1.1.); свободу форми договору (в силу ст. 1.2. Принципів УНІДРУА існування договору, заяви чи будь-якого іншого акту може бути доведено у будь-який спосіб, включаючи свідчення свідків. Непряме закріплення принцип свободи договору отримав у окремих ст.ст. Принципів. Так, наприклад, із ст. 1.3. випливає свобода сторін змінювати та припиняти договір; із ст. 2.15. – свобода ведення переговорів.

Trans-Lex Принципи визначають принцип свободи договору як свободу сторін укладати договір та визначати його зміст (п. IV.1.1.) [176].

Принцип свободи договору закріплений у ст. II. – 1:102 (1) DCFR, згідно з якою: «Сторони можуть укласти договір або інший юридичний акт і визначити його зміст, з урахуванням будь-яких застосовних імперативних норм». Свобода укладення договору зазвичай розуміється як свобода обирати контрагента, свобода визначати зміст договору, а також змінювати його або припиняти договір. Ця ідея знайшла відображення у ст.ст. II-1:102 (3), III. – 1:108 (1), II. -1:103 (1), III – 1:109 (2) DCFR.

Згідно з *Керівними принципами*, складовими частинами свободи договору є свобода сторін вступати у договір, яка в свою чергу складається із свободи обирати контрагента за договором та свободи сторін визначати зміст та форму договору (ст. 0-101); а також свободи змінювати чи припиняти договір. Проявом такої свободи є також одностороння відмова від договору, укладеного на невизначений період (ст. 0-103) [544; с.5].

У праві ЄС принцип свободи договору був визнаний у рішеннях ЄСС [604],[580]. Він також був вказаний Європейською комісією як ключовий для майбутнього розвитку європейського договірного права [64]. Принцип свободи договору є таким, що захищається ст. 16 Хартії основних прав Європейського Союзу («Свобода здійснення підприємницької діяльності») [107].

Свобода сторін договору визначати його зміст серед іншого означає можливість укладення як поіменованих так і непоіменованих договорів. Кваліфікація договору як поіменованого ставить сторони перед необхідністю дотримуватися існуючих по відношенню до даного договірного виду імперативних норм (наприклад, щодо форми,

істотних умов і т.д.), а також заповнювати прогалини, що існують у договорі на підставі диспозитивних норм, що можуть застосовуватися до даного договірного виду. У зв'язку із цим виникають питання, які ознаки договору дозволяють віднести його до поіменованих і, відтак, в якому випадку можна стверджувати, що договір є непоіменованим, і застосовувати відповідні наслідки.

Те явище, яке у сучасному праві іменується «непоіменованістю договору», відоме ще з часів римського права, яке визнавало юридично дійсними лише ті договори, які могли бути підведені під той чи інший тип, передбачений законом (contractus). Нетипові договори, навіть якщо вони не суперечили закону і добрим нравам, юридичної сили не мали і були «голими» угодами (nuda pacta) [365;126]. Правда зі сплином часу, як відмічає І.Б. Новицький, деякі з таких договорів отримали правовий захист [352; с.149].

Сучасні цивільні кодекси, як правило, не вживають термінів «поіменовані» та «непоіменовані» договори. Виключення складають цивільні кодекси Луізіани (США)[53] та канадської провінції Квебек. Так, Розділ II Книги V ЦК Квебеку має назву «Поіменовані договори» та вміщує норми, що регулюють 18 договірних типів [62]. Проте, визначення поняття «поіменований договір» у ЦК Квебеку не міститься. Ст. 1914 ЦК Луізіани визначає поіменовані договори як «такі, що мають спеціальне позначення, наприклад, продаж, оренда, позика чи страхування. Непоіменованими є договори, які не мають спеціального позначення» [139].

У цивілістичній доктрині Греції вважається, що поіменованими договорами є договори, що регулюються спеціальними положеннями цивільного кодексу. І, відповідно, непоіменованими є ті, що не врегульовані спеціальними нормами цивільного кодексу і до яких, відтак, застосовуються загальні норми зобов'язального права [540; с.209].

Визначення поіменованих та непоіменованих договорів в інших країнах може дещо відрізнятися, що пов'язано із специфікою законодавчих формулювань. Так, наприклад, для доктрини українського цивільного права характерним є розуміння непоіменованого

[53] При цьому, як зазначає проф. К. Осакве в англо-американському загальному праві договір не поділяється на поіменований та непоіменований. Водночас американське статутне право, зокрема, ЄТК США виділяються деякі види поіменованих договорів. Англійське статутне право також виділяє один вид поіменованого договору у Sales Act (Законі «Про купівлю-продаж») [355; с.87].

договору як договору, непередбаченого актами цивільного законодавства, але такого, що відповідає його загальним засадам [218; с.51-52]. Дана точка зору, обумовлена формулюванням ст. 6 (1) ЦК України.

Стаття 421 (1) ЦК РФ є підставою для висновку російських цивілістів про те, що непоіменовані договори являють собою цивільно-правові договори, які не передбачені законом чи іншими правовими актами РФ, але не суперечать їм [224; с.3].

Стаття 1107 (1) ФЦК поширила загальні правила титулу III на всі договори, незалежно від того, чи мають вони відповідну назву. Таким чином, будь-який договір, який має законну і не суперечливу добрим нравам і публічному порядку каузу, отримав судовий захист за французьким правом [238; с.127].

Крім того, зі ст. 1107 (2) ФЦК випливає, що до окремих договорів застосовуються норми, які містяться в інших титулах ФЦК, присвячених кожному із таких договорів, а до торгових договорів – норми, що містяться у законах, які стосуються торгівлі.

У зв'язку із цим, «поіменовані» або «спеціальні» договори за французьким правом – це договори, що належать до певних договірних типів (продажу, найму, партнерства), класифіковані у французькому праві, як такі, що втілюють певні правочини, і чиї характеристики встановлені ЦК чи іншим законодавством. «Непоіменовані» договори – це договори, чиї характеристики не встановлені законодавством, але які регулюються загальними принципами договірного права [526; с.489].

Таким чином, у більшості правових систем «поіменованість» договору означає його «передбаченість» спеціальними нормами цивільного кодексу відповідної держави, або іншого нормативно-правового акту.

Водночас, слід відмітити відсутність єдності щодо розуміння нормативної «передбаченості» поіменованого договору. Так, А.Г. Карапетов та О.І. Савєльєв відмічають, що «поіменованість договору повинна означати щось більше, ніж просто його згадку у тексті закону» [289; с.18]. Вони вказують на те, що про поіменованість договору дозволяє говорити про його позитивне регулювання, наприклад, вимоги щодо форми,

істотних умов, прав та обов'язків сторін [289; с.18].

Є.А. Батлєр відзначає, що непоіменованим є договір, який не має назви. На його думку, відсутність назви також означає некваліфікованість договору, тобто неможливість його віднесення до певного типу, виду, роду [205; с.12].

На думку М.І. Брагінського, «визнання спірного правовідношення договором непоіменованим, означає, крім іншого, відсутність регулювання не лише виду, але й відповідного йому типу» [220; с.409]. При цьому автор визначає окремий тип договору, як договір якому присвячена спеціальна глава ЦК. Таким чином, якою б не була специфіка того чи іншого договору, він не може вважатися договором sui generis, якщо існує спеціальний тип договорів, передбачених ЦК [220; с.409].

Ю.В. Романець виділяє різні групи непоіменованих договорів: договори, непередбачені ЦК (тобто, договори непоіменованого типу), а також, договори предметом яких є «нове зобов'язання, що має ознаку, яка виділяє передбачений у ЦК тип договору» (тобто, договори непоіменованого виду поіменованого типу)» [379].

Необхідно відзначити, що DCFR не вживає понять «поіменований» та «непоіменований договір». Хоча книга IV Модельних правил, яка регулює «Спеціальні договори та права та обов'язки, що випливають із них», містить норми присвячені 8 типам (або за термінологією DCFR – категоріям) договорів, окремі з яких (наприклад, договори послуг) розподіляються на види.

Разом із тим, ст. II. – 1:107 Модельних правил DCFR, визначаючи різні моделі змішаних договорів, розподіляє їх на ті, частини яких підпадають під дві або більше категорій договорів, що спеціально врегульовані у Модельних правилах DCFR, а також на ті частина яких може бути віднесена до однієї із таких категорій, а інша частина може бути віднесена до договорів, що регулюються нормами Модельних правил, застосовуваних до договорів в цілому.

Звідси випливає, що Модельні правила DCFR допускають можливість укладення договорів, не врегульованих їх спеціальними нормами, але таких, до яких можна застосувати загальні положення DCFR щодо договорів.

Стосовно розуміння поіменованості договору слід зауважити наступне. Авторові цього дослідження близька точка зору, в основі якої не буквальне тлумачення слова «поіменований» (або «непоіменований»), а мета задля якої договори класифікують на «поіменовані» та «непоіменовані». Загально відомим є те, що вона здійснюється задля того, щоб застосувати спеціальні правові норми до певної договірної моделі, що відповідає ознакам поіменованого договору. Тому автор підтримує позицію, що поіменованим є договір, який має позитивне регулювання у законодавстві. Це, зокрема, може виражатися у тому, що у ньому встановлюється назва договору, його істотні умови, вимоги до суб'єктного складу, порядку укладення, форми тощо.

При цьому важливим є питання про те, у якому саме законодавстві може міститися таке регулювання. Як було показано вище, ЦК України пов'язує поіменованість договору із його закріпленням «цивільному законодавстві»; ЦК РФ - у «законах чи інших правових актах РФ»; ЦК Квебеку – у ньому самому.

Таким чином, буквальний аналіз положень ЦК України дає підстави для висновку, що, наприклад, договір на проведення екологічного аудиту, передбачений ЗУ «Про екологічний аудит» від 24 червня 2044 року № 1862, є непоіменованим з точки зору цивільного права, оскільки ні зазначений закон, ні інші акти законодавства, що встановлюють вимоги до цього договору [42], безумовно не є актами цивільно-правового законодавства.

У доктрині РФ закони чи інші правові акти РФ, про які йдеться у ст. 421 (2) ЦК РФ, характеризуються тим, що вони повинні мати цивільно-правовий характер. «Наявність спеціального регулювання іншого характеру (наприклад, податкового) саме по собі навряд чи може бути підставою для визнання договору поіменованим» [289; с.18]. У зв'язку із цим наводиться приклад норм Податкового кодексу РФ, який передбачає податкові наслідки договорів надання персоналу, які не мають спеціальної регламентації на рівні цивільного

законодавства [289; с.18].

Стаття14 (14.1.183) ПК України також передбачає можливість укладення угод про надання персоналу. При цьому послуга із надання персоналу визначається як «господарська або цивільно-правова угода» [41]. Виникає питання, чи можна вважати угоду про надання персоналу поіменованою, якщо ПК України називає її «цивільно-правовою угодою». На наш погляд, -ні, оскільки те, що ПК України відніс її до цивільно-правових не означає, що вони отримали спеціальне регулювання у цивільному законодавстві, з яким, як зазначалося, пов'язується поіменованість договору.

Залежність поіменованості договору від його урегульованості цивільним законодавством вимагає відповіді на питання, що саме охоплюється цим поняттям. В Україні відповідь на нього міститься у ст. 4 ЦК України, яка визначає склад актів цивільного законодавства України.

В РФ спостерігається дещо інша ситуація, викликана тим, що законодавець пов'язує поіменованість договору із його закріпленням у законах чи інших правових актах РФ. У зв'язку із цим пропонується, щоб договори, врегульовані міжнародними договорами РФ, вважалися поіменованими. Якщо ж приватноправовий договір, врегульований міжнародним договором, що не є частиною національного порядку РФ, він повинен кваліфікуватися як непоіменований [205; с.10].

Звичайно, сьогодні законодавство деяких держав містить норму про те, що міжнародні договори певної держави (або згода на обов'язковість яких надана певним державним органом) є частиною національного законодавства (ст. 16 ЦК України [7], ст. 19 ЗУ «Про міжнародні договори України» [28], ст. 7 ЦК РФ [11].[54] Що й очевидно підштовхує окремих авторів до думки, про те, що договір врегульований нормами міжнародного договору є поіменованим з точки зору національного права.

Така позиція видається хибною. По-перше, правила створення, застосування,

[54] Разом із тим, це характерно не для всіх держав. Так, наприклад, Закон Республики Молдова «Про міжнародні договори Республіки Молдова» [21] не містить подібної норми. Ст. 7 ЦК Республіки Молдова встановлює лише, що «Якщо міжнародним договором, однією із сторін якого є Республіка Молдова, встановлені інші положення, ніж ті, що передбачені цивільним законодавством, застосовуються положення міжнародного договору» [10].

тлумачення, заповнення прогалин міжнародних договорів є особливими, а тому вони не можуть бути частиною національного законодавства. По-друге, укладення сторонами договору, передбаченого міжнародним договором, як правило, має місце тоді, коли їх договірні відносини мають міжнародний характер. Висновок про те, що договір, передбачений міжнародним договором, в якому певна держава не бере участі, є непоіменованим, призводить до необхідності застосовувати або основні засади цивільного законодавства цієї держави, або аналогію закону в залежності від того, що застосовується до непоіменованих договорів у цій державі. У зв'язку із цим, варто відзначити що національне право вказаної держави не обов'язково буде застосовуватися до даного міжнародного приватноправового договору. Так, наприклад, для регулювання питань, що не врегульовані певним міжнародним договором, сторони приватноправового договору можуть обрати право іншої держави, або якийсь уніфікований документ (наприклад, Принципи УНІДРУА або PECL), або право іншої держави підлягатиме застосуванню в силу колізійної норми.

У зв'язку із цим віднесення договорів, врегульованих міжнародним договором, в якому певна держава не бере участі, до категорії «непоіменованих» з точки зору права цієї держави, вбачається помилковим.

На наш погляд, приватноправові договори, врегульовані міжнародними договорами, є поіменованими, але лише в рамках системи певного міжнародного договору.

Інше питання, яке слід з'ясувати, розглядаючи питання про поіменовані та непоіменовані договори, - які саме умови конкретного договору дозволяють зробити висновок, що він належить до того чи іншого поіменованого договору. Зрозуміло, що назва договору чи навпаки її відсутність самі по собі не дають можливості відповісти на це запитання, оскільки не рідкими є випадки, коли назва договору не відповідає його предмету, або, коли сторони ніяк не назвали договір, щодо якого існує спеціальне регулювання у цивільному законодавстві.

Кваліфікація договору як поіменованого (непоіменованого) потребує комплексного аналізу його умов. При цьому важливо визначитися із тим, які саме умови договору

дозволяють вирішити це завдання. У доктрині такі ознаки прийнято іменувати кваліфікуючими. Автор даного дослідження дотримується точку зору про те, що кваліфікуючими ознаками договірного типу є зобов'язання сторін, що складають його суть (предмет).

Кваліфікуючими ознаками договірного виду поряд із зобов'язаннями сторін можуть бути об'єкт договору (наприклад, договір, за яким автомобіль передається наймодавцем наймачеві у користування за плату на певний строк, може бути віднесений до договорів найму (оренди) транспортного засобу, передбаченого ст.ст. 798-805 ЦК України); мета договору (договори купівлі-продажу товарів, що зазвичай призначаються для особистого, домашнього та іншого використання, не пов'язані із підприємницькою діяльністю, відносять до договорів роздрібної купівлі-продажу (ст.ст. 698-711 ЦК України).

У зв'язку із цим варто звернути увагу на німецьке законодавство (хоча НЦУ, на відміну від цивільних кодексів інших держав, прямо не передбачає право сторін укладати непоіменовані договори)[55].

Норми НЦУ, присвячені тому чи іншому договору, починаються із визначення «типових» для даного договору обов'язків. Так, § 433 НЦУ визначає обов'язки, типові для договору купівлі-продажу; § 488 - обов'язки, типові для договору позики, § 688 - обов'язки, типові для договору зберігання і т.д.

Віднесення договору до непоіменованого ставить питання про те, які правові норми до нього слід застосовувати. Законодавство деяких держав містить пряму відповідь на це питання. Так, відповідно до ст. 124 Закону КНР «Про договори» у випадку, якщо договір ясно не визначений в розділі «Окремі види договорів» даного Закону та в інших законах, то слід керуватися нормами розділу «Загальні поняття» даного Закону, а також враховувати найбільш відповідні норми розділу «Окремі види договорів» даного Закону чи інших законів [20].

[55] Це пояснюється тим, що на НЦУ здійснила значний вплив доктрина природного права, відповідно до якої «обов'язок виконувати дані обіцянки випливає не з визнання чи невизнання їх державою, а із загальної вимоги природного права; внаслідок цього цей обов'язок не залежить від його змісту, від типовості чи оригінальності останнього» [365; с.127].

Стаття 1107 (1) ФЦК розповсюджує на непоіменовані договори загальні правила титулу III ФЦК. Щоправда у Франції такий підхід останнім часом переглядається. Так, автори *Пропозицій* у ст. 1103 пропонують наступні зміни до ФЦК щодо регулювання поіменованих та непоіменованих договорів: «Договори є предметом регулювання загальних норм, що містяться у цьому титулі, незалежно від того, чи мають вони власне найменування. Спеціальні норми до певних договорів містяться або у розділах цього Кодексу, або інших кодексах чи законах, зокрема, тих, що стосуються людського тіла, прав інтелектуальної власності, комерційних правочинів, трудових відносин та захисту споживачів. Непоіменовані договори підлягають регулюванню за аналогією нормами, що застосуються до схожих договорів, якщо їх особливості не є перешкодою для цього» [526; с.633]. Для цього пропонується проводити належну та можливу перевірку умов договору, яка має здійснюватися на підставі ст.ст. 1287, 1293, 1314, 1317 *Пропозицій [524; с.489]*.

Схожу думку висловлює М.І. Брагінський. Так, на його погляд, до непоіменованих договорів (тобто договорів, що не вписуються у рамки певного типу) необхідно застосовувати перш за все норми схожого типу договорів, а за його відсутності – норми, що містяться у розділі III ЦК РФ «Загальна частина зобов'язального права». Якщо ці дії не дають бажаного результату, то слід застосувати аналогію права, тобто, виносити рішення, виходячи із загальних начал цивільного законодавства, вимог добросовісності, розумності та справедливості [220; с.409].

Точка зору про застосування «норм схожого типу» до непоіменованих договорів справедливо критикується у юридичній літературі за низкою підстав. Серед яких наприклад, те, що незрозуміло, який рівень схожості необхідний для того, щоб відповідні норми про поіменовані договори застосовувалися до конкретного договору [289; с.40-41].

Про необхідність застосовувати до договірного зобов'язання нового типу, що не передбачене законом, але такого, що йому не суперечить, аналогії закону, а в належних випадках, і аналогії права висловлювалися й інші автори, наприклад, О.С. Іоффе [274; с.38].

У зв'язку із цим, варто визначитися із поняттям договірного типу. Разом із тим, необхідно відзначити, що окремі автори користувалися поняттям не «тип договору», а

«типовий договір». Так, наприклад, Й.О. Покровський договори, непередбачені в законі, називає «нетиповими» [365; с.126]. Із змісту написаного далі зрозуміло, що типовими він вважає договори, передбачені законом.

На думку О.С. Іоффе договірний тип виділяється або за специфікою опосередкованого ним матеріального відношення, або за колом юридичних умов, об'єктивно необхідних для утворення даного договірного зобов'язання. Наприклад, договір купівлі-продажу і міни він відносить до різних договірних типів, а договір роздрібної купівлі-продажу вважає окремим видом договірного типу «купівля-продаж» [274; с.37].

Слід погодитися із тим, що поняття договірний тип (або тип договору) є поняттям ширшим, ніж договірний вид (вид договору). По-друге, підтримки заслуговує й те, що в основі поділу договорів на типи лежить особливість матеріальних відносин (що складають предмет договору). Однак, не можна погодитися з тим, що «юридичні умови, необхідні для утворення даного договірного зобов'язання» є підставою для виділення окремого договірного типу (О.С. Іоффе іменує дані умови істотними умовами договору [274; с.37]).

На наш погляд, говорити про істотні умови договору можна лише після того, як здійснена його кваліфікація, тобто з'ясовано, до якого договірного типу та виду належить даний договір. Адже саме від цього будуть залежати правові норми, що застосовуються до нього, у тому числі ті, що визначають його істотні умови.

Що стосується виду договору у межах певного договірного типу, то із договірним типом його споріднюють ті матеріальні відносини, які складають його предмет. Проте, такий договір має певну специфіку, яка може виявлятися, наприклад, у об'єкті (договірний тип: договір купівлі-продажу; договірний вид: договір купівлі-продажу нерухомого майна).

А.Г. Карапетов та А.І. Савельев пропонують застосовувати до непоіменованих договорів спеціальні норми про поіменовані договори за аналогією закону. При цьому вони наголошують на тому, що застосування спеціальних диспозитивних норм за аналогією закону до непоіменованого договору в ряді випадків може бути виправданим навіть тоді, коли прогалина у договорі може бути заповнена загальними положеннями зобов'язального права. Це можливо тоді, спеціальні диспозитивні норми є більш адекватними суті

укладеного непоіменованого договору [289; с.42].

На наш погляд, визначення моделі регулювання непоіменованого договору залежить від того, у чому полягає ця непоіменованість, тобто чи є цей договір непоіменованим видом поіменованого типу або він являє собою непоіменований тип договору.

Якщо договір може бути кваліфікований як непоіменований вид поіменованого типу, то до питань, що не врегульовані самим договором, можуть застосовуватися спеціальні диспозитивні норми типу договору, до якого належить даний договірний вид, а за їх відсутності – загальні положення зобов'язального права. Якщо ж питання, яке постає у зв'язку із таким договором, не може бути вирішене за допомогою останніх, слід застосовувати аналогію права.

Якщо непоімованість договору виявляється у непоіменованості типу, це означає, що такий договір неподібний до жодного договірного типу. Зрозуміло, що, наприклад, договір купівлі-продажу у чомусь є схожим з будь-яким оплатним договором, однак, це автоматично не повинно означати можливості застосування до кожного із таких договорів норм, які регулюють договір купівлі-продажу. Інакше, правило про те, що сторони можуть укласти договір не передбачений актами цивільного законодавства, носитиме тільки декларативний характер.

Тому, на наш погляд, до питань, що неврегульовані договорами непоіменованого типу, може застосовуватися лише аналогія права.

Щодо застосування імперативних норм до непоіменованих договорів слід зауважити наступне. На наш погляд, незалежно від того, чи мова йде про непоіменований вид поіменованого типу чи про непоіменований договірний тип, до таких договорів можуть застосуватися лише так звані надімперативні норми, тобто норми, які мають надзвичайно важливе значення для суспільства і є обмежуючим фактором свободи договору як такої.

Аналізуючи умови окремих договорів, можна дійти висновку про те, що вони містять у собі елементи різних поіменованих договорів. Законодавство багатьох держав до таких договорів пропонує застосовувати у відповідних частинах положення актів

цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо інше не встановлено у договорі або не випливає із суті змішаного договору (Див. наприклад, ст. 628 (2) ЦК України [59], Ст. 381 ЦК РК [9], ст. 421(3) ЦК РФ [11]).

У даному випадку звертає на себе увагу те, що сторони змішаного договору можуть домовитися, що до їх договірних відносин не застосовуються норми, які регулюють той чи інший тип або вид договору.

Звичайно це не стосується норм, що будуть застосовуватися до договору в силу їх особливої значущості (надімперативні норми).

Слід звернути увагу на те, що на відміну від згаданих національних законодавств, DCFR визначає змішаний договір не лише як договір, частини якого підпадають під дві або більше категорій договорів, що спеціально врегульовані у DCFR, але й як договір, частина якого може бути віднесена до однієї із таких категорій, а інша частина може бути віднесена до договорів, що регулюються нормами Модельних правил, застосовуваних до договорів в цілому (ст. II. – 1:107 (1) DCFR).

Аналіз ст. II. – 1:107 (2-5) DCFR дозволяє зробити висновок щодо принципів регулювання змішаних договорів, запропонованих цим документом.

По-перше, слід звернути увагу на те, що згідно із загальним правилом, передбаченим п. 2 цієї ст. до кожної частини змішаного договору застосовуються норми, що регулюють відповідні договори, до яких можуть бути віднесені елементи змішаного договору. Разом із тим, можливість застосування таких норм поставлена у залежність від характеру та цілі договору. Тобто, спеціальні норми, призначені для регулювання певних договорів, до яких належать частини змішаного договору, застосовуватися не будуть, якщо це суперечить характеру та меті договору. По-друге, застосування спеціальних норм до частин змішаного договору відрізняється від застосування тих же норм до договорів, які не є змішаними. При застосуванні відповідного регулювання до частини змішаного договору допускається адаптація (пристосування) норм до частини змішаного договору. По-третє, згадане регулювання застосовуються як до відповідної частини договору, так і до прав та обов’язків, що випливають із неї.

Виключення із загальних правил, передбачених ст. II. – 1:107 (2) DCFR, встановлене ч. 3 цієї статті. По-перше, правила застосування, передбачені ч. 2 не застосовуються, якщо норма передбачає, що змішаний договір слід розглядати як такий, що відноситься переважно до однієї категорії договорів.

Так, наприклад, ст. IV.A. –1 -102 DCFR встановлює, що договір, за яким одна сторона зобов'язується за плату виготовити речі для іншої сторони і передати їх у власність іншої сторони, повинен розглядатися як такий, що переважно відноситься до договорів купівлі-продажу товарів.

Стаття IV.C. - 6 -101 (2) DCFR визначає, що договір, за яким одна сторона зобов'язується спроектувати і надати послугу, яка полягає у здійсненні проектування (дизайну), повинен розглядатися як такий, що переважно відноситься до договорів про надання подальшого обслуговування.

Стаття IV.H. - 1 -102 (2) DCFR визначає, що договір, за яким одна сторона зобов'язується безоплатно, з наміром надати користь іншій стороні, виготовити речі для іншої сторони і передати їх у власність іншій стороні повинен розглядатися як такий, що переважно відноситься до договорів про дарування речей.

По-друге, навіть якщо DCFR не містять норми, про необхідність «переважного віднесення» конкретного змішаного договору до договору певної категорії, в силу ст. II. – 1:107 (3) (b) такий договір може розглядатися як такий, що «переважно відноситься» до однієї категорії, якщо «частина змішаного договору насправді є настільки значущою, що було б нерозумно не розглядати договір як такий, що відноситься переважно до однієї категорії». Тобто, критерієм віднесення змішаного договору до договору певної категорії згідно зі ст. II. – 1:107 (3) (a) є норма DCFR, яка прямо це передбачає. Згідно зі ст. ст. II. – 1:107 (3) (b) таким критерієм є «розумна оцінка» значущості частин змішаного договору, яка має результатом встановлення більшої значущості однієї із них, що, очевидно, здійснюється правозастосовчим органом.

Ст. II. – 1:107 (4) DCFR встановлює можливість застосування до змішаного договору, до якого застосовуються норми, до регулюють категорію договорів, до якої даний договір

відноситься переважно, «правила, що застосовуються до елементів договору, що підпадають під іншу категорію». Умовою застосування останніх є їх несуперечливість «правилам, що застосовуються до категорії, до якої договір відноситься переважно». Крім того, передбачається що такі норми застосовуються «з відповідною адаптацією настільки, наскільки це необхідно для регулювання цих елементів».

Останнє дає підстави для висновку, що встановлення норм, які застосовуються до змішаних договорів, на підставі ст. II. – 1:107 (4) DCFR, має здійснюватися у тих випадках, коли правові норми, що регулюють категорію, до якої договір «відноситься переважно», не пропонують правового вирішення (не містять правового регулювання) питань, які виникають у зв'язку із змішаним договором.

Ст. II. – 1:107 (5) DCFR встановлює пріоритет застосування імперативних норм у регулюванні змішаних договорів. Тобто, способи правового регулювання змішаних договорів, встановлені іншими частинами цієї ст., застосовуватися не можуть, якщо це суперечить імперативним нормам.

Дослідження такого документу як DCFR ставить перед нами питання, чи не слід використати підходи запропоновані у ньому, у законодавстві України.

На наш погляд, на це питання можна дати стверджувальну відповідь. І, по-перше, закріпити більш широке визначення поняття змішаного договору, а, по-друге, закріпити правило про використання регулювання, що передбачає застосування до договору норм, що регулюють той договірний тип (вид), до якого договір відноситься переважно. Необхідність таких змін пояснюється тим,що регулювання, яке міститься зараз у ст. 628 (2) ЦК України може створювати певні суперечності (якщо положення, які застосовуються у актах цивільного законодавства стосовно частин змішаного договору суперечать одне одному).

Також виникає питання, як бути у ситуаціях, коли сторони уклали договір окремі елементи якого можуть бути кваліфіковані як зобов'язання із поіменованого договору, а інші частини – як зобов'язання із непоіменованого договору. На наш погляд, до питань, що таким договором не врегульовані, але стосуються того елементу, що відноситься до поіменованого договору, слід застосовувати спеціальні диспозитивні норми, що регулюють

відповідний поіменований договір. Регулювання питань, які стосуються непоіменованого елементу договору, залежить від того, чи відноситься даний елемент до непоіменованого виду поіменованого типу, або він він являє собою непоіменований тип договірного зобов'язання. У першому випадку до нього мають застосовуватися спеціальні диспозитивні норми, призначені для регулювання відповідного типу, у другому випадку – аналогія права.

У зв'язку із наведеним вище, пропонуємо викласти ст. 628 (2) ЦК України у наступній редакції: «2. Сторони мають право укласти змішаний договір, тобто такий, елементи якого підпадають під два або більше різновиди договорів, спеціально врегульованих актами цивільного законодавства, або такий, один елемент (або елементи) якого підпадають під договір (договори) спеціально врегульований (врегульовані) актами цивільного законодавства, а інший елемент (елементи) не врегульовані актами цивільного законодавства, але відповідають його загальним засадам».

Крім того, пропонуємо доповнити ст. 628 ЦК України новими частинами наступного змісту: «3. Якщо договір являє собою змішаний договір, елементи якого підпадають під два або більше різновиди договорів, спеціально врегульованих актами цивільного законодавства, до відносин, що виникають із договору, у відповідних частинах застосовуються норми, що підлягають застосуванню до відповідних видів договорів, якщо це не суперечить меті договору. 4. Якщо договір являє собою змішаний договір, один елемент (або елементи) якого спеціально врегульований (врегульовані) актами цивільного законодавства, а інший елемент (елементи) не врегульовані актами цивільного законодавства, але відповідають його загальним засадам, до елементу (елементів), спеціально врегульованого (врегульованих) актами цивільного законодавства, слід застосовувати диспозитивні норми, що регулюють відповідний поіменований договір, а до елементу (елементів), не врегульованого (не врегульованих) актами цивільного законодавства, норми, що регулюють договірний тип, до якого належить даний елемент, або аналогію права (якщо даний елемент не належить до жодного з договірних типів)».

Мабуть у зв'язку із тим, що «поіменованість» договору пов'язується із наявністю спеціальних норм саме у національному цивільному законодавстві, питання про «поіменованість» договорів у міжнародних договорах, які регулюють певний

приватноправовий договір, як правило, не ставиться. Щоправда, окремі автори (наприклад, Є.А. Батлер) вважають такі договори поіменованими, з точки зору національного права (оскільки деякі міжнародні договори є частиною національного законодавства).

Між тим, назви окремих конвенцій,[56] та (або) їх зміст[57] вказують на те, що вони регулюють окремий тип приватноправового договору міжнародного характеру. Деякі кваліфікаційні ознаки, встановлені конвенціями для визначення договорів, що є предметом їх регулювання, співпадають із кваліфікаційними ознаками поіменованих договорів у національних законодавствах. До таких ознак варто віднести права та обов'язки сторін, що складають предмет такого договору, в окремих випадках – вимоги до об'єкту договору, мети його укладення.

Водночас, варто звернути увагу й на те, що згідно з міжнародними конвенціями, кваліфікаційною ознакою відповідних приватноправових договорів є ще й їх «міжнародний характер», який у різних міжнародних договорах визначається по-різному про що мова буде йти далі.

Якщо даний приватноправовий договір не відповідає кваліфікаційним ознакам, встановленим даним договором, це означатиме, що він є непоіменованим, з точки зору даної конвенції. І потягне за собою застосування до питань, що не регулюються договором або національного права певної держави (обраного сторонами, визначеного відповідно до колізійних норм або на розсуд арбітрів), або правил встановлених іншим уніфікованим документом (наприклад, Принципами УНІДРУА чи PECL), або принципів права (якщо наприклад, арбітри наділені правом вирішувати спір у якості дружніх посередників).

Звертає на себе увагу те, що визначення поняття того чи іншого приватноправового договору міжнародні договори, як правило, не містять.

Висновок про кваліфікаційні умови договору, які визначають його предмет, можна здійснити на підставі аналізу норм, що регулюють права та обов'язки сторін.

---

[56] КМКП [6], Конвенція про міжнародний факторинг [177], Конвенція про міжнародний фінансовий лізинг [178], КДПВ [86] тощо.

[57] Наприклад, Конвенція про міжнародні майнові права на рухоме обладнання від 16.11.2001р. регулює окремі питання договорів забезпечення, купівлі-продажу, лізингу певних видів майна [36].

Аналіз окремих конвенцій вказує на те, що обов'язки сторін того чи іншого договору, які можуть бути визначені як кваліфікуючі, співпадають із обов'язками які можуть бути названі такими відповідно до національного права окремих держав.

Враховуючи те, що визначення договору купівлі-продажу, що підпадає під сферу КМКП, зазвичай виводять із ст. 30 та ст. 53 Конвенції [623; с.6], можна зробити висновок, що саме ці статті визначають кваліфікуючі (типові) обов'язки сторін договору купівлі-продажу, що підпадає під сферу дії КМКП.

Кваліфікуючі обов'язки сторін договору міжнародного факторингу, що може регулюватися Конвенцією про міжнародний факторинг, випливають із її ч.2 ст. 1. Відповідно до цієї норми кваліфікуючим обов'язком постачальника є відступлення фактору права грошової вимоги, яке випливає з договорів купівлі-продажу товарів, укладених між постачальником та його покупцями (боржниками), крім договорів купівлі продажу товарів, придбаних в першу чергу для їхнього особистого, сімейного або домашнього використання.

Обов'язками фактора відповідно до згаданої Конвенції є: - фінансування постачальника; - ведення обліку (головної бухгалтерської книги) щодо дебіторської заборгованості; - пред'явлення до сплати грошових вимог; - захист від несплат боржників.

Особливістю договору, що підпадатиме під сферу дії Конвенції про міжнародний факторинг є те, що фактор повинен виконувати принаймні два з вказаних у ній обов'язків.

Кваліфікуючим обов'язком договору міжнародного факторингу відповідно до згаданої Конвенції є обов'язок повідомити боржника про відступлення права вимоги. При цьому Конвенція не конкретизує, на кого саме із сторін покладається цей обов'язок. Таким чином, це питання повинно регулюватися самим договором факторингу.

Кваліфікуючим обов'язком лізингодавця за договором міжнародного фінансового лізингу, який є «поіменованим» Конвенцією про міжнародний фінансовий лізинг, згідно зі ст. 1 цієї Конвенції є те, що він надає лізингоодержувачу право користування виробничим обладнанням, засобами виробництва або іншим обладнанням, придбаним лізингодавцем у третьої особи (постачальника) на умовах, схвалених лізингоодержувачем.

Кваліфікуючим обов'язком лізингоодержувача є сплата лізингових платежів, характеристикою яких згідно із зазначеною Конвенцією є те, що вони обчислюються таким чином, щоб урахувати, зокрема, амортизацію всієї або значної частини вартості обладнання.

Водночас слід відзначити, що міжнародні конвенції регулюють лише деякі питання, пов'язані з тим чи іншим договором, решта питань може регулюватися самим договором, правовими принципами, національним правом певної держави. У зв'язку із цим, не всі конвенції дозволяють зробити висновок про кваліфікуючі обов'язки сторін за приватноправовим договором, що регулюється даною конвенцією. Наприклад, із ст. 1 Монреальської конвенції [80] дає можливість визначити кваліфікуючий обов'язок перевізника – здійснити перевезення повітряним судном. Текст цієї конвенції не дає можливості визначити кваліфікуючі обов'язки пасажира чи вантажовідправника.

Крім того, слід звернути увагу на те, що у міжнародній сфері (так само як і у внутрішній) сторони часто укладають договори змішаного характеру.

Особливості регулювання деяких з них встановлені міжнародними конвенціями. Так, відповідно до ст. 3 КМКП «1. Договори на поставку товарів, які потребують подальшого виготовлення або виробництва, вважаються договорами купівлі-продажу, якщо сторона, що замовляє товар, не бере на себе зобов'язання поставити істотну частину матеріалів, необхідних для виготовлення або виробництва таких товарів. 2. Ця Конвенція не застосовується до договорів, у яких зафіксовано, що зобов'язання сторони, яка поставляє товари, полягають переважно у виконанні роботи або в наданні інших послуг» [6].

Згідно із думкою Консультативної ради із КМКП: « При тлумаченні терміну «істотна частина» у ст. 3 (2) КМКП повинен використовуватися критерій «економічної цінності». Критерій «істотності» повинен використовуватися лише тоді, коли застосування критерію «економічної цінності» неможливо або недоречно з урахуванням усіх обставин справи. При визначенні ж «істотності» не можна використовувати визначене раніше відсоткове співвідношення вартості. Вона повинна визначатися на підставі загальної оцінки. Слова «матеріали необхідні для виробництва» у ст. 3 (2) КМКП не охоплюють

креслення, технічну документацію, технології чи формули, якщо вони не збільшують цінності матеріалів, що поставляються сторонами» [453].

Разом із тим, у судовій практиці зустрічається й інша точка зору. Зокрема, деякі суди використовують кількісний тест для визначення того, наскільки «істотною» була поставка матеріалів покупцем. Вищий земельний суд Мюнхена використав з цією метою якісний критерій [623; с.20].

Стаття 3 (2) виключає із сфери дії КМКП договори «у яких зафіксовано, що зобов'язання сторони, яка поставляє товари, полягають переважно у виконанні роботи або в наданні послуг». Тлумачення цієї норми є цікавим крім усього іншого ще й тому, що критерій «переважного виконання обов'язку» використовується й у DCFR.

При цьому Консультативна рада зазначає, що при визначенні предмету договору варто враховувати найменування та зміст договору, структуру ціни, а також значення, надане різним договірним зобов'язанням самими сторонами. На її думку, тлумачення «переважного виконання» має відбуватися у першу чергу за допомогою критерію «економічної цінності». Якщо це не можливо повинен використовуватися критерій економічної цінності [453]. Використання критерію «економічної цінності» полягає у порівнянні економічної вартості зобов'язань із виконання робіт і надання послуг з економічною вартістю зобов'язань у відношенні товарів, так якби були укладені два окремих договори. Так, якщо зобов'язання із виконання роботи чи надання послуги складає більшу половину економічної вартості зобов'язань продавця, КМКП не застосовується [623; с.20].

У одній із справ судова колегія ВАС РФ вважала, що у змішаному договорі, за яким покупець брав на себе зобов'язання із поставки товару, а також технічної документації, монтажу товару (устаткування), зобов'язання продавця полягало переважно у поставці устаткування, оскільки відокремити частину, пов'язану з підрядом, від основного договору, не було можливим, через те, що всі умови містилися в одному договорі, покупець оплачував все єдиним платежем, вартість підряду складала приблизно 1 відсоток від загальної суми, роботи повинні були виконуватися саме продавцем [565].

Таким чином, підставою для застосування положень КМКП, до договору, який поєднує у собі елементи договору про поставку, виконання робіт чи надання послуг є

«перевага» обов'язків постачальника щодо поставки, порівняно із обов'язками по виконанню робіт чи наданню послуг, а також неможливість відокремлення зобов'язань із поставки товару від зобов'язань про виконання робіт чи надання послуг.

Водночас, варто відзначити, що у тих випадках, коли зобов'язання, що складають предмет змішаного договору, можна відділити одне від одного, до зобов'язання, що полягає у поставці, може застосовуватися КМКП, а до іншого зобов'язання – на національне право певної держави.

Так, Арбітражний суд Угорської торгово-промислової палати розглядаючи спір, предметом якого був договір, укладений між італійським покупцем та угорським продавцем,[58] який містив у собі елементи договору купівлі-продажу та агентського договору, застосував КМКП до елементів договору купівлі-продажу та Цивільний кодекс Угорщини - до елементів агентського договору [626].

Кваліфікаційною ознакою приватноправового договору, поіменованого міжнародним договором, може бути і вимога стосовно об'єкта зобов'язання. Вимоги щодо об'єкта договору можуть прямо визначатися відповідною конвенцією. Наприклад, відповідно до ст. 2 (3) Конвенції про міжнародні майнові права на рухоме обладнання об'єктами договорів, за якими створюється чи передбачається створення майнових прав (договір про забезпечення, договір купівлі-продажу, договір лізингу) можуть бути корпуси повітряних суден, авіаційні двигуни та вертольоти, залізничний рухомий склад та космічні об'єкти [36].

Іншим прикладом є вимоги щодо товару, який може бути об'єктом договору міжнародної купівлі-продажу відповідно до КМКП. У зв'язку із цим необхідно підкреслити, що безпосередньо текст КМКП у ст. 2 встановлює лише перелік товарів, купівля-продаж яких не підпадає під сферу дії Конвенції.

Вимоги до «товару» були вироблені прецедентним правом, оскільки тлумачення понять КМКП має здійснюватися відповідно до її міжнародного характеру та необхідності сприяти однаковості у її застосуванні [623; с.6].

[58] На момент укладення договору Італія та Угорщина були учасницями КМКП. Крім того, договір містив умову відповідно до якої до договору мало застосовуватися угорське право. Ні позивач, ні відповідач не заперечували проти застосування КМКП.

У зв'язку із цим, слід зробити висновок, що ознаки поіменованого міжнародного приватноправового договору визначаються не лише міжнародними договорами, але й практикою їх застосування, що обумовлено особливостями застосовування та тлумачення міжнародних договорів.

Разом із тим, слід відзначити, що такі кваліфікаційні ознаки як обов'язки сторін договору чи вимоги щодо його об'єкту встановлюються й національним законодавством для внутрішніх договорів. Особливою ж кваліфікаційною умовою приватноправових договорів, поіменованих саме міжнародними договорами, є їх міжнародний характер, який у різних конвенціях визначається по-різному.

Так, можна виокремити конвенції, що пов'язують «міжнародність договору» із знаходженням «місць здійснення підприємницької діяльності» («комерційних підприємств») сторін у різних державах, характеристики яких визначені у відповідній конвенції[59].

Водночас, треба відзначити, що у деяких випадках міжнародний приватноправовий договір може регулюватися відповідною конвенцією незалежно від таких характеристик[60].

У судовій практиці «місце здійснення підприємницької діяльності» визначається як «місце, з якого де-факто здійснюється комерційна діяльність, що характеризується певною тривалістю і стабільністю, а також деяким ступенем самостійності» [623; с.4-5]. При цьому, конвенції, що використовують критерій «місця здійснення підприємницької діяльності» для визначення «міжнародності» приватноправового договору, можуть підкреслювати її незалежність від національної належності сторін (наприклад, ст. 1 (3) КМКП [6]).

---

[59] Так, наприклад, відповідно до ст. 1 (1) (a) КМКП такі держави повинні бути Договірними державами у розумінні цієї Конвенції [6]. Аналогічне правило передбачене ст. 3 (1) (a) Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг [178], ст. 2 (1) (a) Конвенції про міжнародний факторинг [177].

[60] Так, згідно зі ст. 1 (1) (b) КМКП [6], ст. 3 (1) (b) Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг [175] це має місце, коли відповідно до норм МПрПзастосуванню підлягає право Договірної держави. Ст. 2 (1) (b) Конвенції про міжнародний факторинг [177] допускає застосування Конвенції «коли грошові вимоги, відступлені згідно з договором факторингу, випливають з договору купівлі-продажу товарів між постачальником та боржником, які здійснюють господарську діяльність на території різних держав, якщо як договір купівлі-продажу товарів, так і договір факторингу регулюються законодавством Договірної держави».

Із назви та змісту Конвенції про міжнародні майнові права на рухоме обладнання [36] випливає, вона регулює майнові права міжнародного характеру на певні види майна, що виникають з окремих приватно - правових договорів. Водночас, Конвенція не визначає підстав віднесення майнових прав до категорії «міжнародних». Вона лише зазначає, що підлягає застосуванню « що регулюються цією Конвенцією пов'язана із «місцезнаходженням» сторін договору у різних державах. При цьому місцезнаходження боржника повинно бути розташоване будь-якій з Договірних Держав, якщо божник (a) створений чи зареєстрований згідно з її законодавством; (b) має у такій державі зареєстрований офіс чи передбачену законодавством штаб-квартиру; (c) має управлінський центр у такій державі; (d) має у такій державі місце здійснення його господарської діяльності.

Розглядаючи питання «міжнародності» приватноправових договорів, поіменованих конвенціями, слід відмітити особливість розуміння цього поняття у конвенціях , що регулюють міжнародні перевезення.

У вказаних конвенціях «міжнародність» договору перевезення, що регулюється ними, звичайно пов'язується із міжнародним характером самого перевезення».

Часто під останнім розуміють переміщення людей, багажу, вантажу, пошти з однієї країни в іншу. Водночас, аналіз деяких міжнародних конвенцій з транспортного права дозволяє зробити висновок, що у нормативному розумінні цей термін поширюється й на інші випадки.

Так, наприклад, відповідно до п. 2. ч.1 Монреальської конвенції міжнародне перевезення означає будь-яке перевезення, за якого місце відправлення й місце призначення незалежно від того, чи є перерва у перевезенні або перевантаження, розташовані або: 1) на території двох держав-сторін; або 2) на території однієї й тієї самої держави-сторони, якщо погоджена зупинка передбачена на території іншої держави, навіть якщо ця держава не є державою-стороною [80].

Другий випадок охоплює перевезення, що здійснюється на підставі договору, за яким перевізник зобов'язується перевезти пасажира «туди й назад», якщо пункти відправлення

та призначення розташовані на території однієї держави. (Наприклад, пасажир придбаває квиток за маршрутом: «Київ-Москва-Київ»).

Кваліфікацію перевезення, пункти відправлення і призначення якого розташовані на території однієї держави, а узгоджена зупинка на території іншої держави, як міжнародного, на яке поширюється дія Монреальської конвенції, ілюструють матеріали справи *Jones v. USA 3000 Airlines, що розглядалася судами США* [596].

Стаття 1 (9) Афінської конвенції визначає «міжнародне перевезення» як таке, за якого відповідно до договору перевезення місце відправлення і місце призначення розташовані в двох різних Державах або в одній Державі, якщо згідно з договором перевезення чи передбаченим рейсом проміжний порт заходу знаходиться в іншій Державі.

Таким чином, згадані конвенції під міжнародними перевезеннями розуміють не лише ті, що здійснюються з однієї країни до іншої, але й переміщення у межах однієї країни, якщо погоджена зупинка міститься на території іншої держави.

Крім того, Монреальська конвенція до міжнародних відносить й перевезення, яке повинно здійснюватися декількома послідовними перевізниками, якщо воно розглядалося сторонами як одна операція незалежно від того, чи були оформлені документи у вигляді одного договору чи декількох договорів. Більше того, таке перевезення не втрачає свого міжнародного характеру тільки через те, що один чи декілька договорів повинні бути виконані повністю на території однієї й тієї самої держави (п. 3 ст. 1 Монреальської конвенції).

Аналізуючи те, чи є різні перевезення «єдиним» у розумінні Монреальської конвенції, а відтак, чи мають перевезення, що здійснюються у межах однієї держави міжнародний характер, суди намагаються встановити, чи розглядалося воно сторонами договору як єдина операція у момент укладення відповідних договорів.

У справі Gerard v. American Airlines, Inc пасажир подав позов проти авіакомпанії про відшкодування шкоди, заподіяної втратою багажу під час рейсу з Лос-Анджелесу до Нью-Йорку. При цьому позивач заперечував застосування Монреальської конвенції, вважаючи перевезення, під час якого був втрачений багаж, внутрішнім. Однак, оскільки пасажир брав участь у згаданому рейсі відразу після перевезення рейсом з Токіо до Лос-Анджелеса (який

виконувався іншим перевізником у цей же день), суд аналізував, чи не були два рейси «єдиним перевезенням» у розумінні Монреальської конвенції. Стверджувальна відповідь на це питання означала б, що рейс «Лос-Анджелес - Нью-Йорк» мав міжнародний характер, а також те, що до спірних відносин слід застосовувати Монреальську конвенцію.

Для відповіді на це запитання суд намагався встановити, чи розглядалися дані перевезення сторонами як одна операція. Однак, враховуючи те, що авіакомпанія не змогла довести, що знала про «міжнародний маршрут» пасажира у момент придбання ним квитка, суд відмовився вважати дане перевезення міжнародним [584].

Інші транспортні конвенції безпосередньо не визначають поняття міжнародного перевезення. Водночас, аналіз положень, що визначають сферу дії відповідних конвенцій, дозволяє встановити, яке саме розуміння міжнародного перевезення покладено в основу того чи іншого міжнародного договору.

Так, з аналізу ст. 1 (1) ЦІВ, ст. 1 (1) ЦІМ випливає, що міжнародним перевезенням у розумінні цих Правил є таке, за якого місце відправки і призначення розміщені в двох різних державах-членах. При цьому місце проживання або місце роботи і національності сторін, що укладають договір залізничного перевезення, жодною мірою не впливає на характер перевезення [79].

Стаття 1 (1) КАПП [35], дозволяє зробити висновок про те, що у розумінні цієї Конвенції міжнародним є таке перевезення, що здійснюється територією принаймні двох держав, і що пункт відправлення або пункт призначення, чи той і інший знаходяться на території однієї з Договірних держав. КАПП так само як і КОТІФ підкреслює, що застосування Конвенції (а, відтак, і «міжнародність» перевезення) не залежить від місця проживання і громадянства сторін, що укладають договір.

Відповідно до ст. 1 КДПВ, перевезення є міжнародним, якщо місце прийняття вантажу для перевезення і місце, передбачене для доставки, знаходяться у двох різних країнах, з яких принаймні одна є договірною країною, незважаючи на місце проживання і громадянство сторін [86].

Відповідно до ст. 3 Європейської угоди про міжнародні перевезення небезпечних вантажів внутрішніми водними шляхами міжнародне перевезення означає будь-яке перевезення, що здійснюється суднами внутрішніми водними шляхами на території принаймні двох Договірних сторін [17].

Таким чином, міжнародні конвенції не містять єдиного підходу до розуміння міжнародного перевезення. Так, частина з них до міжнародних відносить ті перевезення, що здійснюється між державами-учасницями відповідної конвенції (наприклад, КОТІФ). Інші міжнародні договори до міжнародних відносять ті, у яких пункт відправлення або пункт призначення розташований у одній з держав-членів (наприклад, КАПП, КДПВ).

Разом із тим, аналіз окремих нормативно-правових актів дає підстави для висновку, що міжнародне перевезення не можна визначати лише як таке, «що здійснюється за кордон». Підтвердженням цього є норми Монреальської та Афінської конвенцій, що в певних випадках відносять до міжнародних й перевезення, пункт відправлення та пункт призначення яких розташовані у межах однієї держави.

Зрештою, деякі конвенції не визначають поняття міжнародного перевезення ні прямо, ні опосередковано (наприклад, Міжнародна конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент, складена в Брюсселі 1924 року, в редакції Протоколу від 23 лютого 1968 року і Протоколу від 21 грудня 1979 року [135], Конвенція ООН про морське перевезення вантажів, складена у Гамбурзі 31 березня 1978 року (Гамбурзькі правила)[184], встановлюючи лише, що вони застосовуються до «перевезень між різними державами», якщо дотримані інші вимоги Конвенції.

Підсумовуючи, варто відзначити, що кваліфікаційні ознаки приватноправових договорів, поіменованих міжнародними конвенціями можуть стосуватися обов’язків сторін відповідного договору, об’єкту договору та міжнародного характеру зобов’язання.

Одним із найбільш значущих питань в контексті свободи договору є питання про її межі, а також джерела їх встановлення. Слід відзначити, що у правовій доктрині це питання є дискусійним. Так, Й.О. Покровський до обмежувачів договірної свободи відносив закон, суспільний порядок і добрі нрави [365; с.251]. М.І. Брагінський зазначає, що обмеження

свободи договору закріплені в самому загальному вигляді в нормах договірного права і ці обмеження конкретизуються у багатьох інших статтях ЦК. Автор також вказує на те, що «з певною часткою умовності можна стверджувати, що будь-яка з імперативних норм ЦК, що належить до договорів, являє собою спосіб обмеження свободи договорів» [220; с.157]. На думку Р. Тельгарина, межі свободи договору можуть встановлюватися як нормами права, так і розсудом сторін, а також певними правилами ділових відносин [402]. Н.В. Кузнєцова до джерел обмеження договірної свободи відносить закон, угоду контрагентів та судову практику [315; с.91]. М.В. Кратенко до умов, що обмежують свободу договору, відносить імперативні норми закону про той чи інший договір, за допомогою яких законодавець зазвичай захищає інтереси слабшої сторони (надає їй право односторонньої відмови від договору, надає переважні права на переукладення договору, встановлює мінімальний обсяг виплат на його користь). Іншим обмежуючим фактором виступають кваліфікаційні ознаки того чи іншого договору [311; с.19].

На наш погляд, матеріальна свобода сторін обмежується принципом добросовісності та чесного ведення справ, а також імперативними нормами.

З аналізу ст. 6 (3) (2) ЦК України випливає, що джерелом обмежень свободи договору у праві України є акти цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про те, що сторони не можуть від них відступити, а також «у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає із їх змісту або із суті відносин між сторонами».

Слід зауважити, що ст. 6 (3) (2) ЦК України критикувався у юридичній літературі у зв'язку із тим, що дана норма не дає можливості відповісти на питання, в яких актах цивільного законодавства прямо говориться про те, що сторони не можуть від них відступити, а також за те, що вона не дає можливості визначити, що саме свідчить про те, що обов'язковість для сторін актів цивільного законодавства випливає із змісту цих актів або із суті відносин між сторонами [218; с.41].

На наш погляд, висновок про перелік актів цивільного законодавства, які можуть обмежувати свободу сторін договору, можна зробити на підставі ст. 4 ЦК України[61]. Буквальне тлумачення ст. 6 (3) (2) ЦК України свідчить про те, що сторони у договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо у відповідній нормі містяться слова «Сторони не можуть відступити від цього правила у договорі». Крім того, оскільки обов'язковість певного положення акту цивільного законодавства може «випливати» з його змісту, то слід зробити висновок, що сторони у договорі не можуть відступити від будь-якого положення, якщо в ньому немає слів «якщо інше не встановлено договором», «договором може бути передбачено..» або інших формулювань, що надають сторонам певну свободу (наприклад, ст. 812 ЦК України надає свободу обирати предмет договору найму житла між помешканням, квартирою, її частиною, житловим будинком або його частиною).

Питання про обов'язковість для сторін актів цивільного законодавства, що випливає із змісту їх відносин може виникнути тоді, коли сторони уклали договір, який за своїм змістом є певним поіменованим договором, а сторони взагалі не назвали його або назвали іншою назвою. У такому разі сторони не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, обов'язковість яких передбачена для певного поіменованого договору.

Разом із тим, варто відзначити, що зі ст. 627 ЦК України випливає, що акти цивільного законодавства - не єдиний обмежувач свободи договору за законодавством України. До них також належать звичаї ділового обороту, вимоги розумності та справедливості. Зі ст. 228 ЦК України слід зробити висновок, що свобода договору обмежується публічним порядком.

Зі ст. 380 ЦК РК випливає, що свобода договору обмежується ЦК, законодавчими актами або добровільно прийнятим зобов'язанням [9]. Той же висновок можна зробити на підставі ст. 421 (1) ЦК РФ [11].

Одним із визнаних обмежувачів матеріальної свободи сторін договору у окремих національних правових системах є імперативні норми.

[61] Разом із тим, слід підтримати справедливе зауваження Т.В. Боднар про те, що договір насправді обмежується не лише актами цивільного законодавства, але й господарського, фінансового тощо. [218; с.43].

Такий висновок випливає, наприклад, зі ст. 667 ЦК РМ [10]. Всі національні правові системи в рамках ЄС визнають, що свобода договору обмежується імперативними нормами [544; с.12].

Термін «імперативні норми» може мати різне наповнення, в залежності від того, для чого використовується дана правова категорія. У зв'язку із цим, є доцільним розглянути її детальніше.

Згідно із одним із найпоширеніших визначень імперативні норми – це норми, від яких не можна відступити у договорі [502; с.101]. Відповідно, якщо сторони можуть відступити від норми, шляхом укладення договору, вона є неімперативною або диспозитивною. Як зазначається у Коментарі до PECL такий поділ норм добре відомий у країнах цивільного права. На підтримку цієї точки зору Коментар наводить термінологію, що позначає імперативні та диспозитивні норми у французькому, голландському, німецькому, італійському та іспанському праві. При цьому зазначається, що такий поділ був донедавна невідомий у загальному праві. Ситуація змінилася у 70-ті роки XX ст. із прийняттям англійського та шотландського законів «Про несправедливі договірні умови» 1977 року, «Про продаж товарів» 1979 року, ірландського закону «Про продаж товарів та надання послуг» 1980 року [502; с.101].

Розрізняють звичайні імперативні норми (або положення від яких сторони не можуть відступити у договорі) та надімперативні норми (переважні імперативні норми або імперативні норми, що мають особливе значення). Звичайні імперативні норми можуть бути визначені як такі, що встановлюють будь-які обов'язкові правила поведінки. Іноді їх визначають як норми, що не мають ознак надімперативних норм [197; с.13].

Надімперативні –це норми, що закріплюють надзвичайно важливі для даного суспільства цінності. Пункт 37 Преамбули Регламенту Рим I визначає «переважні імперативні положення» («overriding mandatory provisions») як такі, що мають принципове значення для охорони публічних інтересів певної країни, таких як політичний, соціальний чи економічний устрій тією мірою, якою вони підлягають застосуванню до будь-якої ситуації, що підпадає під їх дію [158].

В.П. Звєков відзначає, що до норм, які «мають особливе значення» належать різного роду цивільно-правові настанови, які будучи частиною цивільного права виражають публічно-правові інтереси, виступають ніби продовженням публічно-правових начал у приватному праві. У якості таких правил від пропонує розглядати, наприклад, положення ст. 1 (3) ЦК РФ (про вільне переміщення товарів, послуг та фінансових послуг на всій території Росії), ст. 162 (3) ЦК РФ (про наслідки недотримання простої письмової форми зовнішньоекономічного правочину) та ст. 208 РФ (про вимоги, на які позовна давність не розповсюджується) [268; с.204-205].

За походженням імперативних норм їх поділяють на національні, міжнародні та наднаціональні. Національними імперативними нормами є такі, що прийняті державами автономно. Міжнародні або наднаціональні імперативні норми походять з міжнародних конвенцій, міжнародного публічного права або прийняті наднаціональними організаціями [444].

Обмежувачами матеріальної свободи сторін договору виступають як звичайні імперативні норми так і надімперативні норми.

Зі статей 6, 1133 ФЦК, ст. 1255 ЦК Іспанії, ст. 1354 ЦК Італії, ст. 3.40 (1) ЦК Нідерландів випливає, що обмеженнями свободи договору є також добрі нрави (мораль) та публічний порядок. У ФРН свобода договору обмежується законодавчими заборонами, добрими нравами, доброю совістю.

Одне із можливих визначень добрих нравів полягає у тому, що це «сукупність імперативних норм соціальної моралі, піднесених до суспільної етико-моральної доктрини, які підлягають виконанню кожним членом суспільства, незалежно від його релігійних, філософських, політичних та особистих моральних переконань» [12; с.688].

При цьому варто варто відзначити те, що приклади порушень добрих нравів розуміються більш менш однаково різними авторами, що належать до різних правових систем.

Так, аналізуючи відповідні статті ФЦК, М. Планіоль наводить приклади порушень добрих нравів: посередництво при укладенні шлюбів, угоди, які стосуються будинків терпимості [360; с.365]. Р. Саватьє, відповідаючи на питання, як визначити відповідність добрим нравам дій особи, зазначав, що французький суддя визначає це відповідно до свого власного усвідомлення суспільних явищ. У якості договорів, що суперечать добрим нравам Р. Саватьє наводив договори, призначенні для функціонування ігорних будинків, позики, що мають метою сприяти адюльтеру, а також надання ігорними будинками грошових позик, щоб допомогти гравцю поновити свої ставки [382; с.175-176].

І. М. Хожукова, проаналізувавши англійські прецеденти, наводить деякі приклади нікчемних правочинів, у зв'язку із порушеннями ними добрих нравів, зокрема, це правочини, предметом яких є скоєння злочинів, такі, що посягають на основи шлюбу, правочини, пов'язані з парі та ін. [415; с.238-244].

Л. Еннекцерус наводить наступні приклади порушення добрих нравів: 1) здійснення чи сприяння здійсненню тому, що заборонено добрими нравами або є перепоною для здійснення того, що передписано добрими нравами (обіцянка контрабанди, обіцянка винагороди за аморальні дії, обіцянка порушити договір та ін.); 2) зобов'язання до дій чи утриманню від дій, які повинні бути вільними (обіцянка безшлюбності, усиновлення особи, зміни віросповідання); 3) надзвичайне обмеження особистої чи економічної свободи особи; 4) ставлення в залежність від сплачених грошей і цінностей того, що за правилами добрих нравів не повинно залежати від цього (нескоєння злочину, прохання про призначення на посаду); 5) лихварські правочини. При цьому Л. Енекцерус відзначає, що даний перелік є неповним [429; с.268-273].

Й.О. Покровський виділив два підходи до розуміння «добрих нравів»: 1) ототожнення добрих нравів з мораллю; 2) розуміння їх як правил пристойності, що властиві даному суспільству. Другий підхід передбачає те, що нрави ґрунтуються на зовнішніх правилах пристойності, мораль - на внутрішньому стані совісті [365; с.254-255]. Разом із тим, аналіз судової практики та поглядів окремих цивілістів призвів його до думки (з якою неможливо не погодитися і сьогодні) про те, що «поняття «добрих нравів» є умовною формулою, під час розкриття якої відходять в сторону будь-які міркування моралі,

благопристойності і на сцену виступають критерії виключно правового характеру, але критерії…, що залишаються в стадії суб'єктивного розсуду суддів» [365; с.257].

Сучасні автори характеризують добрі нрави як відсутність неправди, підкупу, невірності слову, експлуатації нужди, злості [428; с.62].

До визначення публічного порядку можна застосовувати широкий та вузький підходи. Перший з них полягає у тому, що публічний порядок є певною сукупністю правил моралі, а також імперативних норм держави, тобто, норм, які встановлюються у публічному інтересі та є обов'язковими для застосування на території певної держави.

Інший підхід, що отримав назву вузького, зводиться до того, що публічний порядок обмежується найбільш фундаментальними принципами моралі, соціального та правопорядку. При цьому імперативні норми не є складовою частиною публічного порядку. Прибічники вузького підходу наголошують на тому, що усі норми публічного порядку мають імперативний характер, тому що вони відображають непорушні принципи моралі та справедливості. Разом із тим, не всі імперативні норми піднімаються до рівня публічного порядку, тому що інтереси які захищаються ними, не обов'язково стосуються фундаментальних цінностей суспільства [475; с.664].

Наприклад, Верховний Суд Швейцарії у рішенні, винесеному у справі Inter Maritime Management SA v. Russin & Vecchi зазначив, що порушення імперативних норм швейцарського права, таких як заборона складених процентів, не обов'язково тягне за собою порушення швейцарського публічного порядку [620].

Слід також відмітити, що в межах вузького підходу проводиться відмежування між змістом внутрішнього та міжнародного публічних порядків. Необхідність такого відмежування пояснюється відмінностями між внутрішніми відносинами та тими, що містять іноземні елементи. Зокрема, прибічники вузького підходу стверджують, що правила, які утворюють публічний порядок у внутрішніх відносинах, не обов'язково є складовою міжнародного публічного порядку. Останній обмежується лише тими правилами, які є життєво важливими для правової системи держави [554; с.360-364].

На наш погляд, публічний порядок, що обмежує матеріальну свободу сторін договору є певною сукупністю правил моралі, а також імперативних норм держави, тобто, норм, які встановлюються у публічному інтересі та є обов'язковими для застосування на території певної держави.

В контексті обмеження свободи договору у ФРН важливим є рішення ФКС від 19 жовтня 1993 [508; с.75-80].

Р. Цімерман називає дане рішення ФКС таким, що «справляє глибоке враження». Аналізуючи його, автор робить висновок, з яким не можливо не погодитися: приватна автономія не може належно захищатися режимом необмеженої свободи договору. Навпаки, цивільні суди зобов'язані контролювати зміст договорів, які є незвично обтяжливим для однієї зі сторін і які в результатом нерівності у зв'язку із сильною позицією однієї із сторін на переговорах (ринковою владою) [563; с.207].

Отже, на думку ФКС необмежена свобода договору не гарантує приватної автономії сторін. Цивільні суди зобов'язані контролювати зміст договорів, що є надмірно незбалансованими на шкоду однієї із сторін, якщо дисбаланс випливає з конструктивної нерівності переговорних можливостей сторони.

Сфера дії договору, а відтак, і свобода договору, як правило, обмежуються за колом осіб. Це означає, що за загальним правилом, договір поширює свою дію лише на сторони договору (принцип відносної дії договору).

Варто відзначити, що в окремих правових системах принцип відносної сили договорів прямо закріплений у національних законодавствах. Наприклад, відповідно до ст. 1119 ФЦК за загальним правилом, брати зобов'язання чи укладати договір можна лише для себе самого. Схожою є ст. 1165 ФЦК, згідно з якою угоди мають силу лише між договірними сторонами; вони жодною мірою не спрямовані проти третьої особи і приносять їй вигоду лише у випадку, передбаченому ст. 1121. (Ст. 1121 передбачає можливість укладення договорів на користь третьої особи).

Так, само відповідно до ст. 1257 ЦК Іспанії договір діє лише між договірними сторонами та їх спадкоємцями; за винятком, по відношенню до останніх, випадків, коли права і обов'язки, що випливають з договору, не підлягають передачі, або за їх природою, або за угодою, або згідно з положеннями законодавства. Якщо договір містить умову на користь третьої особи, остання має право вимагати її виконання, якщо вона вже повідомила про своє прийняття боржника до її скасування [168].

Відповідно до ст. 308 (3) ЦК РФ зобов'язання не створює обов'язків для осіб, які не беруть у ньому участі (третіх осіб). У випадках, передбачених законом, іншими правовими актами чи угодою сторін, зобов'язання може створювати для третіх осіб права по відношенню до однієї чи обох сторін зобов'язання.

Аналогічна норма міститься у ст. 270 (3) ЦК РК. Схожою є й ст. 511 ЦК України. Від наведених вище норм інших країн вона відрізняється тим, що права третьої особи по відношенню до кредитора чи боржника (або обох із них) можуть породжуватися лише договором, в той час, коли відповідно до ст. 270 (3) ЦК РК, ст. 308 (3) ЦК РФ підставою їх виникнення є також положення законодавства.

У Німеччині принцип відносної сили договору не закріплений у загальних положеннях НЦУ. Він виводиться з певних спеціальних положень НЦУ (пар. 311 «Зобов'язання, що виникають із правочинів та із підстав, подібних правочинам», пар. 328 «Договір на користь третьої особи», пар. 333 «Відмова третьої особи від права») [544; с.24]. Однак принцип відносної дії відставляється у сторону, коли договір встановлює наслідки на користь третіх осіб або коли третя особа включається у договірне відношення чи зобов'язання (пар. 328).

НЦУ встановлює два види договорів на користь третіх осіб: справжній договір на користь третіх осіб та помилковий поговір користь третіх осіб. У першому випадку тертя особа прямо набуває права вимагати виконання від боржника (пар. 328 (1). У другому випадку, третя особа, чия позиція є більш крихкою не набуває жодних прав щодо боржника (пар. 328 (2).

Особливістю голландського права є закріплення у ньому на законодавчому рівні

положення про те, що третя особа, яка приймає умову на свою користь, стає стороною договору (ст. 6: 254 ЦК Нідерландів). Таким чином, договір укладений на користь третьої особи не є виключенням із принципу відносної сили договору.

Укладення умови на користь третьої особи можливе, якщо вона базується на угоді сторін і що третя сторона (бенефіціар) може відмовитися або прийняти таку умову (ст. 6:253 ЦК Нідерландів). (ст. 6: 253: «1. Договір створює для третьої особи право вимагати виконання платежу або виконання договору іншим способом від однієї із сторін, якщо договір містить умову з цього приводу і якщо третя особа приймає її. 2. Умова, вказана у попередньому параграфі (умова на користь третьої особи) може бути відкликана стороною, яка встановила її, до моменту прийняття третьою особою. 3. Прийняття умови на користь третьої особи або відмова від неї здійснюється шляхом подачі заяви третьої сторони одній із сторін договору. 4. Якщо умова на користь третьої особи є безвідкличною, і було передбачено, що по відношенню до третьої особи вона є безоплатною, вона вважається прийнятою, якщо третя сторона не відмовилася відразу після того як дізналася про існування такої умови» [106].

Можливість поширення договору на третіх осіб, передбачена й ст. 112 ЗЗ Швейцарії, відповідно до якої «Особа, яка діючи від власного імені, укладає договір, за яким право на виконання має третя особа, має право вимагати виконання зобов'язання на користь вказаної третьої особи. 2. Третя особа або її правонаступник має право вимагати виконання, якщо сторони мали намір щодо цього або якщо це відповідає звичайній практиці. 3. У цьому випадку кредитор не може звільняти боржника від виконання зобов'язання, якщо третя особа повідомила боржника про свій намір реалізувати її право» [108].

Наведені норми законодавства різних держав серед іншого вказують на те, що особа, на користь якої укладається договір або певна умова договору, має право як прийняти так і відмовитися від цього. Це пов'язано із тим, що права, які особа отримує в результаті прийняття такої умови можуть бути з якихось причин для неї небажаними. Наприклад, вантажоодержувач, крім права отримати вантаж, може, в результаті, отримати обов'язок здійснити певні платежі; особа, на користь якої придбавається певне майно, зобов'язана його утримувати і т.д.

При цьому законодавство одних держав встановлює, що третя особа повинна повідомити про свій намір скористатися правом боржнику (наприклад, ст. 391 (2) ЦК РК, ст. 430 (2) ЦК РФ, ст. 112 (3) ЗЗ Швейцарії, ст. 1257 ЦК Іспанії). Особливу позицію з цього приводу займає голландське право: третя особа може повідомити про свій намір як кредитора так і боржника (ст. 6:253 (3) ЦК НІДЕРЛАНДІВ). Схожу позицію займає ЦК РМ.[62]

ФЦК в чинній редакції не визначає, кому третя особа повинна повідомити про свій намір скористатися правом. Із ст. 1171-1 (2) *Пропозицій* випливає, що розробники цього документу вважають, що ФЦК має бути доповнена нормою, яка дозволяє третій особі повідомити як боржника так і кредитора (ст. 1171-1 (2) Пропозицій: «У випадку, якщо третя сторона приймає умови на свою користь до її відкликання, це робить таку умову безвідкличною, якщо той, хто запропонував її або боржник знають про це» [526; с.732].

У зв'язку із цим слід відмітити, що ст. 636 (3) ЦК України зазначає про те, що третя особа має виразити намір стосовно бажання скористатися правом: «З моменту вираження третьою особою наміру скористатися правом….». Однак, вказана норма не вказує, кому саме третя особа повинна висловлювати свій намір, що може створювати проблеми на практиці. На наш погляд, при вирішенні цього питання доцільно використати досвід тих країн, законодавство яких містить правило про те, що третя особа повідомляє про свій намір боржника, оскільки саме він здійснює виконання за договором і йому важливо знати кому саме він повинен його здійснити. У зв'язку із цим ст. 636 (3) ЦК України слід викласти у наступній редакції: «З моменту вираження третьою особою свого наміру боржнику скористатися своїм правом сторони не можуть розірвати або змінити договір без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом».

Порівняння норм права різних держав, що регулюють укладення договору або договірної умови на користь третьої особи, призводить до висновку про відмінності у визначенні суб'єктів, що мають право реалізації вимог щодо виконання договору на

[62] Відповідно до ст. 202 (1) ЦК РМ якщо наслідки правочину, що підлягає виконанню по відношенню до іншої особи.ю залежать від згоди іншої особи, згода чи відмови від дачі згоди можуть бути виражені як по відношенню до однієї сторони так і по відношенню до іншої [10].

користь третьої особи. Так, відповідно до ст. 636 (2) ЦК України виконання договору на користь третьої особи може вимагати як особа, яка уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачено виконання, якщо інше не встановлено договором або законом чи не випливає із суті договору. При цьому, як вдало зауважує О.О. Кот, «вигодонабувач не витісняє кредитора із зобов'язання» [307; с.41].

Таким чином, за законодавством України вимагати виконання договору на користь третьої особи може як особа, яка уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачено виконання. Обмеженнями реалізації прав вказаних осіб виступають договір, закон та суть договору. Тобто, договір на користь третьої особи може передбачати, що вимагати виконання має право, наприклад, лише третя особа. Аналогічні положення можуть бути передбачені законом. (Наприклад, відповідно до 725 (2) ЦК України у разі смерті дарувальника, оголошення його померлим, визнання безвісно відсутнім чи недієздатним виконання обов'язку на користь третьої особи має право вимагати від обдаровуваного особа, на користь якої встановлений цей обов'язок).

Що стосується «суті договору» як обмеження для реалізації прав, що випливають із договору на користь третьої особи, на наш погляд, гнучкість цієї категорії може створювати проблеми для реалізації прав, що випливають із договору на користь третьої особи. Крім того, слід відзначити, що нормативно-правові акти інших країн не містять такого обмеження[63].

У зв'язку із цим, на наш погляд, зі ст. 636 (2) ЦК України слід виключити слова «чи не випливає із суті договору».

У Англійському праві принцип відносної дії договору відображається у Доктрині

[63] Так, із ЦК РК випливає, що вимагати виконання договору мають право як третя особа (ст. 391 (1) ЦК РК) так і кредитор (ст. 391 (5) ЦК РК). При цьому дана ст. не встановлює жодних обмежень для вказаних вимог [9]. Ст. 430 (1) ЦК РФ дає підстави для висновку, що вимагати виконання договору на користь третьої особи має право ця особа. Жодних обмежень щодо реалізації цього права дана ст. не встановлює [11]. Формулювання ст. 112 (2) Швейцарського зобов'язального закону дає підстави для висновку, що вимагати виконання за договорами на користь третіх осіб, має право як кредитор так і третя особа. У останньої це право виникає у тому випадку, «якщо сторони мали намір щодо цього або якщо це відповідає звичайній практиці».При цьому, Швейцарське законодавство встановлює випадки, коли вимагати виконання має право лише особа, на користь якої укладено договір. Так, згідно зі ст. 113 Швейцарського зобов'язаного закону якщо роботодавець страхує відповідальність, а працівник виплачує хоча б половину страхових внесків, працівник єдиний має право на страхові відшкодування [108].

приватності договору (Doctrine of Privity of Contract). Відповідно до неї тільки сторони договору можуть вимагати його виконання або виконувати його. В основі цієї доктрини відмежування між правами, що вникають із зобов'язального права та речового права. Якщо речові права є обов'язковими для усього світу, то права, що випливають із договору зобов'язують лише іншу сторону договору. Права, що виникають з договору можуть бути предметом позову щодо їх примусового виконання або дотримання тільки між самими сторонами, що реалізовують права. Навіть якщо треті особи зацікавлені у виконанні договору, вони не можуть вимагати виконання договору та від них не може вимагатися виконання.

Протягом відносно тривалого періоду розвитку, були допущені винятки з Доктрини приватності, зокрема, для того, щоб дозволити третім особам, на користь яких укладаються договори, отримувати вигоди, передбачені для них договором.

У 1996 році Комісія з питань законодавства написала і розповсюдила доповідь, спеціально присвячену цьому питанню, під назвою: «Приватність договору: Договори на користь третіх осіб» [548]. Ця доповідь призвела до великої реформи у праві та прийняття Закону про контракти (Права третіх осіб) 1999 р. [78], який обмежив доктрину приватності.

В силу цього закону, третя особа може вимагати виконання за договором у двох випадках: якщо договір явно встановлює, що третя особа має на це право та якщо договір укладений на користь третьої особи.

Свобода сторін договору простягається до тих меж, поки договір не порушує прав інших осіб. В одних країнах такий висновок випливає з аналізу загальних норм цивільного законодавства. Так, наприклад, відповідно до ст. 13 (2) ЦК України при здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб.

Таким чином, сторони не можуть укладати договір, що ставить під загрозу реалізацію прав третіх осіб. Наприклад, боржник, що вже має зобов'язання перед кредитором, не повинен укладати договір, що ставить під загрозу виконання його зобов'язання. Для забезпечення цього право окремих країн передбачає можливість кредитора оспорювати юридичні дії, вчинені їх боржником у порушення їх прав. Слід

сказати, що такий спосіб захисту прав кредитора має коріння у римському праві, якому був відомий паулінівський позов (actio Pauliana) [328; с.43-44].

Так, наприклад, відповідно до ст. 1167 ФЦК кредитори можуть від свого власного імені оспорювати юридичні дії, вчинені боржником у порушення їх прав. Таким чином, обов'язок дотримання прав кредитора покладається не лише на боржника, але й на осіб, які з ним укладають договори. Отже, визнаним є те, свобода боржника та особи, яка укладає з ним договір, обмежена правами кредитора.

Слід відзначити, що у *Пропозиціях* пропонується викласти ст. 1167 у наступній редакції: «Кредитор може від власного імені оскаржити будь-який юридичний акт вчинений його боржником як шахрайство по відношенню до його прав, хоча у випадку безоплатного акту, він може так вчинити, якщо встановить, що інша сторона, яка уклала договір з його боржником знала про це шахрайство. Юридичний акт, який був визнаний шахрайським, не може бути використаний проти кредиторів, оскільки останнім не повинні наноситися збитки у зв'язку із будь-якими його наслідками. У разі необхідності, третя сторона, яка придбала нерухомість на підставі такого акту зобов'язана здійснити повернення того, що було нею отримано обманним шляхом. Кредитор може пред'явити позов тільки протягом трьох років з часу, коли йому стало відомо про шахрайство». Такий підхід закріплює поточну судову практику [526; с.221].

На відміну від французького права, право ФРН не має положень, які б прямо обмежували свободу договору правами третіх осіб. Однак, якщо договір укладено у порушення прав третіх осіб, він може бути визнаний недійсним шляхом застосування пар. 138 НЦУ, коли він є особливо жорстоким або нечесним по відношенню до третіх осіб. Згідно із прецедентним правом таким є, наприклад, договір який є результатом шахрайської змови для провалу угоди, що надає переважне право купівлі. Німецьке право також захищає права третіх осіб кредиторів.

Параграф 161 НЦУ встановлює наслідки відсутності необхідного дотримання прав третіх осіб. Він призводить до недійсності договору, якщо особа нехтує умовним правом іншого, навіть якщо умова ще нереалізована [544; с.28].

У багатьох країнах відсутні загальні норми, що регулюють вплив прав третіх осіб на договір. Однак, більшість національних правових систем регулюють випадки, коли права кредиторів опиняються під загрозою. Відповідні положення можуть бути передбачені як нормами договірного права так нормами права про банкрутство (наприклад, ст.ст. 3: 45 - 3: 48 ЦК Нідерландів [106], ст. ст. 1290-1295 ЦК Іспанії [168]; ст.ст. 423-425 Англійського Акту про неспроможність [133].

Свобода сторін договору обмежується не лише у національному законодавстві, але й в окремих уніфікованих документах, що регулюють міжнародні договірні зобов'язання.

Із тексту ст. ст. 6, 12, 96 КМКП випливає, що за певних умов вона *обмежує свободу форми* договору міжнародної купівлі-продажу. Розробники Конвенції визнавали, що для деяких держав важливим елементом публічного порядку є письмове укладення, зміна чи припинення договорів [553; с.20]. З цієї причини була створена ст. 12, яка надає можливість договірній державі зробити заяву відповідно до ст. 96, для того щоб усунути застосування ст. 11, ст. 29 або ч. II Конвенції, які допускають, щоб договір купівлі-продажу, його зміна чи припинення угодою сторін здійснювалися не в письмовій а у будь-якій іншій формі, якщо хоча б одна із сторін має своє комерційне підприємство у такій державі. При цьому варто відзначити, що зробити заяву на підставі ст. 96 можуть лише ті держави, законодавство яких вимагає, щоб договори купівлі-продажу укладалися або підтверджувалися у письмовій формі.

Поняття «письмова форма» у КМКП не розкривається (ст. 13 лише зазначає, що « для цілей цієї Конвенції під «письмовою формою» розуміються також повідомлення по телеграфу та телетайпу»).

Як зазначає П. Шлехтрайм, ст. 13 мала на меті створити єдиний об'єктивний стандарт вимог до форми, для того, щоб не виникало необхідності звертатися до вимог внутрішнього права, ймовірно більш високих, про які, можливо, буде важко отримати інформацію [531].

На думку С. Ейзелена, письмова форма договору купівлі-продажу за КМКП включає повідомлення електронною поштою та факсом. При цьому оскільки питання

щодо письмової форми договору, відноситься до предмету регулювання Конвенції, але прямо в ній не вирішено, воно, в силу положень ст. 7 (2) КМКП, повинно регулюватися відповідно до загальних принципів, на яких заснована Конвенція, і лише за відсутності таких принципів – відповідно до права, що застосовується відповідно до норм міжнародного приватного права.

Протлумачивши ст. 24 КМКП, С. Ейзелен дійшов висновку, що в її основі загальний принцип про те, що будь-яка інформація, обмін якою регулюється Конвенцією, повинна бути отримана особисто адресатом або фактично доставлена в його розпорядження у місце, в якому він зазвичай отримує таку інформацію, або туди, де він повинен очікувати інформацію в ході свої звичайної підприємницької діяльності. Відтак, повідомлення відправлене на електронну адресу чи на номер факсу повинно відповідати цим вимогам [460].

Згідно із думкою Консультативної ради із КМКМ вимоги щодо «письмової форми», про яку йдеться у КМКП, дотримані у тому випадку, якщо електронний зв'язок може виконувати ту ж функцію що й паперове повідомлення. Такими функціями є можливість збереження (отримання) повідомлень та їх розуміння і сприйняття. При цьому Консультативна рада посилається на ст. 6 Типового закону ЮНСІТРАЛ «Про електронну торгівлю», відповідно ч. 1 до якої, якщо законодавство вимагає, щоб інформація не була надана у письмовій формі ця вимога є виконаною шляхом надання повідомлення даних, якщо інформація, що міститься у ньому, є доступною для її подальшого використання [452].

Таким чином, Консультативна рада визнає, що термін «письмова форма» у КМКП також включає електронні повідомлення.

Дослідження Думки Консультативної ради щодо тлумачень окремих положення КМКП, які передбачають обмін певною інформацією, дозволяє зробити висновок про те, що при використанні електронного зв'язку, моментом відправлення (отримання) повідомлення вважається момент відправлення його з серверу (поступлення його на сервер) певної особи. Так, наприклад, тлумачачи ст. 18 (1) КМКП, Консультативна рада відзначає,

що оферта вважається отриманою в момент, коли електронне повідомлення поступило на адресу оферента. Тлумачачи термін «відправлення запізнілого акцепту» (ст. 21 (2) КМКП) Консультативна рада вказує на те, що моментом такого відправлення є відправлення повідомлення з серверу адресата оферти.

Крім того, з аналізу Думки Консультативної ради випливає й те, що необхідною умовою обміну інформацією шляхом електронної комунікації є пряма або непряма згода відповідної особи отримувати електронні повідомлення такого типу, в такому форматі та на дану адресу. Наприклад, акцепт оферти набуває чинності в момент, коли згода надійшла на сервер оферента, за умови, що оферент погодився, прямо або непрямо, отримувати електронні повідомлення такого типу, в такому форматі і на цю адресу (ст. 18 (2) КМКП) [452].

Із змісту ст. 9 КМКП впливає, що свобода сторін обмежується також 1) звичаями, про які вони домовилися (ст. 9 (1) КМКП); 2) звичаями, про які вони знали чи мали знати і які в міжнародній торгівлі широко відомі і постійно додержуються сторонами в договорах такого роду й відповідній галузі торгівлі(ст. 9 (2) КМКП); 3) практикою, яку вони встановили у своїх відносинах.

У літературі відмічається, що під терміном «звичай» у КМКП може розумітися не лише правовий звичай, але й правило, що не є правовим звичаєм, застосованість якого базується на тому, що воно входить до складу волевиявлення сторін договору (узвичаєння) [5; с.34].

При цьому, якщо сторони домовилися про застосування звичаїв, вони матимуть пріоритет над нормами Конвенції, в силу її ст. 6, яка передбачає, що «Сторони можуть виключати застосування цієї Конвенції або за умови додержання ст. 12, відступати від будь-якого з її положень чи змінювати його».

Звичаї, які підлягатимуть застосовуванню в силу ст. 9 (2) КМКП також матимуть переважну силу по відношенню до неї, оскільки вважається, що сторони мали на увазі (іншими словами домовилися) про їх застосування до договору. Це правило не буде діяти

лише тоді, коли сторони домовилися про виключення застосування певних звичаїв до своїх відносин [461].

Водночас, варто відмітити те, КМКП не висуває жодних вимог до звичаїв, про які сторони домовилися (на відміну від звичаїв, які підлягають застосуванню в силу ст. 9 (2)). Відтак, вважається, що сторони можуть домовитися про застосування національного звичаю. Водночас у цьому випадку слід враховувати те, що дійсність будь-якого звичаю не підпадає під сферу дії Конвенції (ст. 4 (1) (а)), тому дане питання підлягатиме вирішенню на підставі положень національного права.

КМКП визначає характеристики звичаїв, які підлягають застосуванню, на підставі ст. 9 (2). Зокрема, такі звичаї повинні бути широко відомими у міжнародній торгівлі та постійно дотримуватися сторонами у договорах даного роду у відповідній галузі торгівлі.

Критерій відомості у міжнародній торгівлі вважається найбільш значущим. Звичаї відповідають такій ознаці, якщо вони є відомими у відповідних бізнес-колах у більшості країн, що належать різних груп (наприклад, розвинені, такі, що розвиваються). У конкретному випадку, однак, може бути достатнім, щоб звичаї були відомі серед ділових кіл держав, де сторони мають свої комерційні підприємства. Але вони повинні бути відомі там як правила, що регулюють міжнародну торгівлю, а не тільки внутрішні відносини. При цьому звичаї не обов'язково повинні застосовуватися до усіх договорів. Достатньо, щоб вони стосувалися договору купівлі-продажу певного виду [461].

Важливою підставою того, застосування звичаїв на підставі ст. 9 (2) є те, що знали або повинні були знати про існування такого звичаю. Цю точку зору ілюструє наступна справа.

Німецький продавець і австрійський покупець уклали договір на поставку деревини. Покупець, посилаючись на невідповідність товару, відправив продавцю письмову скаргу про те, що товар не відповідає узгодженій якості, і відмовився платити ціну. Посилаючись на місцеві німецькі звичаї в торгівлі деревиною, продавець стверджував, що покупець повинен був вказати точний характер невідповідності протягом 14 днів. Враховуючи те, він цього не зробив, покупець втратив своє право на позов. Покупець стверджував, що надав

належне повідомлення про невідповідність, і що місцевий звичай не застосовується до міжнародного договору купівлі-продажу, який регулюються КМКП.

Покупцеві було відмовлено у задоволенні позову судом нижчої інстанції. Потім це рішення було підтримано Верховним Судом. При цьому суд заявив, що, хоча КМКП не розглядає питання дійсності звичаїв (ст. 4 КМКП), вона регулює застосування звичаїв (ст. 9 КМКП). На думку суду, місцевий звичай не обов'язково повинен бути міжнародно визнаними. Для того, щоб вважатися широко відомим і постійно дотримуватися в міжнародній торгівлі (стаття 9 (2) КМКП), використання звичаю повинно бути визнано більшістю осіб, що діють у відповідній галузі торгівлі.

Крім того, сторона знала або повинна була знати про конкретний звичай, якщо вона мала своє комерційне підприємство в географічному районі, де звичай застосовувався, або якщо сторона постійно веде справи з регіоном, де даний даний звичай застосовується.

Оскільки продавець і покупець раніше укладали договори на поставку деревини, і продавець явно посилався на місцеві звичаї у своїх документах, суд зазначив, що покупець повинен був знати про місцеві німецькі звичаї, використання яких превалює над положеннями КМКП, в тому числі ст. 39 [614].

Використання стандартних умов у відповідній галузі торгівлі також може розглядатися як звичай і стати підставою для висновку про те, що сторони знали про існування звичаю. Це підтверджується матеріалами наступної справи.

Голландський покупець замовив пряжу у німецького продавця. Продавець відповів по факсу, а потім направив офіційне підтвердження замовлення, в якому посилався на стандартні умови Німецької асоціації торгівців пряжею. Стандартні умови, зокрема, встановлювали, що відсоткова ставка в разі прострочення платежу повинна складати 4% облікової ставки Бундесбанку. Здійснивши поставку, продавець не отримав оплати покупної ціни і звернувся з позовом про стягнення її та відсотків у відповідності зі своїми стандартними умовами.

Розглядаючи цю справу, суд зазначив, що не має істотних відмінностей між ст. 9 КМКП і німецьким та голландським внутрішнім законодавством у зв'язку з питанням про те, чи є стандартні умови продавця частиною контракту.

Тому, навіть не визначаючи, яке право буде застосовуватися, суд встановив, що стандартні умови стали частиною контракту. Доходячи такого висновку, суд взяв до уваги, що стандартні умови регулярно використовуються у відповідній галузі торгівлі. Завдяки своєму досвіду, як бізнесмен у відповідній галузі торгівлі, покупець не міг не знати про широке використання стандартних умов, на які посилається продавець, зокрема, їх конкретних положень, що стосуються відсотків, і що останні не були такими, яких покупець не міг очікувати їх. На думку суду, це підтверджувалося також тим, що покупець вже укладав договори із цим же продавцем у минулому. Таким чином, рішення було винесено на користь продавця [585].

Треба мати на увазі також те, що відповідно до ст. 9 (1) КМКП сторони пов'язані не лише звичаєм, але й практикою, які вони встановили у своїх відносинах. При цьому Конвенція конкретизує, в яких випадках можна стверджувати, що сторони встановили практику у своїх відносинах. На думку деяких судів, для цього необхідно, щоб відносини між сторонами тривали якийсь час і щоб така практика призводила до укладення різних договорів. Їй притаманна, зокрема, певна періодичність та тривалість, якої не існує, якщо були здійснені усього дві поставки [575].

Які відносини вважаються «практикою», що склалася між сторонами ілюструє наступна справа.

У одній із справ, що розглядалася австрійським судом, компанія (продавець), зареєстрована у Гонконзі, уклала контракт з австрійською корпорацією (покупець) на поставку порошку танталу, за яким товар повинен доставлятися партіями протягом двох років. Контракт був укладений англійською мовою, але замовлення на поставку містили посилання на стандартні умови покупця, надруковані німецькою мовою на зворотному боці. Згідно з цими умовами, договір підпорядковувався австрійському законодавству. Хоча замовлення повинні були підписуватися продавцем і повертатися до покупця,

продавець іноді поставляв товар без підписання і повернення замовлень. Пізніше, виник спір про те, наскільки законно стандартні умови покупця були включені до договору.

Суд дійшов висновку, що, хоча Конвенція (яка була визнана правом, що регулює договір відповідно до її ст. 1 (1) (a)) конкретно не розглядає питання про включення стандартних умов, їх включення у договір регулюється відповідними положенням про укладення договорів (ст. 14 КМКП і наступні) і (стаття 8 КМКП). На думку суду, ст. 8 КМКП вимагає, щоб стандартні умови були включені в оферту сторони, яка має намір їх використовувати, таким чином, що інша сторона знала або не могла б бути розумно не знати про такий намір. Це може досягатися за допомогою прямих або непрямих посилань на стандартні умови в ході переговорів або шляхом сталої практики між сторонами, як це передбачено ст. 9 (1) КМКП.

В даному випадку, було встановлено, що продавець прийняв стандартні умови покупця, надруковані на зворотному боці замовлень, оскільки він ніколи не скаржився і не просив перекладу стандартних умов, незважаючи на тривалість, інтенсивність і економічне значення ділових стосунків з покупцем.

В результаті включення стандартних умов, вважається сталою практикою між сторонами у відповідності зі ст. 9 (1) КМКП. Крім того, той факт, що продавець іноді доставляв товар навіть без підписання і повернення отриманих замовлень був визнаний судом як мовчазне визнання стандартних умов відповідно до ст. 8 (3) КМКП [613].

Свобода договору обмежується також транспортних конвенціях. Це може виявлятися, наприклад, у тому, що певний міжнародний договір чітко визначає, як саме може виявлятися свобода договору. Наприклад, відповідно до Монреальської конвенції свобода договору виявляється у тому, що перевізник має право:

- відмовитися від укладання договору перевезення;
- відмовитися від будь-яких засобів захисту, передбачених Конвенцією;

  встановити умови, які не суперечать Конвенції (ст. 27).

Крім того, перевізник може змінити межі своєї відповідальності, передбачені Конвенцією, однак лише в бік збільшення або шляхом встановлення необмеженої відповідальності (ст. 25).[64]

Стаття 40 КДПВ надає перевізникам право за взаємною згодою встановлювати між собою положення інші, ніж ті, що містяться у ст. 37 (встановлює правила розподілу збитків між перевізниками, які брали участь у перевезенні) та ст. 38 (містить правило про розподіл збитків між перевізниками у випадку неплатоспроможності одного з них).

Стаття 10 Афінської конвенції надає свободу перевізнику і пасажиру встановити вищі межі відповідальності перевізника у разі смерті пасажира, заподіяння шкоди його здоров'ю, а також у разі втрати або пошкодження багажу.

Відступ від імперативних норм транспортних конвенцій тягне за собою недійсність відповідних умов договору. Так, наприклад, відповідно до ст. 5 ЦІВ крім випадків, коли Правила це ясно дозволяють, будь-яка умова договору, що безпосередньо або непрямо відхиляється від них, є недійсною і позбавленою будь-якої законної чинності. Аналогічне правило передбачене ст. 5 ЦІМ, ст. 4 ЦУІ.

В силу ст. 41 КДПВ будь-яка умова, яка прямо чи опосередковано відступає від положень цієї Конвенції, є недійсною (крім умов від яких дозволяється відступити відповідно до ст. 40).

Ст. 18 Афінської конвенції передбачає недійсність будь-якої умови договору, що має своєю метою: - звільнити перевізника від відповідальності у випадку виникнення події, що стала причиною смерті пасажира чи заподіяння йому тілесного ушкодження, або втрати чи пошкодження багажу або зменшити розмір такої відповідальності; - перенести обов'язок доказування, що лежить на перевізникові; - обмежити можливість вибору підсудності справ порівняно із тим, що передбачений ст. 17 (1) Афінської конвенції.

Із ст. ст. 1:102, 1:103 PECL випливає, що свобода сторін договору обмежується: 1) добросовісністю і чесним веденням справ; 2) імперативними нормами PECL; 3) імперативними нормами національного права, що застосовується до договору; 4) імперативними нормами національного та міжнародного права, які згідно з відповідними

[64] Водночас «будь-яке положення, спрямоване на звільнення перевізника від відповідальності або на встановлення межі відповідальності, нижчої, ніж та, яка встановлена цією Конвенцією, є недійсним і не має юридичної сили…» (ст. 26 Монреальської конвенції) [80].

нормами МПрПзастосовуються не залежно від права, що регулює договір. Останні визначаються як вираз фундаментального публічного порядку певної країни і які повинні застосовуватися, якщо договір має тісні зв'язки з нею [502; с.101].

Стаття 1:103 PECL дозволяє сторонам обрати PECL у якості регулятора їх відносин, якщо застосовуване право[65] не встановлює іншого.

Якщо сторони обирають PECL, у якості права, застосовуваного до договору, а не використовують лише його окремі договірні умови, PECL повинні розглядатися як єдине ціле з урахуванням імперативного чи диспозитивного характеру їх норм (якщо національні імперативні норми не будуть застосовуватися).

І навпаки, якщо посилання у договорі на PECL означає лише включення їх окремих положень до тексту договору, тоді сторони можуть відміняти будь-які положення PECL, але пов'язані імперативними нормами або іншими нормами застосовуваного права. Можливість першої чи другої ситуації залежить від ступеню автономії волі сторін у визначенні застосованого права, що визнається застосовуваними колізійними нормами [432; с.30].

Свобода сторін підпорядкувати їх договір PECL дозволяє їм уникнути застосування певних національних імперативних норм, які коментатори PECL називають «звичайними» імперативними нормами. Таким чином, якщо сторони або арбітр обрали PECL у якості застосовуваного права, арбітр не повинен застосовувати «звичайні» імперативні норми, однак він повинен застосовувати імперативні норми принципів.

В рамках імперативних норм, важливо брати до уваги правила Глави 15, які встановлюють наслідки незаконності договору чи договірних положень. Договір не має юридичної сили у тією мірою якою він суперечить принципам права, що визнаються основними відповідно до законодавства держав-членів ЄС (ст. 15: 101). PECL уникають національних концепцій аморальності, незаконності, публічного порядку [503; с.211].

[65] Тобто, право, визначене за допомогою колізійних норм держави суду, якому спір переданий на вирішення, або який перевіряє дійсність арбітражної угоди, дійсність арбітражного рішення або здійснює приведення до іноземного арбітражного рішення відповідно до положень Нью-Йоркської конвенції [502; с.101].

При цьому, в силу ст. 15: 102 PECL якщо договір суперечить імперативній нормі права, що застосовується відповідно до ст. 1:103 PECL, застосовуються наслідки, прямо встановлені відповідною імперативною нормою. У тих випадках, коли імперативна норма прямо не встановлює наслідки такої суперечливості для договору, він може бути визнаний таким, що має юридичну силу, повністю, частково, таким, що не має юридичної сили або підлягає зміні.

Принципи УНІДРУА обмежують свободу договору: імперативними нормами національного, міжнародного чи наднаціонального походження, які підлягають застосуванню в силу відповідних норм МПрП(ст. 1.4.); імперативними положеннями Принципів (ст. 1.5.); добросовісністю та чесним веденням справ у міжнародній торгівлі (ст. 1.7.).

Коментар до Принципів УНІДРУА визначає імперативні норми національного походження, як такі що встановлюються державами самостійно (наприклад, вимоги щодо форми окремих видів договорів, ліцензування, недійсності умов договору щодо штрафів, норми, що регулюють експлуатацію ресурсів навколишнього середовища та ін.).

Імперативні норми міжнародного чи наднаціонального походження – ті, що походять з міжнародних конвенцій або міжнародного публічного права (наприклад, Гааго-Вісбійські Правила, Конвенція УНІДРУА про викрадені чи незаконно вивезені культурні об'єкти, Загальна декларація ООН з прав людини та ін.), або прийняті наднаціональними організаціями (наприклад, конкурентне право ЄС та ін.) [180; с.12].

Враховуючи те, що у різних правових системах свобода договору може обмежуватися не лише спеціальним законодавством, але й випливати із загальних принципів публічного порядку, поняття «імперативні норми», вживане у ст. 1.4. Принципів УНІДРУА має розумітися широко: як таке, що охоплює спеціальні законодавчі положення, а також загальні принципи публічного порядку [180; с.12-13].

Імперативність норм Принципів УНІДРУА може прямо встановлюватися ними. До таких норм відносять, зокрема, норми ст. 1.7. (« Добросовісність та чесне ведення справ»); ст. 3.1.4 (встановлює імперативність положень Глави 3 Принципів УНІДРУА, що стосуються обману, загрози, істотної нерівноваги і протиправності); ст. 5.1.7. (2) (стосується заміни ціни, встановленої однією стороною розумною ціною); ст. 7.4. 13 (2) (регулює

можливість зниження суми, що підлягає оплаті у випадку порушення договору); ст. 10.3 (2) (встановлює обмеження щодо зміни строків позовної давності).

В окремих випадках імперативність положень Принципів УНІДРУА випливає із характеру та цілей відповідних статей. До них відносять, наприклад, ст. 1.8., відповідно до якої: «Сторона не може діяти несумісно з розумінням, яке вона викликала у іншої сторони, і остання, покладаючись на таке розуміння, діяла розумно на шкоду собі»; ст. 7.1.6.: « Застереження, що обмежує, чи включає відповідальність однієї сторони за невиконання або допускає, щоб одна сторона здійснила виконання, яке істотно відрізняється від того, що інша сторона розумно очікувала, не може бути використане, якщо його використання призвело б до явної несправедливості, беручи до уваги мету договору» [180; с.59].

Обмежувачами свободи договору у DCFR є: 1) будь-які застосовувані імперативні норми (ст. II. -1:102 (1); 2) імперативні норми DCFR (ст. II. -1:102 (1); 3) добросовісність та чесне ведення справ.

Такі обмеження розробники DCFR пояснюють тим, що він не мав на меті врегулювати усі без винятку питання, які можуть виникати в ході реалізації цивільних прав та обов'язків, тому частина питань має регулюватися іншими джерелами, зокрема, нормами законодавства певної держави. Відтак, DCFR не впливає на правила застосування норм відповідної держави, зокрема, імперативних.

Варто відзначити, що такий підхід закріплений не лише у ст. II. -1:102 (1) DCFR, але й у інших статтях. Так, наприклад, ст. II. -1:107 DCFR (5) передбачає, що: «Ніщо у цій статті не перешкоджає застосуванню будь-яких імперативних норм», а також статтях, що регулюють відповідальність за заподіяння шкоди (ст. VI. -3:204 (d)), реальні забезпечення, що виникають при обтяженні правами кредитора рухомого майна (ст. IX. -3:301 (2)).

Окремі статті DCFR прямо зазначають про імперативність окремих його положень. Саме так зазначено, наприклад, про норми Книги II, Глави 5 «Право на відмову», Книги II, Глави 9 Розділу 4 «Несправедливі умови», ст. II.-7:215 (1).

Ряд норм DCFR обмежують свободу вибору щодо контрагента, забороняючи дискримінацію на підставі статі, раси, етнічного походження та встановлюючи відповідні способи захисту (ст.ст. II. - 2:101 - II. - 2:105, III. - 1:105.). Спеціальне обмеження свободи договору у DCFR полягає у встановленні обов'язків надавати інформацію на

переддодговірній стадії. При цьому розробники DCFR звертають увагу на те, що у сучасних умовах сторони часто потребують інформації, яка стосується не лише суті проданої речі. Відтак, право повинно розглядати не тільки випадки невідповідності інформації про основні характеристики товарів чи послуг, але й інших супутніх обставин. Тому у DCFR класичний захист від помилки доповнений обов'язками надавати іншій стороні інформацію, яка є важливою для прийняття нею належно інформованого рішення. Такі правила застосовуються, зокрема, до договорів за участю споживачів, однак, розробники наголошують на тому, що така ж проблема може постати щодо комерційних договорів [557; с.66-67]. У зв'язку із цим ст.ст. II.-3: 101- II. – 3:109 DCFR встановлюють певні інформаційні обов'язки, в силу яких одна сторона повинна надати певну інформацію іншій та встановлюють способи захисту у випадку порушення таких обов'язків.

На відміну від *Керівних принципів,*[66] DCFR не містить явно вираженого загального положення про те, що свобода договору обмежується правами третіх осіб. Це пояснюється тим, що можливість сторін зобов'язати тільки себе, якщо не встановлено іншого [557; с.63]. Водночас DCFR містить правила про представництво (Книга II, Глава 6), норми про укладення договорів на користь третіх осіб (ст.ст. II. – 9:301 - II. – 9:303, норми про заміну сторін (Книга III, Глава 5) та норми ст. III. – 5:401 про непряме представництво (за якими, якщо представник став неплатоспроможним, принципал та третя особа можуть набувати прав відносно один одного). Ці норми розглядають як виключення з правила про те, що договір має силу тільки для його сторін [557; с.63-64].

На думку розробників DCFR, немає потреби у спеціальних нормах, які б забороняли позбавляти третю особу її власності, шляхом укладення договору між певними сторонами. Якщо такі порушення прав третіх осіб мають місце, вони можуть бути врегульовані частково нормами про недійсність договорів (зокрема ст.ст. II. - 7:301 - II. - 7:304, які встановлюють наслідки порушення фундаментальних принципів та імперативних норм), а часткового правилами Книги VI про позадоговірну відповідальність за шкоду, заподіяну іншому. Прикладом останнього є спонукання сторони договору до його

[66] Відповідно до ст. 0-102 *Керівних принципів*: «Кожна сторона може зобов'язуватися лише для себе, якщо не передбачено іншого. Договір може діяти лише тією мірою, якою він не призводить до порушення або незаконної зміни прав третіх осіб» [544; с.167].

порушення. DCFR кваліфікує таку поведінку як підставу позадоговірної відповідальності за книгою VI [557; с.64].

DCFR не містить норм, які б регулювали захист прав кредиторів, поставлених у невигідне становище шляхом розміщення майна поза їх досягненням, за допомогою actio pauliana, що є характерним для багатьох правових систем. Причина у тому, що це питання є дуже близьким до питань банкрутства, які не охоплюються DCFR. Але до шахрайської передачі майна можна застосувати положення книги VI [557; с.64].

Таким чином, найпоширенішими обмежувачами матеріальної свободи договору у міжнародних уніфікованих документах є добросовісність та чесне ведення справ та імперативні норми.

3.2. Особливості здійснення свободи сторін міжнародних договірних зобов'язань щодо визначення застосовуваного права.

Законодавство багатьох держав, а також окремі міжнародні документи дозволяють сторонам міжнародного приватного договору обрати застосовуване до нього право.

Можливість самостійного вибору права є настільки важливою, що її іменують фундаментальним принципом сучасного МПрП [547], а також одним із наріжних каменів системи колізійних норм в галузі договірних зобов'язань (П. 11 Регламенту Рим I.) [158].

Принцип автономії волі сторін відомий настільки давно, що його іменують таким же стародавнім як і саме міжнародне приватне право. Вважається, що на нормативному рівні можливість вибору права була вперше зафіксована в єгипетському указі, датованому 120-118 р.р. до н.е. Даний указ встановлював, що договір, складений єгипетською мовою, підпадав під юрисдикцію єгипетських судів, які застосовували єгипетське право. Натомість спори з договорів, складених грецькою мовою, підлягали вирішенню грецькими судами, які застосовували грецьке право. Таким чином, обираючи мову договору, сторони обирали суд, що має вирішити спір, а, відтак, непрямо обирали застосовуване право [542; с.514].

У сучасному праві даний принцип відомий праву більшості країн та закріплений у багатьох міжнародних документах. У Франції можливість сторін обирати, застосовувати до їх відносин право була визнана ще у 1910 році у рішенні Касаційного суду по справі American Trading Company v. Quebec Steamship Company Limited. У 1967 році був був підготований проект Закону для внесення змін до ФЦК. Зокрема пропонувалося включити до Кодексу норму, за якою: «Договори міжнародного характеру та зобов'язання, що випливають з них, регулюються правом, щодо якого сторони висловили намір підпорядкувати себе». Визнання принципу автономії волі сторін у судовій практиці, підтримувалося його розвитком у французькій доктрині [470].

У ФРН принцип автономії волі сторін не був закріплений у первісній версії Ввідного закону до НЦУ 1896 року. Тим не менше, він підтримувався у судовій практиці, не зважаючи на протидію окремих вчених. Згодом у Ввідному законі з'явилася ст. 27, яка встановлювала свободу вибору права договірними сторонами (зараз дана ст. скасована у

зв'язку із введенням в дію Регламенту Рим I). Сучасна німецька доктрина підтримує принцип автономії волі сторін [470].

На відміну від Франції та Німеччини, в Італії принцип свободи договору був закріплений на нормативному рівні ще у 1865 році у попередніх положеннях до ЦК. У ЦК 1942 року можливість вибору права була визнана ст. 25, а також ст.ст. 9,10 Навігаційного кодексу. Відповідно до переважної доктринальної позиції та рішень Касаційного суду, право, що застосовується до договору, повинно визначатися на основі явно вираженої волі сторін, і лише за її відсутності воно встановлюється на підставі інших факторів [470].

Принцип автономії волі сторін традиційно визнавався й у англійському праві. У рішенні по справі Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd (1939) лорд Райт (Wright) зазначив, що вибір сторін повинен бути добросовісним та законним. Право, обране сторонами, може не застосовуватися з мотивів суперечливості публічному порядку. За англійським правом, якщо сторони явно не обрали право, що застосовується до договору, суд повинен був розглядати питання, чи можна вивести вибір права з умов договору. Право, яке «виводилося» таким чином, іменувалося «proper law» («належне право»). До висновку про те, що сторони мали намір застосувати «належне право» суд доходив, зокрема, тоді, коли договір містив арбітражне застереження або пророгаційну угоду, що вказували та певну країну, в якій мав відбутися арбітраж або судове вирішення спору [627]. Однак, слід відзначити, що цей підхід не можна назвати однозначним і в ряді випадків він спростовувався [470].

Американська практика договірних відносин та вирішення спорів визнавали принцип договірної автономії (відомий як «доктрина наміру сторін») ще з 1825 року. Тим не менше, під час розробки Першого Зводу конфліктного права, прийнятого у 1933 році, проф. Дж. Біль (Joseph Beale) проігнорував це. На його думку, надання сторонам свободи вибору права було б рівносильним наданню сторонам дозволу створювати закони. Тому Біль запропонував включити до Зводу lex loci contractus у якості права, застосовуваного до договірних зобов'язань. Проте, більшість американських судів, включаючи суди дванадцяти штатів, які сприйняли Перший звід конфліктного права, ігнорували даний

підхід. Другий звід конфліктного права визнав у ст. 187 принцип автономії волі. Визнаним він був й у пар. 1-301 ЄТК США [542; с.515-516].

Принцип автономії волі сторін знайшов відображення у ст. 3 Римської конвенції, а пізніше – ст. 3 Регламенту Рим І та інших міжнародних документах (наприклад, у Конвенції про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів (ст.7) [82], Міжамериканській конвенції [134] та ін.).

Також слід відзначити, що у листопаді 2012 року Спеціальна комісія із вибору права у міжнародних договорах Гаазької конференції МПрПприйняла проект Гаазьких принципів про вибір права у міжнародних договорах [105]. Згідно із Преамбулою цього документу він встановлює загальні принципи, що стосуються вибору права щодо міжнародних комерційних договорів. Принципи можуть бути використані в якості моделі для національних, регіональних або міжнародних наднаціональних документів, а також для інтерпретації, доповнення та розвитку норм міжнародного приватного права. Їх можуть застосовувати як державні суди так і арбітражі.

До причин популярності автономії волі сторін як способу визначення права, що застосовується до договірних зобов'язань, відносять його логічність та практичність. Логічність виявляється у тому, що можливість вибору права є природним продовженням свободи сторін щодо вступу у певні відносини, виборі партнера, предмету та інших умов. Практичною причиною для визнання принципу автономії волі сторін у договірних відносинах є складнощі, які виникають під час вибору права за допомогою інших критеріїв. Визнання права сторін договірних відносин з іноземним елементом обирати право для регулювання їх відносин є відносно легким і простим рішенням, надійною прив'язкою, на яку може спиратися суд [213; с.312].

Слід погодитися з тим, що повноваження визначати право, яке застосовується до договірних зобов'язань, з одного боку, є визнанням суб'єктивного права сторін, а, з точки зору позитивного правового порядку, автономія волі є пріоритетною прив'язкою для визначення застосовуваного права при регулюванні договірних відносин з іноземним елементом [213; с.312].

Разом із тим, слід відмітити дискусійність окремих питань пов'язаних із реалізацією принципу автономії волі. До них відносять питання про те, які правові норми можуть бути обрані сторонами; в якій формі має виражатися згода щодо застосовуваного права; в який момент можна здійснити вибір застосовуваного права; обмеження принципу автономії волі та ін.

В українській доктрині інститут автономії волі сторін ґрунтовно досліджений у дисертації С.М.Задорожної [263] У зв'язку із цим, зупинимося лише на окремих його аспектах.

Питання щодо форми угоди про вибір застосовуваного до договору права є одним із найдискусійніших у доктрині.

Слід відзначити, що за формою угоди про вибір права у літературі поділяються на: 1) ті, в яких вибір права явно виражений; 2) непрямі угоди про вибір права, тобто, угоди, які не містять формулювань, які б вказували на їх домовленість підпорядкувати договір праву, однак з умов договору або сукупності обставин справи можна зробити висновок про те, що сторони бажали б застосування певного права; 3) «гіпотетичні угоди» про вибір права. Про їх наявність говорять тоді, коли сторони не здійснили вибору права, але суддя встановлює, «яке право обрали б сторони, якби їх увага була звернута на цей момент в договорі» [232; с.455-457]. Однак у 20 ст. у всіх західноєвропейських країнах відмічається заміна підходу гіпотетичного вибору права пошуком права, що має найтісніший зв'язок із відносинами [197; с.95].

У доктрині зустрічаються й детальніші класифікації таких угод. Так, наприклад, С.М. Задорожна класифікує способи вибору права на прямий та непрямий. Прямий вибір права в свою чергу поділяється на категоричний та конклюдентний, в т.ч. мовчазний [263; с.131]. Непрямий вибір автор називає конкуренцією колізійних прив'язок [263; с.56].

Слід відзначити, що авторові цього дослідження ближча класифікація угод про вибір права на 1) явні, в яких вибір права явно виражений; 2) неявні угоди про вибір права, що випливають з умов договору або сукупності обставин справи можна зробити висновок про те, що сторони бажали б застосування певного права.

Саме у цьому значенні ми будемо вживати у подальшому терміни «явний» та «неявний» вибір права.

Водночас, якби ми не іменували різновиди угод про вибір права, важливо визначитися із тим, які саме формулювання, умови договору, обставини справи свідчать про їх наявність.

Із змісту ст. 5 (2) ЗУ «Про міжнародне приватне право» випливає, що вибір права може бути: 1) явно вираженим; або 2) прямо випливати: - з дій сторін правочину; - умов правочину; - обставин справи, які розглядаються в їх сукупності. При цьому слід відзначити, що якщо вибір права стосується лише частини правочину, то згідно зі ст. 5 (4) ЗУ «Про міжнародне приватне право» він повинен бути явно вираженим.

Як зазначає А.С. Довгерт, ст. 5 ЗУ «Про міжнародне приватне право» є трансформацією правил Римської конвенції [253; с.33].

Так, свого часу Римська конвенція у ст. 3 (1) передбачала, що договір регулюється правом обраним сторонами. Угода про такий вибір мала бути явно вираженою або прямо випливати з умов договору чи обставин конкретної справи.

Разом із тим, однією із проблем застосування Римської конвенції було неспівпадіння її тексту на різних офіційних мовах. На це звертається увага у Зеленій книзі [114], а також у дослідженнях окремих авторів [210; с.691]. Зокрема, друге речення ст. 3 (1) Конвенції англійською мовою встановлювало: «The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case» (тобто, «вибір має бути явно вираженим або доведений з *розумною* визначеністю умовами договору чи обставинами справи»); німецькою мовою – «Die Rechtswahl muß ausdrücklich sein oder sich mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben» («Вибір повинен бути явно вираженим або доведеним з *достатнім* ступенем визначеності положеннями договору чи обставинами справи»); французькою мовою – «Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause» - («Вибір повинен бути явно вираженим або достовірно випливати з положень договору чи обставин справи»).

Для того щоб уникнути суперечностей між мовними версіями Регламент Рим I вживає вираз : «The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the

contract or the circumstances of the case». («Вибір права повинен бути явно вираженим або явно продемонстрований умовами договору чи обставинами справи»).

Про «явну вираженість» волі сторін щодо вибору права свідчать певні формулювання у договорі або іншому документі, до якого може відсилати договір, які характеризуються тим, що прямо вказують на право певної держави як застосовуване право до договору в цілому або окремої його частини. Часто сторони, які бажають виключити дію колізійних норм права певної держави, конкретизують, що договір регулюється матеріальним правом. Прикладами таких умов можуть бути, наприклад: «Договір підпорядковується матеріальному праву ….», «Усі питання, неврегульовані цим договором, що виникають із нього або у зв'язку із ним, регулюються матеріальним правом….».

Слід також погодитися із тим, що вибір права є явно вираженим і в тих випадках, коли сторони у договорі не вказують право конкретної країни, а зазначають загальний принцип визначення такого права [510; с.3]. Даний підхід був підтриманий Палатою Лордів у справі *Companie Tunisienne de Navigation SA v Companie d'Armement Maritime SA,* в якій відсилка у договорі на стандартні умови, що містили вибір застосовуваного до договору права як «право держави, під прапором якої плаває судно», була розцінена як явно виражений вибір французького права [581].

Складнішим є питання про вибір права, який явно не здійснений, але, який, як зазначає ст. 5 (2) Закону України, випливає з певних чинників.

При цьому необхідно пам'ятати про те, що наявність вибору права можна стверджувати лише тоді, коли очевидно, що це справжній вибір, зроблений сторонами [448; с.14].

Згідно із ст. 5 (2) Закону України «Про міжнародне приватне право» такими чинниками є : 1) дії сторін договору; 2) умови договору; 3) обставини справи. Важливим також є те, що для висновку про непрямий вибір права вказані чинники повинні розглядатися у сукупності.

Слід відзначити, що законодавство інших країн дещо інакше визначає чинники, які дозволяють встановити непрямий вибір застосовуваного права. Так, свого часу ст. 3 (1) Римської конвенції до них відносила: 1) умови договору; 2) обставини справи. Даний підхід відтворений у ст. 3 (1) Регламенту Рим I.

Доповідь до таких чинників відносить використання при укладенні договору стандартної форми, про яку відомо, що вона підпорядковується певному праву, хоча у ній немає прямої вказівки на це. У якості прикладу наводиться полісний формуляр Ллойда з морського страхування.

В інших випадках таким чинником може бути попередній хід ділових відносин між сторонами договору. Наприклад, у договорах, раніше укладених між сторонами, міг міститися вибір права, проте, з якихось причин наступний договір не містить такої умови. Якщо буде встановлено, що сторони не навмисно опустили дану умову, і що вони не мали наміру змінити вирішення цього питання, є всі підстави вважати, що вони обрали право, вказане у попередніх договорах.

Вибір того чи іншого форуму також може бути чинником на користь здійсненого вибору права. Однак, Доповідь застерігає, він завжди має оцінюватися у сукупності з іншими умовами договору та обставинами справи.

Посилання у договорі на норми права тієї чи іншої держави також може свідчити про непрямий вибір права (У Доповіді у якості прикладу наводяться посилання на норми ФЦК, яке призводить до висновку про обране французьке право).

До інших обставин, що можуть спонукати до висновку про непрямий вибір права Доповідь відносить вибір права у договорах, укладених між тими ж сторонами, які пов'язані із даним договором; вибір місця проведення арбітражу, за умови, якщо арбітр повинен застосувати право місця проведення арбітражу [470].

При цьому слід мати на увазі, що сторони договору можуть навмисно не здійснювати вибору права. Наприклад, у ситуації, коли вони не змогли домовитися про вибір права, але дійшли згоди щодо інших умов договору.

У зв'язку із цим Доповідь підкреслює, що Римська конвенція[67] не дозволяє «виводити вибір права» так як би це зробили сторони, якби вони мали намір здійснити такий вибір. Якщо було з'ясовано, що сторони не здійснили вибору мають застосовуватися колізійні норми, які підлягають застосуванню за відсутності вибору сторін.

У РФ непрямий вибір права може випливати із: 1) умов договору; 2) сукупності обставин справи (ст. 1210 (2) ЦК РФ). У доктрині РФ зустрічаються різні підходи до

[67] Регламент Рим I дотримується аналогічного підходу.

визначення обставин, які дозволяють зробити висновок про непрямий вибір права на підставі ст. 1210 (2) ЦК. Наприклад, В.О. Канашевський до умов договору, що свідчать про вибір права відносить мову договору, місце розгляду спорів, валюту розрахунків, посилання на положення окремих правових систем, використання стандартних форм договорів. Обставинами, які дозволяють стверджувати про наявність вибору права, на його думку, є вибір права за взаємопов'язаним правочином, належність сторін до однієї держави, місце знаходження предмету договору, у певній країні та ін. [280; с.106].

Такий розширений підхід заперечується А.В. Асосковим, який вказує на те, що такі фактори як громадянство, місце проживання, місце знаходження об'єкта практично не залежать від волі сторін, тому не можуть свідчити про реальний намір сторін здійснити вибір певного застосовуваного права [197; с.109].

Питання щодо форми вибору застосовуваного права регулюється й окремими міжнародними договорами. Так, наприклад, ст. 7 (1) Конвенції про право, що застосовується до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів передбачає, що угода про вибір права до договору купівлі-продажу може бути: 1) явно вираженою; 2) прямо випливати з умов договору та поведінки сторін, які розглядаються у їх сукупності [82].

Згідно зі ст. 5 (2) Конвенції про право, що застосовується до агентських угод вибір права повинен бути явно вираженим або явно слідувати з умов угоди сторін чи обставин справи [81].

Що стосується попереднього ходу ділових відносин між сторонами (вони можуть включати у себе практику укладення попередніх договорів, а також ведення переговорів), на наш погляд, слід погодитися з О. Бєлоглавеком щодо того, що в певних випадках безперервність вибору права по відношенню до майбутніх договорів не можна виключити, однак при цьому є необхідною наявність явного доказу «безперервності вибору права з моменту досягнення домовленості про право, застосовуване до попереднього договору, яка прямо веде до конценсусу, досягнутого сторонами відносно змісту майбутнього договору» [210; с.690].

При цьому слід додати, що якщо хід ведення переговорів свідчить про вибір застосовуваного права або, навпаки, про небажання сторін застосовувати певне право, цей чинник, переважає усі інші (наприклад, вибір права у пов'язаному договорі) оскільки, він

дозволяє встановити дійсну волю сторін. Це яскраво видно у справі Land Rover Exports Ltd v Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE, що розглядалася англійськими судам. Суть справи полягала у наступному. З метою забезпечення виконання зобов'язань за дистриб'юторським договором був укладений договір поруки, який не містив вибору права. Проте, дистриб'юторський договір містив умову про застосування до нього англійського права. Однак, суд звернув увагу на те, під час переговорів єгипетська компанія викреслила з договору поруки умови про застосування англійського права та вирішення спорів англійським судом. Ці обставини були розцінені судом як такі, які вказують на відсутність вибору сторонами договору поруки застосовуваного права [605] .

Як зазналося, одним із можливих індикаторів неявного вибору права є вибір форуму, який вирішує спір. Даний підхід особливо яскраво виявився у рішенні по справі Tzortzis v. Monark Line A/B, в якому англійський суд зазначив, зокрема, що «Явний вибір суду є неявним вибором застосовуваного права».[68] До переваг такого способу визначення неявного вибору права відносять простоту та визначеність. Не зважаючи на те, що це рішення іменують таким, що відображає тенденції англійського права, слід відмітити, що, наприклад, у рішенні по справі *Compagnie d'Armement Maritime S.A. Appellants v Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. Respondents* суд провів чітку межу між арбітражним застереженням і угодою про вибір права і відмовився застосувати англійське право до суті спору лише на тій підставі, що арбітражним застереженням сторони передбачали вирішення спорів у арбітражі в Лондоні [581].

Питання щодо значення вибору форуму для встановлення наявності угоди сторін про вибір застосовуваного права було дискусійним під час розробки Регламенту Рим I. У проекті Регламенту пропонувалося, щоб ст. 3 (1) містила наступне положення «Якщо сторони домовилися про надання юрисдикції чи декільком судам чи арбітражам Держави-Члена слухати та вирішувати спори, які виникли або можуть виникнути із договору, презюмується, що вони також обрали право цієї Держави-Члена» [154].

[68] Цит. за рішенням [581].

Однак в остаточній редакції ст. 3 (1) Регламенту це речення відсутнє. П. 12 Преамбули зазначає що угода сторін про надання юрисдикції судам або арбітражам Країни-Члена може бути лише *одним* із факторів, які слід враховувати під час встановлення непрямого вибору права.

Слід підтримати позицію щодо того, що вибір форуму не слід ототожнювати з вибором права. Вдалу аргументацію цієї позиції наводить О. Бєлоглавек, який, зокрема, звертає увагу на те, що не можна заздалегідь бути впевненим, що форум, який обрали сторони в угоді не поставить під сумнів своєї юрисдикції. Крім того, суд застосовуючи своє власне право не спроможний «вносити в цей правопорядок наднаціональний характер правовідношення» [210; с.696].

У зв'язку із цим складно погодитися із тезою, висловленою С.М. Задорожною про те, що «Найбільш поширеною умовою, що вказує на мовчазний вибір права є арбітражне застереження» [263; с.175].

Посилання у договорі на правові норми певної держави не обов'язково свідчитиме про вибір права на користь певної держави. Сторони можуть посилатися на такі норми з тим, щоб спростити текст договору. Крім того, можуть існувати специфічні фактори, які обумовлюють посилання у договорі на право цієї держави. Наприклад, договір про створення на замовлення об'єкта права інтелектуальної власності аудіовізуального твору (рекламного ролика), укладений між російським замовником і українським виробником може містити посилання на ст. 39 Закону України «Про авторське право і суміжні права» не тому, що сторони здійснили вибір на користь права України, а тому, що договори, які укладалися між виробником та акторами передбачали передачу акторами прав в обсязі ст. 39 Закону України «Про авторське право і суміжні права». В свою чергу використання нормативно-правового акту України обумовлено тим, що у відносинах виробник-актори іноземний елемент був відсутній.

Однак, слід погодитися з М. Вольфом з приводу того, що використання у договорі формулювань, властивих праву однієї держави і невідомих праву іншої держави є підставою для висновку про неявний вибір права. Зокрема, автор наводить термін «Queen's Enemies» (вороги королеви), що містилися у договорі, укладеним між німцем та англійцем, які не мають жодного значення за німецьким правом, на те вказують на те, що сторони під

час укладення договору мали на увазі застосування до нього норм англійського права [232; с.456]. Так само Верховний суд Німеччини у рішенні по справі VII ZR 19/98 від 14 січня 1999 року дійшов висновку, що згода сторін договору (голландської та німецької юридичних осіб) про застосування до нього норм німецького права DIN (загальних стандартів будівельних робіт), а також договірних умов, застосовуваних для розміщення відкритих замовлень (VOB), свідчить про конклюдентний вибір німецького права сторонами договору.[69]

Водночас, необхідно додати, що договірні формулювання можуть бути чинником, що свідчить про вибір права лише в тому випадку, коли мова йде про договір, укладений між сторонами, право яких належить до правових систем, що мають істотні відмінності. Наприклад, визначення неявного вибору права у договорі, укладеному між українською компанією і російською компанією, у такий спосіб навряд чи дасть якість результати, оскільки цивільне право України і цивільне право РФ мають спільне коріння, схожий понятійний апарат і т.д.

На наш погляд, мова не може виступати індикатором визначення права, оскільки вибір найчастіше, пов'язаний із тим, наскільки сторони договору добре нею володіють. Наприклад, договір між українською і німецькою компаніями, укладений англійською мовою, як правило, свідчить лише про те, що німецька сторона не володіє українською мовою, а українська сторона – німецькою, однак обидві вони володіють англійською мовою, і, звичайно, сторони не мають на увазі застосування до їх відносин англійського права.

Той самий висновок слід зробити й по відношенню до валюти боргу та платежу. Так, визначення у договорі між українською компанією та казахською компанією ціни за послуги у доларах США, швидше за все означатиме лише те, що сторони довіряють стабільності цієї валюти, а не мають на увазі застосування права США до договірних відносин між ними. Місце виконання зобов'язань та місце укладення договору самі по собі не можуть свідчити про те, що сторони, обрали у якості застосовуваного право відповідних держав.

[69] Анотація рішення міститься у [210; с.728].

Підсумовуючи слід відзначити, що умовами договору, які впливають на встановлення неявного вибору застосовуваного права, можуть бути: формулювання, властиві праву однієї держави і невластиві праву іншої держави. До обставин, які можуть свідчити про те, що сторони здійснити неявний вибір права належать: переговірний процес, хід попередніх ділових відносин між сторонами.

Вибір форуму, розташованого у певній державі сам по собі не може свідчити про те, що сторони домовилися про застосування права цієї держави до суті спору. Він повинен оцінюватися разом із іншими факторами.

Прикладом вибору права, що випливає з дій сторін договору, може бути обмін позовною заявою та відзивом на позов, в яких обидві сторони посилаються на норми права однієї і тієї ж держави.

Слід також відмітити, що у законодавстві України дещо не зовсім чітко сформульовані правила вибору права до договорів морського перевезення пасажира і морського круїзу. За змістом ч. 2 ст. 14 КТМ згадані договірні відносини регулюються законодавством за згодою сторін, а «також тим, що зазначено у пасажирському квитку».

Таким чином, складається враження, що відповідно до ч. 2 ст. 14 КТМ України до договорів морського перевезення пасажира та морського круїзу застосовується одночасно законодавство за згодою сторін, а також те, що зазначено у пасажирському квитку. Разом із тим, законодавство окремих держав відрізняється за змістом, відтак формулювання ч. 2 ст. 14 КТМ України породжує певну правову невизначеність, а тому потребує тлумачення.

Договори морського перевезення пасажира та морського круїзу найчастіше укладаються як договори приєднання. Їх істотні та інші умови фіксуються у пасажирському квитку. Зазвичай пасажир не має можливості запропонувати свої умови договору. Водночас, пасажир сам вирішує укладати договір чи ні на запропонованих умовах. У зв'язку із цим загальновизнаним є те, що принцип свободи договору у цьому випадку не порушується [347; с.161].

Таким чином, придбавши квиток, у якому зазначено право, що застосовується до договору, пасажир погоджується з ним так само як і з іншими умовами договору, зазначеними у квитку.

Звичайно для уникнення непорозумінь доцільно було б внести до ч. 2 ст. .14 КТМ України зміни, зокрема, викласти її у наступній редакції: «Відносини за договорами морського перевезення вантажів, фрахтування судна на термін, фрахтування судна без екіпажу, лізингу, буксирування, морського страхування, морського перевезення пасажира і морського круїзу регулюються правом, обраним за згодою сторін. Згода сторін про вибір права, що застосовується до договорів морського перевезення пасажира і морського круїзу може фіксуватися у пасажирському квитку».

Разом із тим, як справедливо зазначає проф. В.І. Кисіль, «термін автономія волі не означає, що учасники правовідносин мають необмежені абсолютні права. Навпаки, це умовне поняття, оскільки держава залишає за собою право самостійно встановлювати законними актами випадки, в яких сторонам може надаватися можливість вибору закону, що застосовується» [292; с.92-93].

У доктрині існують різні класифікації обмежень вибору застосовуваного права. Наприклад, А.Б. Покровська поділяє обмеження на «просторові» («територіальні») – які вказують на правові системи, що можуть бути обрані, «доповнюючі» - такі, що вводять субсидіарне правове регулювання, яке не може бути усунено угодою сторін про застосовуване право, і «виключні» - такі, що виводять певні види правовідносин із сфери дії колізійного критерію lex voluntatis, за наявності загального правила про його примат [364; с.24].

А.В. Асосков виокремлює наступні обмеження автономії волі сторін: 1) такі, що пов'язані з тим, що перевага надається індивідуальним колізійним інтересам однієї (з економічної точки зору слабкої) сторони договору; 2) обмеження, пов'язані з впливом колізійних інтересів обороту, під якими розуміються інтереси третіх осіб, які не є сторонами договору; 3) обмеження пов'язані з впливом колізійних інтересів правопорядку (наприклад, договори, які мають реальний зв'язок лише з однією країною); 4) обмеження обумовлені впливом матеріальних факторів (вплив недійсності основного договору на угоду сторін про вибір права) [197; с.158-159].

С. Грундман до факторів, що обмежують автономію волі відносить: добрі нрави, норми, спрямовані на захист загального блага (наприклад, ті, що забезпечують стабільність валюти) та регулювання, спрямоване на захист прав споживачів [474; с.271].

Слід відзначити, що у багатьох країнах можливість вибору права пов'язана із міжнародним характером відносин. Так, наприклад, із визначення поняття «вибір права», що міститься у ст. 1 (1) (4) Закону України «Про міжнародне приватне право» випливає, що вибір права може здійснюватися лише до правовідносин з іноземним елементом. Ст. 5 (6) цього Закону прямо забороняє вибір права, якщо іноземний елемент у правовідносинах відсутній.

Аналогічний висновок випливає зі ст. 1186 (1) ЦК РФ, ст. 1084 (1) ЦК РК, ст. 1576 (1) ЦК РК.

Ст. 1 (1) Римської конвенції зазначала про те, що вона «застосовується до договірних зобов'язань у будь-якій ситуації, яка включає вибір права різних держав». Зокрема, це означало, що всі елементи не пов'язані з правом однієї країни. Наприклад, сторони договору можуть мати різну національність або різне місце проживання, або договір може бути укладений чи виконуватися у різних країнах або у країні, іншій ніж та, у якій суд розглядає справу [114;10]. Ст. 1 (1) Регламенту Рим I певною мірою відрізняється від Римської конвенції: «Цей Регламент застосовується *у ситуаціях*, які включають колізію права у договірних зобов'язаннях у цивільних та комерційних справах».

Водночас слід відзначити, що англійське право виходить із допустимості вибору права навіть у відносинах, в яких іноземний елемент відсутній [210; с.677-683]. Так само ст. 3111 ЦК Квебеку передбачає, що «Правочин, незалежно від того, чи містить він іноземний елемент, регулюється правом явно визначеним у правочині, або визначення якого може бути виведено з упевненістю з умов правочину. Правочин, що не містить іноземного елементу, залишається, тим не менше, предметом регулювання обов'язкових положень права країни, яке б підлягало застосуванню, якби право не було визначено. Право країни може бути явно визначене як застосовуване до усього або частини правочину» [62].

Обмеження свободи вибору застосовуваного права може полягати у встановленні певних вимог до правових норм, які можуть бути обрані, а також їх застосування. Так, раніше вже розглядалося питання про обмеження можливості обрати недержавні правові норми у якості застосовуваного права.

Крім того, слід відмітити те, що у законодавстві окремих країн вибір права обмежується дією імперативних норм певної держави. Так, відповідно до ст. 1210 (5) ЦК

РФ: «Якщо із сукупності обставин справи, які існували на момент вибору права, що підлягає застосуванню, випливає, що договір реально пов'язаний лише з однією країною, то вибір сторонами права іншої країни не може зачіпати дії імперативних норм країни, з якою договір реально пов'язаний».

Дана норма викликала дискусію у російській доктрині. Так, А.Б. Покровська зазначає, що в даному випадку мова йде про обов'язок суду застосувати надімперативні норми держави, з якою договір реально пов'язаний. Критерієм визначення реального зв'язку є фактичні обставини, які об'єктивно пов'язують правовідношення лише з одним правопорядком, в той час як одна чи декілька підстав переводять правовідношення у категорію «ускладненого іноземним елементом», але не є визначними для даного правовідношення [364; с.25-26].

Даний підхід критикується А.В. Асосковим, який вказує на те, що незрозуміло для чого законодавець дублює положення ст. 1192 ЦК РФ (яка регулює застосування імперативних норм до усіх відносин з іноземним елементом) [197; с.250-251] .

І.С. Зикін відзначає, що підставами застосування ст. 1210 (5) ЦК РФ є штучна вказівка у договорі на місце підписання договору на території іноземної держави, якщо всі інші юридично значущі характеристики договору розташовані на території однієї держави [300; с.427-428].

А.В. Асосков пропонує застосовувати ст. 1210 (5) ЦК РФ до договорів з іноземним елементом, але таких, що не зачіпають сферу міжнародної торгівлі, а відтак, з точки зору економічного тесту кваліфікуються як внутрішні. Результатом такого застосування є те, що «умова про застосування іноземного права кваліфікується не як колізійний вибір іноземного права, а лише як інкорпорація положень іноземного права в текст договору» [197; с.256].

Крім того, не можна не звернути уваги й на те, що для окремих авторів ст. 1210 (5) ЦК РФ стала підставою для висновку, що сторони можуть на власний розсуд обрати застосовуване право, навіть якщо іноземний елемент у відносинах відсутній [301; с.402].

Обмеження застосування, обраного сторонами права, за допомогою певних норм встановлено й ст. 3 (3,4) Регламенту Рим I, згідно з якими: «3. У випадку, якщо на момент вибору права всі інші важливі для ситуації елементи знаходяться в іншій країні, ніж та,

право якої обране, то вибір права сторін не повинен наносити шкоди застосуванню положень права цієї країни, від яких не дозволяється відступати за допомогою угоди. 4. У випадку, якщо на момент вибору всі інші важливі для ситуації елементи знаходяться у одній або більше, ніж одній державі-члені, то вибір сторонами іншого, що підлягає застосуванню права, ніж право держави-члена, не повинна наносити шкоди застосуванню положень права Спільноти, застосовуваного у державі-члені місця знаходження суду, від яких не можна відступити за допомогою угоди».

Ст. 3 (3) та ст. 3 (4) Регламенту дуже схожі за змістом відрізняє їх те, що перша з них встановлює обов'язковість застосування положень країни, в якій знаходяться всі важливі для ситуації елементи; друга – положень права Спільноти, застосовуваного у державі-члені місця знаходження суду.

Як зазначає О. Бєлоглавек, ст. 3 (3) Регламенту стосується випадків, коли міжнародний характер відношення заснований лише на здійсненому сторонами виборі права [210; с.721]. Дана норма є подібною до ст. 3 (3) Римської конвенції[70], яка свою чергу стала результатом компромісу двох точок зору, які відстоювалися членами робочої групи зі створення Римської конвенції. Перша з них полягала у бажанні обмежити свободу сторін за допомогою встановлення «корегуючого фактору», який би встановлював, що вибір іноземного права буде недостатнім сам по собі для того, щоб дозволити застосування такого права, якщо ситуація на момент вибору не включає іншого іноземного елементу. Інша точка зору, виражала стурбованість окремих членів, зокрема, експертів з Великої Британії, що такий «корегуючий фактор» стане значною перешкодою свободи сторін у ситуації, коли їх вибір був законним, добросовісним, і здатний служити інтересам, гідним захисту. Зокрема, вони підкреслювали, що відступ від принципу свободи договору може бути дозволений лише в окремих випадках. Група визнала, що це занепокоєння було обґрунтованим, і створила норму про те, що вибір сторонами іноземного права, якщо всі інші елементи, що відносяться до ситуації на момент вибору пов'язані лише з однією країною, не перешкоджають застосуванню положень від яких не можна відступити [470].

[70] Згідно зі ст. 3 (3) Римської конвенції : «Той факт, що сторони обрали іноземне право, супроводжується він чи ні вибором іноземного суду, не зачіпає, якщо всі інші обставини справи на момент обрання пов'язані лише з однією країною, застосування правил даної країни, які не можуть бути змінені договором, що іменуються у подальшому «імперативні норми» [188].

Слід підкреслити, що п. 15 Преамбули до Регламенту Рим І зазначає про те, що він не має на меті вносити істотні зміни у регулювання, запропоноване ст. 3 (3) Римської конвенції.

Регламент Рим І не містить визначення поняття «положення, від яких не дозволяється відступити за допомогою угоди». П. 37 Преамбули Регламенту Рим І лише зазначає про те, що воно повинно відрізнятися від поняття «надімперативні норми», яке підлягає більш обмеженому тлумаченню.

Водночас, Регламент Рим І наводить приклади «положень, від яких не дозволяється відступати за допомогою угоди». Так, згідно з п. 25 Преамбули Регламенту ними є норми права країни звичайного проживання споживача, що встановлюють його захист за умови, що договір зі споживачем укладений у рамках підприємницької діяльності, що здійснюється споживачем у відповідній країні. Крім того до таких положень згідно з п. 35 Преамбули Регламенту Рим І належать й норми, що надають захист найманим працівникам, від яких дозволяється відступати лише у тому випадку, якщо це на користь працівників.

Відтак, є підстави стверджувати, автономія волі сторін договору в контексті ст. 3 (3) Регламенту Рим І обмежується звичайними імперативними нормами.

В українській доктрині пропонувалося включити до ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» норму аналогічну ст. 3 (3) Регламенту Рим І, одночасно внісши зміни до ст. 5 (6), шляхом заміни слів «іноземний елемент у правовідносинах» та «іноземний елемент у правовій ситуації» [234; с.226]. На наш погляд, у цьому немає потреби, оскільки, як було показано вище, дана норма була створена для того, щоб обмежити сторони внутрішнього договору, які мають на меті використати для регулювання своїх договірних відносин іноземне право. Наявність цієї норми у спочатку у Римській конвенції, (а потім у Регламенті Рим І) обумовлювалося необхідністю досягнення компромісу між розробниками, частина з яких була вихована в традиціях англійського права, яке в принципі допускає вибір права у внутрішніх договорах. Цей підхід не є характерним для України. Крім того, ніщо не заважає сторонам внутрішнього договору інкорпорувати до нього положення іноземного права з питань, які у внутрішньому праві врегульовані диспозитивними нормами.

Міжнародному приватному праву відомі обмеження автономії волі сторін правопорядками певних держав, хоча на сьогоднішній день вони є «історичним і нерідко відумерлим явищем навіть у судовій практиці країн, колізійні норми яких встановлюють такі можливі обмеження» [210; с.726].

Так, пар. 1-301 (1) ЄТК США встановлює, що : «Якщо інше не передбачено цим розділом, якщо правочин має розумний зв'язок, зі штатом, а також з іншим штатом або державою, сторони можуть домовитися, що їх права та обов'язки будуть регулюватися або правом цього штату, або іншого штату або держави» [182].

Із пар. 187 (2) Другого зводу конфліктного права США випливає, що свобода сторін договору обмежується правом держави (штату), яка (який): 1) має істотне відношення до сторін або угоди; або 2) правом, вибір якого має інші розумні підстави[71].

У якості прикладу вибору права, що має істотне відношення до сторін або договору, наводиться право місця виконання однієї із сторін, або місця проживання чи основного місця ведення бізнесу однієї із сторін. Такий же висновок здійснюється і по відношенню до права місця укладення договору, крім випадків, коли воно носить випадковий характер. Можуть бути й інші ситуації, в яких обране право матиме істотний зв'язок із сторонами або договором. При цьому наголошується на тому, що можуть існувати розумні підстави для вибору права у ситуації, коли воно не має істотного зв'язку із правовідношенням. Зокрема, укладаючи договори у країнах, чиї правові системи є невідомими або недостатньо розвиненими, сторони повинні мати можливість обрати право, яке вони знають і яке є недостатньо розвиненим [165].

Однак, судова практика у США знизила вимоги до визначення істотного зв'язку обраного права з договором або сторонами [529; с.12]. Так, наприклад, Верховний суд Масачусетса підтримав вибір права Масачусетсу справі *Hodas v. Morin,* який стосувався договору на сурогатне материнство, укладеного між парою з Коннектикуту та жінкою з Нью-Йорка. Згідно з умовами договору, усі дії важливі для його виконання, включаючи імплантацію та допологовий догляд повинні були відбуватися у Коннектикуті. Тим не менше, коли генетичні батьки подали позов про встановлення батьківства до народження

[71] Крім того, із даної норми випливає й те, що вибір права обмежується публічним порядком держави (штату), яка (який) має найбільший інтерес до правочину.

дитини, суд підтримав вибір права Масачусетса. При цьому він зазначив, що дане право має істотний зв'язок із договором, оскільки він передбачає передачу дитини у госпіталі Масачусетса [619].

Законодавство України не обмежує право, яке може бути обране сторонами, правом, що має істотний зв'язок із договором, сторонами чи ситуацією в цілому. Більше того, ст. 4 (3) (друге речення) ЗУ «Про міжнародне приватне право» прямо забороняє таке обмеження, що на наш погляд, є позитивним. Крім того, ст. 43 цього ж Закону обмежує вибір права законами України, які містять пряму заборону щодо цього.

Зі ст. 14 Закону України «Про міжнародне приватне право» можна зробити висновок, що вибір права обмежується 1) імперативними нормами права України; 2) імперативними нормами права іншої держави, які мають тісний зв'язок з відповідними правовідносинами.

Варто відзначити те, що законодавець при цьому не вказує ознак імперативних норм, що може призвести незастосування норми права іноземної держави за наявності будь-якої імперативної норми права України, яка за змістом не співпадає з нормою права іноземної держави.

В.В. Васильченко відмічає, що у ст. 14 Закону України «Про міжнародне приватне право» мова йде про імперативні норми, які мають особливе значення, і які у доктрині МПрП іменуються «надімперативними», «абсолютними», «безпосереднього або обов'язкового застосування». Автор наводить приклади надімперативних норм у внутрішньому праві України. Серед яких, зокрема, ст. 14 (1)(5)(2) КТМ України, яка встановлює, що «Межі відповідальності судновласника та оператора ядерного судна, що плаває під прапором іноземної держави, регулюються законом держави, під прапором якої плаває судно. Якщо ці межі нижчі від установлених цим Кодексом, то під час розгляду спору про відповідальність у суді або господарському суді України застосовуються положення цього Кодексу»; ст. 203 (1) ЦК України, яка встановлює, що зміст правочину не може суперечити ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства; ст. 259 (3) – щодо того, що позовна давність, встановлена законом, не може бути скороченою за домовленістю сторін та ін. При цьому В.В. Васильченко відмічає, що «національна імперативна норма матиме перевагу над

іноземною лише у випадку, якщо її диспозиція прямо містить вказівку щодо її безпосернього застосування незалежно від дії норми права іноземної держави або ж такий пріоритет пов'язаний з її особливим призначенням, що обумовлено необхідністю забезпечення прав та захисту охоронюваних законом інтересів учасників приватноправових відносин» [225; с.44-45].

Як видно, автор до імперативних норм відносить як колізійні норми, так і матеріальні. Водночас, необхідно зазначити, що у доктрині висловлювалася думка про те, що імперативні норми – це норми, які застосовуються до певних фактичних обставин без врахування того, яке право слід застосовувати. Це норми, які регулюють правовідносин по-суті, на відміну від колізійних норм, які лише посилаються на застосовуване право [211; с.139].

На наш погляд, не кожна норма диспозиція якої містить вказівку про її безпосереднє застосування набуває тією значущості, яка необхідна для набуття нормою надімперативного характеру. Крім того, одні норми завжди мають надімперативний характер, (наприклад, норма про те, що зміст правочину не може суперечити моральним засадам суспільства), в інших випадках це залежатиме від обставин справи та мети, для досягнення якої дана норма створена.

Так, очевидно, що мета норми ст. 259 (3) ЦК України (встановлює неможливість скорочення строку позовної давності, визначеного законом, за домовленістю сторін) - забезпечення прав та охоронюваних законом інтересів учасників цивільного обороту. Вона може мати надімперативне значення для споживчих договорів і не мати такого значення для комерційних договорів, оскільки застосування права іноземної держави, що передбачає коротший строк позовної давності, сприяє стабільності ділового обороту, його передбачуваності, і, таким чином, краще виконуватиме функцію забезпечення прав та охоронюваних законом інтересів.

Що стосується ст. 203 (1) ЦК України, на наш погляд, вона є надімперативною лише в частині, яка встановлює, що зміст правочину не може суперечити моральним засадам суспільства[72]. Положення про те, що зміст правочину «не може суперечити ЦК

[72] Точка зору про те, що норма може мати лише частково імператиний характер висловлювалася у юридичній літературі. Так, О. Бєлоглавек, аналізуючи ст. 9 Регламенту Рим І відмічає, імперативний характер може мати

України та іншим актам цивільного законодавства», передбачене цією ж статтею не має надімперативного характеру.

Слід звернути увагу на те, що імперативні норми є однією із найпроблемніших правових категорій. Проф. Г.К. Дмітрієва виділяє найбільш дискусійні у доктрині питання щодо імперативних норм: їх коло; взаємовідносини таких норм з публічним порядком; питання про те, чи слід захищати імперативні норми лише свого права, чи потрібно захищати імперативні норми іноземного права, з якими відношення тісно пов'язано; чи слід обмежити застосування правила про застосування імперативних норм лише договірним правом, чи застосовувати його до усієї сфери приватноправових відносин [337; с.163].

Загальновизнаним є те, що імперативні норми, які підлягають застосуванню замість застосовуваного іноземного права не є звичайними імперативними нормами. Як влучно зазначає Н.І. Маришева, вони є «сильнішими», ніж звичайні імперативні норми [331; с.72].

В інших державах імперативні норми також обмежують можливість застосування права іноземної держави, проте визначаються певні ознаки таких норм.

Так, відповідно до ст. 3076 ЦК Квебеку застосування норм, що містяться у Книзі десятій «Міжнародне приватне право» , не повинно суперечити нормам права, що діють на території Квебеку і підлягають застосуванню в силу їх особливої цілі [62].

Згідно ст. 1192 ЦК Російської Федерації підлягають застосуванню імперативні норми законодавства Російської Федерації, в яких прямо про це зазначено або які мають особливе значення, в тому числі для забезпечення прав та охоронюваних законом інтересів учасників цивільного обороту [11]. Схожа норма міститься у ст. 1091 (1) ЦК РК: «Правила цього розділу не зачіпають дії імперативних норм законодавства Республіки Казахстан, які внаслідок вказівки у самій нормі або в силу їх особливого значення для забезпечення прав та охоронюваних законом інтересів учасників цивільного обороту регулюють відповідні відносини незалежно від права, що підлягає застосуванню», а також ст. 1582 (1) ЦК РМ.

У юридичній літературі норми ст. 1192 ЦК РФ іменуються «надімперативними» [331; с.75], [267; с.201]. Досліджуючи історію створення ст. 1192 ЦК РФ Маришева Н.І. відмічає, що намір законодавця полягав у тому, щоб віднести до категорії імперативних

нормативний акт як в цілому, так і в окремих випадках – його окрема частина або навіть частина конкретного положення нормативного акту [211; с.126].

норм, про які йдеться у ст. 1192 ЦК РФ, норми ЦК РФ про основні начала цивільного законодавства, про межі здійснення цивільних прав, про недійсність правочину, вчиненого з метою, що суперечить основам правопорядку та моралі, та про свободу договору [331; с.74].

Тлумачачи ст. 1192 ЦК РФ, В.П. Звєков відзначає, що до норм, які «мають особливе значення» належать різного роду цивільно-правові настанови, які будучи частиною цивільного права виражають публічно-правові інтереси, виступають ніби продовженням публічно-правових начал у приватному праві. У якості таких правил від пропонує розглядати, наприклад, положення п.3 ст. 1 ЦК РФ (про вільне переміщення товарів, послуг та фінансових послуг на всій території Росії), п. 3 ст. 162 ЦК РФ (про наслідки недотримання простої письмової форми зовнішньоекономічного правочину) та ст. 208 РФ (про вимоги, на які позовна давність не розповсюджується) [267; с.204-205].

О.М. Жильцов виділяє наступні властивості імперативних норм: 1) імперативна норма повинна мати характер норми безпосереднього застосування; 2) держава, що видала відповідну норму, повинна мати обґрунтований інтерес у її застосуванні; 3) імперативна норма повинна мати не лише виправдану мету, але й метод, за допомогою якого така мета досягається; 4) держава, що видала імперативну норму, повинна бути достатньо тісно пов’язана з відповідним правовідношенням [262; с.38].

На думку В.А. Канашевського, до імперативних норм належать норми транснаціонального публічного порядку. До них він, зокрема, відносить ті, що встановлюють недопустимість обмеження основних матеріальних і процесуальних прав, заборону незаконної експропріації, корупції тощо. Крім того, до імперативних норм належать норми, які захищають загальновизнані цінності і права, наприклад, норми, що встановлюють захист культурних цінностей, охорону навколишнього природного середовища); а також норми, які захищають публічні інтереси держави чи міжнародних утворень, зокрема, норми про конкуренцію, антимонопольні закони, валютне регулювання тощо [281; с.43].

З цього приводу слід зауважити, що значущість інтересів, які захищають застереження про публічний порядок та надімперативні норми зближує ці правові

інститути. Однак, авторові ближча точка зору про те, що ці інститути мають певні відмінності. Так, О. Бєлоглавек відмічає, що на відміну від імперативних норм застереження про публічний порядок не вимагає обов'язкової наявності певного законодавчого положення. «Достатньо, щоб із матеріально-правових положень певної держави випливав загальний принцип, що має основоположне значення». Друга відмінність полягає у механізмі застосування застереження про публічний порядок та надімперативних норм. У першому випадку оцінюються наслідки застосування права іноземної для публічного порядку певної держави. У другому випадку зміст права іноземної держави та наслідки його застосування не мають значення. Суд застосовує імперативну норму, якщо вона регулює певні відносини [211; с.140].

Регламент Рим I розрізняє «переважні імперативні положення» («overriding mandatory provisions») та «положення від яких не дозволяється відступати за допомогою угоди» («provisions which cannot be derogated from by agreement»). Як зазначалося, п. 37 Преамбули Регламенту підкреслює, що поняття «переважні імперативні положення» підлягає обмеженому тлумаченню. При цьому відповідно до ст. 9 Регламенту Рим I переважними імперативними положеннями є положення, дотримання яких визнано країною, як такі, що мають принципове значення для охорони її публічних інтересів, таких як політичний, соціальний чи економічний устрій тією мірою, якою вони підлягають застосуванню до будь-якої ситуації, що підпадає під їх дію, незалежно від того, яке право у іншому випадку підлягало б застосуванню до договору відповідно до цього Регламенту.

О. Бєлоглавек відмічає, що європейське право не визначає, які норми можуть вважатися імперативними. На підставі практики Суду Європейських Співтовариств (ESD) можна зробити висновок про критерії, які можна застосовувати для їх визначення. Остаточний висновок щодо того, чи є дана норма імперативною мають зробити суб'єкти, наділені повноваженнями приймати рішення по конкретній справі після оцінки всіх обставин справи, характеру норми, самої норми, цілі та об'єкту інтересів, що захищаються. Крім того, О. Бєлоглавек відмічає, що певна норма в окремих випадках може бути імперативною, а інших ситуаціях – вона не матиме такого значення. Для оцінки того, чи є дана норма імперативною він пропонує аналізувати наступне: 1) що є предметом

конкретного припису і що є об'єктом інтересів, які захищаються конкретною нормою; 2) чи можна визначити такі інтереси як суспільні. Для того щоб норма могла бути визнана імперативною її недотримання повинно порушувати або ставити під загрозу інтереси невизначеної і достатньо широкої групи конкретних суб'єктів, яким з певних причин повинен надаватися захист; 3) чи матиме в конкретному випадку в результаті не застосування норми порушення конкретних інтересів. Крім того, імперативний характер норми може випливати з формальних причин, які призвели до прийняття такої норми. Наприклад, імперативний характер може випливати із директиви, в межах імплементації якої була прийнята дана норма [211; с.130-134]. З точки зору конструкції імперативна норма нічим не відрізняється від інших норм. Різниця полягає у її функції. Імперативними нормами можуть вважатися лише ті норми, метою яких є захист особливо важливих інтересів даної держави. До них проф. Бєлоглавек відносить продаж зброї, небезпечних речовин, або такі, що стосуються енергетичної безпеки, фінансової системи та ін. [211; с.139-140].

Наведене свідчить про те, що імперативні норми як обмежуючий фактор у застосуванні іноземного права відрізняються особливою значущістю для охорони суспільних інтересів та інших цінностей у певній державі. Іншими словами не кожна норма, яка не сформулювана диспозитивно, буде підставою для відмови у застосуванні положень обраного права. Крім того, до таких імперативних норм варто віднести ті, які прямо забороняють встановлення у договорі іншого регулювання, ніж те, що передбачено даною нормою. Якщо у нормі не міститься прямої заборони, на наш погляд, оцінка того, чи є вона надімперативною має відбуватися правозастосовчими органами у кожному конкретному випадку з урахуванням обставин справи, мети норми, наслідків її незастосування. Також слід погодитися із тим, що надімперативні норми покликані захищати інтереси широких суспільних груп.

Слід відзначити те, що у ст. 14 Закону України «Про міжнародне приватне право» нічого не зазначається про особливості цілей таких імперативних норм. Буквальне тлумачення положень цієї статті може призвести до того, що будь-яка імперативна норма законодавства України буде унеможливлювати застосування норм обраного права.

У зв'язку слушною видається пропозиція, висловлена Ю. Венгринюком, щодо викладення ст. 14 ЗУ«Про міжнародне приватне право» у новій редакції, з урахуванням того, що мова йде про «переважаючі імперативні положення» [227; с.60].

Крім того, слід звернути увагу на те, що за законодавством України вибір застосовуваного права обмежується імперативними нормами, які регулюють захист прав споживача, держави, у якій є його місце проживання, перебування або місцезнаходження, якщо: 1) укладенню договору передувала оферта або реклама в цій державі, та споживач здійснив усе необхідне для укладення договору в цій державі; або 2) замовлення від споживача було прийняте в цій державі; або 3) споживач з ініціативи іншої сторони здійснив подорож за кордон з метою укладення договору щодо придбання товарів (ст. 45 (2) ЗУ «Про міжнародне приватне право»).

Однак, слід зауважити, що ці обмеження не застосовуються до договорів перевезення, надання послуг, якщо місцем укладення та виконання таких договорів є держава, інша ніж держава місця проживання або місцезнаходження споживача (крім договору у сфері туризму, який передбачає комбіноване перевезення та розміщення) (ст. 45 (2) ЗУ «Про міжнародне приватне право»).

Схожі правила передбачені ст. 1212 ЦК РФ. Відмінність полягає у у колі імперативних норм, що є обмежуючим фактором. Так, за законодавством РФ – це імперативні норми права країни *місця проживання споживача*, за законодавством України- імперативні норми держави, у *якій є місце проживання, перебування або місцезнаходження споживача.* При цьому коментатори відмічають, що терміну «імперативні норми» у даному випадку надається інший зміст, ніж імперативним нормам у розумінні ст. 1192 ЦК РФ. Імперативними нормами у розумінні ст. 1212 є всі норми, які носять обов'язковий характер і надають споживачеві можливість захищати свої права у відносинах з іншими сторонами правочину [367-1; с.71]. Країна місця проживання фізичної особи тлумачиться як місце, в якому особа переважно проживає згідно зі ст. 20 ЦК РФ [367-1; с.56].

Згідно зі ст. 6 (2) Регламенту Рим I вибір права до споживчого договору не може потягти за собою позбавлення споживача захисту, який йому надається нормами права, від яких не дозволяється відступити у договорі відповідно до права, яке б за відсутності вибору

підлягало б застосуванню на підставі п. 1[73] При цьому дані обмеження не поширюються на договори надання послуг, якщо послуги надаються споживачеві виключно у державі, що відрізняється від держави його звичайного місця проживання, договори перевезення (крім договорів комплексного туризму), договорів предметом яких є речові права (за певними виключеннями) та деякі інші договори (ст. 6 (4) Регламенту Рим I.

Звертає на себе увагу те, що Регламент Рим I, що для позначення обмеження вибору права до споживчого договору вживає термін «положення від яких не дозволяється відступати за допомогою угоди», а не «імперативні норми». Тобто у даному випадку обмежуючим фактором вибору права виступають звичайні імперативні норми держави звичайного місця проживання (habitual residence) споживача. При цьому слід звернути увагу на те, що ст. 19 Регламенту Рим I розкриває поняття «habitual residence» стосовно юридичних осіб, фізичних осіб підприємців. Однак, визначення поняття даного терміну стосовно споживачів у Регламенті не міститься.

Тлумачачи поняття постійного місця проживання, яке використовується у Регламенті Рим, I проф. Бєлоглавек зазначає, що на відміну від простого перебування, «проживання» передбачає фізичну присутність у певному місці, протягом відрізку часу, який не може бути занадто коротким. Термін «постійне», на його думку, вказує на якість перебування. Тому на відміну від «безперервного проживання», «постійне проживання» допускає тимчасову відсутність [211; с.509].

Порівнюючи підхід ЗУ «Про міжнародне приватне право» із підходом Регламенту Рим I та ЦК РФ стосовно обмеження вибору права у договорах за участю споживача, не можна не помітити суперечливого регулювання першого. Так, як зазначалося, ЗУ «Про міжнародне приватне право» обмежує вибір права імперативними нормами держави, у якій є місце проживання, перебування або місцезнаходження споживача. Хоча даний Закон не містить визначення цих термінів очевидно, що у праві України вони не є синонімами. Так, наприклад, ЗУ «Про міжнародне приватне право», визначаючи у ст. 16 (3) поняття

[73] Тобто права держави, де має своє звичайне проживання споживач, за умови, що комерсант здійснює свою професійну чи підприємницьку діяльність у державі, де має своє звичайне місце проживання споживач, або будь-якими засобами орієнтує цю діяльність на дану державу або на декілька держав, включаючи дану державу, і договір укладений в рамках такої діяльності.

особистого закону фізичної особи без громадянства встановлює, що ним «вважається право держави, у якій особа має місце проживання, а за його відсутності – місце перебування». Ст. 3 ЗУ «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» визначає місце перебування як «адміністративно-територіальну одиницю, на території якої особа проживає строком менше шести місяців на рік»; місце проживання як «адміністративно-територіальну одиницю, на території якої особа проживає строком понад шість місяців на рік» [29].

Що стосується терміну «місцезнаходження», то він, як правило, вживається стосовно юридичних осіб (див. наприклад, ст. 25 ЗУ «Про міжнародне приватне право», ст. 93 ЦК України). В той час, як ст. 45 (1) ЗУ «Про міжнародне приватне право» встановлює, що «До договорів споживання належать договори щодо придбання товарів та одержання послуг особою (споживачем) не для цілей підприємницької діяльності».

При цьому термін «споживач» ЗУ «Про міжнародне приватне право» не визначається. Однак, з урахуванням ст. 7 (1) цього ж Закону, можна скористатися тлумачення цього поняття, що міститься у ст. 1 (22) ЗУ «Про захист прав споживачів»[24], згідно з яким «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».

Таким чином, обмеження свободи вибору права у споживчому договорі імперативними нормами держави, у якій споживач має «місце знаходження» не несе у собі нормативного навантаження.

Що стосується обмеження імперативними нормами держави «місця проживання або місця перебування споживача», то, на наш погляд, перш за все слід визначитися із тим, що означають згадані терміни у даному випадку.

Тлумачачи поняття «місця проживання» у контексті ст. 16 Закону України «Про міжнародне приватне право» В.В. Васильченко, посилається на визначення цього терміну у ст. 29 ЦК України [225; с.52].

На наш погляд, використання визначення поняття «місця проживання фізичної особи», що міститься у ЦК України для цілей ЗУ «Про міжнародне приватне право» не є можливим, оскільки, як зазначалося, для останнього важливим є відмежування «місця проживання» від «місця перебування», а ЦК України визначає місце проживання певне приміщення, придатне для проживання у ньому у відповідному населеному пункті, в якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово. Тобто, використання визначення, що міститься у ЦК не дозволить відокремити «проживання» від «перебування».

Як зазначалося, ст. 3 ЗУ «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» розрізняє «місце проживання» і «місце перебування». Однак, із назви та змісту цього Закону випливає, що він визначає ці поняття лише у межах території України. Тому, на наш погляд, використання положень цього Закону для тлумачення понять, що містяться у Законі України «Про міжнародне приватне право» є досить спірним.

А.С. Довгерт, описуючи процес кодифікації МПрПв Україні, у тому числі створення ЗУ «Про міжнародне приватне право» зазначає, що «оскільки категорія «місця проживання» і «місця перебування» у міжнародному приватному праві відрізняються від тих, що звучать аналогічно у внутрішньому цивільному праві, наш варіант проекту кодифікації МПрП містив вказівку на їх зміст. Зокрема, пропонувалося вважати, що фізична особа має: місце проживання у тій країні, в якій живе з наміром постійного там проживання; своє звичайне місце перебування – у країні, в якій вона живе певен час, навіть якщо від самого початку цей час був обмежений. На жаль, ці положення не потрапили до ЗУ «Про міжнародне приватне право» [255; с.48].

Враховуючи те, що інші акти законодавства України не дозволяють розтлумачити поняття «місця проживання» і «місця перебування», що містяться у ЗУ «Про міжнародне приватне право», доцільно було б включити до даного Закону визначення цих понять. При цьому ми повністю підтримуємо точку зору А.С. Довгерта стосовно того, що критерієм для відмежування «місця проживання» і «місця перебування» повинен виступати намір особи.

Країни місця проживання та місця перебування споживача можуть не співпадати, що може створювати проблеми із застосуванням ст. 45 (2) Закону України «Про міжнародне

приватне право». Зокрема, якщо імперативні норми держав місця проживання і місця перебування встановлюють різний рівень захисту прав споживача, то неминуче виникне питання про те, імперативні норми якої з них будуть обмежуючим фактором по відношенню до вибору права у споживчому договорі. Для уникнення цих складнощів, вважаємо за необхідне закріпити на законодавчому рівні механізм вирішення цієї колізії на користь права тієї держави, яка надає споживачеві вищий рівень захисту.

Важливо визначитися й з колом імперативних норм, що обмежують вибір права у договорах за участю споживачів. Так, на думку Ю.Венгринюка, мова йде про «переважаючі імперативні положення», у зв'язку із чим він пропонує внести відповідні зміни до ст. 45 ЗУ «Про міжнародне приватне право» [227; с.61].

Авторові цього дослідження ближчий підхід до обмеження свободи вибору права у договорах за участю споживачів, запропонований Регламентом Рим І. Як зазначалося, цей документ у даному разі обмежує свободу не «не переважаючими імперативними положеннями», а «положеннями, від яких не дозволяється відступати за допомогою угоди», тобто звичайними імперативними нормами. Такий підхід дозволяє забезпечити передбачуваність захисту прав споживачів. У зв'язку із цим пропонуємо у ст. 45 (2) ЗУ «Про міжнародне приватне право» слова «імперативними нормами» замінити словами «положеннями, від яких не дозволяється відступати за допомогою угоди».

З урахуванням наведеного пропонуємо викласти абзац перший ст. 45 (2) ЗУ «Про міжнародне приватне право» у наступній редакції: «Вибір права сторонами договорів споживання не може обмежити захист прав споживача, який надається йому положеннями, від яких не дозволяється відступати за допомогою угоди, права держави, у якій є його місце проживання або перебування в залежності від того, які з них надають вищий рівень захисту, якщо:…».

Слід відзначити, що сучасне законодавство багатьох країн не встановлює обмежень щодо моменту вибору права. Так, наприклад, згідно із ст. 5 (5) Закону України «Про міжнародне приватне право» «Вибір права або зміна раніше обраного права можуть бути здійснені учасниками правовідносин у будь-який час, зокрема, при вчиненні правочину,

на різних стадіях його виконання тощо. Вибір права або зміна раніше обраного права, які зроблені після вчинення правочину, мають зворотну дію і є дійсними з моменту вчинення правочину, але не можуть: 1) бути підставою для визнання правочину недійсним у зв'язку з недодержанням його форми; 2) обмежити чи порушити права, які набули треті особи до моменту вибору права або зміни раніше обраного права.»

Стаття 3 (2) Регламенту Рим I встановлює, що « Сторони у будь-який час можуть дійти згоди про те, що договір буде регулюватися іншим правом, ніж те, яке регулювало його раніше згідно із попереднім вибором, здійсненим у відповідністю із даною статтею, чи згідно з іншими положеннями даного Регламенту. Будь-яка зміна у визначенні права, що підлягає застосуванню, яка відбувається після укладення договору, не зачіпає формальної дійсності договору у розумінні ст. 11 та не наносить шкоди іншим особам».

Стаття 1210 (3) ЦК РФ встановлює, що «Вибір сторонами права, що підлягає застосуванню, здійснений після укладення договору вважається дійсним без шкоди для прав третіх осіб з моменту укладення договору».

Згідно зі ст. 1112 (4) ЦК РК: «Вибір застосовуваного права може бути здійснений сторонами договору у будь-який час як при укладенні договору, так і в подальшому. Сторони договору можуть також погодитися про зміну застосовуваного до договору права». Ст. 1610 (4,5) ЦК РМ «(4) Вибір застосовуваного права може бути здійснений сторонами договору в будь-який час, як при укладенні договору, так і в будь-який момент у подальшому. Сторони договору можуть у будь-який час домовитися про зміну застосовуваного права. (5) Вибір застосовуваного права, здійснений після укладення договору, має зворотну силу і вважається дійсним з моменту його укладення, не зачіпаючи дійсності форми договору або прав, набутих третіми особами в зв'язку з цим договором».

При цьому законодавство окремих країн надає зворотної (ретроспективної) сили вибору права (ст. 5 (5) ЗУ «Про міжнародне приватне право», ст. 1210 (3) ЦК РФ, ст. 1610 (5) ЦК РМ), здійсненому після укладення договору). Законодавство інших країн прямо не приділяє уваги даному питанню (ст. 3 (2) Регламенту Рим I, Ст. 1112 (4) ЦК РК).

Закріплення на законодавчому рівні зворотності вибору права є одним із способів вирішення мобільної або інтертемпоральної колізії[74], однієї із найвідоміших правових проблем. Зміна застосовуваного права до триваючих відносин (у нашому випадку викликана зміною раніше обраного права) неминуче тягне за собою виникнення конфлікту між нормами старого та нового права. В основі поширення дії новообраного права на відносини, які виникли до моменту такого вибору, - міркування про те, що сторони зацікавлені в уникненні можливих колізій між старим та новим регулюванням. Разом із тим, зрозуміло, що укладаючи, виконуючи договір, сторони співставляють свої дії із застосовуваним правом. Ретроспективний ефект вибору нового права може призвести до того, що дії сторін договору, які не порушували старого права, не відповідатимуть вимогам нового права, що, наприклад, може бути підставою для визнання договору недійсним.

У зв'язку із цим сучасні законодавства, не встановлюючи часових меж реалізації свободи вибору права та закріплюючи зворотну силу такого вибору, встановлюють межі застосування новообраного права. Перше з них стосується регулювання питань формальної дійсності договору. Це призводить до того, що укладений раніше договір не можна визнати недійсним у зв'язку із недодержанням вимог стосовно форми договору, встановлених новообраним правом. Друге обмеження застосування новобраного права стосується відносин між стороною (сторонами) договору та третіми особами. Воно полягає у тому що, якщо нове право може обмежити чи порушити права, набуті третіми особами до моменту вибору права або зміни раніше обраного права, то реалізація вказаних прав третіми особами здійснюється на підставі старого права.

Говорячи про свободу вибору права у часовому аспекті, необхідно звернути увагу на практичну можливість її реалізації. Аналіз чинного процесуального законодавства України вказує на те, що у разі виникнення між сторонами спору, який буде вирішуватися державним судом в Україні, сторони можуть зіштовхнутися з певними складнощами. Так, відповідно до ч. 1 ст. 303 ЦПК України під час розгляду справи в апеляційному порядку апеляційний суд перевіряє законність і обґрунтованість рішення суду першої інстанції в межах доводів апеляційної скарги та вимог, заявлених у суді першої інстанції. Згідно з ч. 3

[74] Про поняття та способи вирішення мобільної (інтертемпоральної) колізії – див. [489; с.16], [334; с.43-44], [267; с.71-72].

ст. 101 ГПК України в апеляційній інстанції не приймаються і не розглядаються вимоги, що не були предметом розгляду в суді першої інстанції. Як відомо, формулювання позовних вимог залежить від правових норм, на підставі яких вони подаються. Зміна обраного права після винесення рішення судом першої інстанції може призвести до зміни позовних вимог, а відтак, не можливості розгляду справи апеляційною інстанцією.

У зв'язку із цим, вважаємо, що у разі обрання (зміни раніше обраного) сторонами права під час розгляду справи апеляційною або касаційною інстанцією, якщо вибір права призводить до зміни позовних вимог, рішення попередньої інстанції повинно скасовуватися, а справа передаватися на новий розгляд.

У зв'язку із цим, пропонуємо доповнити ст. 338 ЦПК України частиною нового змісту: «Підставою для скасування судових рішень судів першої та (або) апеляційної інстанцій і направлення справи на новий судовий розгляд є угода сторін про вибір права або зміну раніше обраного права, якщо вона призвела до зміни позовних вимог».

Аналогічні за значенням доповнення повинні бути внесені й до ГПК України. Тому, пропонуємо пропонуємо викласти ст. 111-9 (1) (3) (перше речення) у наступній редакції: «скасувати рішення першої інстанції або постанову апеляційної інстанції і передати справу на новий розгляд, якщо суд припустився порушень норм процесуального права, які унеможливили встановлення фактичних обставин, що мають значення для правильного вирішення справи, **або якщо сторони уклали угоду про вибір права або зміну раніше обраного права, що призвела до зміни позовних вимог.»**

Підсумовуючи, варто відзначити, що найпоширенішими обмеженнями вибору права на сьогодні є міжнародний характер відносин, імперативні норми, коло правопорядків. Законодавство України встановлює обмеження форми угоди про вибір права, якщо вона стосується не договору в цілому, а лише його частини. Застосування обраного права не може порушувати прав третіх осіб, які виникли до укладення угоди про вибір права або зміни раніше обраного права.

3.3. Процесуальна свобода сторін МПДЗ.

Одним із можливих проявів свободи договору є можливість обирати орган, який вирішує спори, а також у певних випадках регулювати окремі питання процедури розгляду спорів на власний розсуд. Право визначення цих питань може надаватися як учасникам внутрішніх спорів так і спорів з іноземним елементом. У даному досліджені увага буде приділена в основному останнім.

В залежності від складу учасників, яким надається процесуальна свобода, можна виділити наступні можливі способи її прояву: 1) одностороння свобода, яка полягає у тому, що лише один із учасників договірного правовідношення наділений правом вибору органу, що вирішуватиме спір[75]; 2) двостороння свобода, яка виявляється у тому, що за згодою сторін може здійснюватися вибір: - органу, уповноваженого на розгляд спору (наприклад, укладення угоди про вибір державного суду (пророгаційної угоди) або угоди про вибір недержаного органу, уповноваженого розглядати спір (арбітражної угоди); - процедури вирішення спору (примирювальної процедури; регулювання окремих процедурних питань у міжнародному арбітражі за згодою сторін; - способу вирішення спору (укладення мирової угоди).

Встановлення юрисдикції державного суду[76] за згодою сторін (forum voluntatis) є одним із способів визначення компетентного органу тієї чи іншої держави, можливість використання якого закріплена у міжнародних договорах, національному законодавстві і судовій практиці різних країн [330;49-50]. Встановлення юрисдикції за згодою сторін передбачена й ст. 2.1.1. Принципів УНІДРУА міжнародного цивільного процесу [179].

---

[75] Наприклад, ст. 33 (1) Монрельської конвенції наділяє позивача правом вибору суду, який розглядатиме позов про відповідальність, з поміж судів: 1) однієї з Держав-учасниць Монреальської конвенції; 2) держави, у якій має місце знаходження перевізник; 3) держави, у якій перевізник має місце основної діяльності; 4) держави, де знаходиться комерційне підприємство, через яке був укладений договір перевезення; 5) держави місця призначення перевезення [80].

[76] Слід відзначити, що у доктрині не існує єдиної точки зору з приводу позначення повноважень державного суду вирішувати спір з іноземним елементом. Так, частина авторів позначають їх терміном «міжнародна підсудність» (наприклад, [217;353], [407]), інші – «міжнародна юрисдикція» (наприклад, [330; 36-44]). У даному дослідженні термін «міжнародна підсудність» буде вживатися як характеристика спору, а повноваження суду на розгляд спору з іноземним елементом будуть іменуватися «міжнародна юрисдикція».

Серед нормативно-правових актів, які застосовуються в Україні, можливість обрання суду, що вирішуватиме спори, закріплена ст. 21 Мінської конвенції [39], ст. 4 (2) Київської угоди[57], у деяких договорах про правову допомогу,[77] ст. 76 (1) ЗУ «Про міжнародне приватне право» [26], ст. 8 (2) КТМ України [31].

У доктрині існують різні підходи щодо визначення угод, які визначають державний орган, уповноважений вирішувати спори міжнародного характеру (з іноземним елементом) як виключення із загальних правил про підсудність. Частина авторів до таких угод відносять пророгаційні та дерогаційні угоди. При цьому пророгаційна угода визначається «як угода, відповідно до якої непідсудний згідно із загальними диспозитивними нормами визначення компетенції даного суду спір стає підсудним» [196; с.322]; «угода, відповідно до якої сторони погоджуються на певну юрисдикцію» [514; с.298]; «угода сторін про визначення компетенції суду» [213; с.171]; дерогаційна – як «угода, згідно з якою спір, який підлягає вирішенню відповідно до загальних диспозитивних норм визначення компетенції даного суду вилучається із сфери його юрисдикції і передається до іншого суду» [196; с.322]; «угода, що виключає підсудність правовідношення суду» [213; с.171]; «угода, за якою сторони погоджуються не визнавати юрисдикцію» [514; с.298].

Інші автори не проводять відмежувань між пророгаційною та дерогаційною угодами. За такої позиції пророгаційна угода визначається широко, наприклад, як «угода про вибір суду, яка має наслідком витіснення компетентного суду» [497; с.1508]. Водночас такі автори, як правило, визнають, що пророгаційна угода має і дерогаційний ефект [414; с.133], [423; с.123].

У юридичній літературі висловлювалися різні точки зору щодо розуміння правової природи пророгаційної угоди. Одна з них полягає у тому, що пророгаційна угода має матеріальну природу, оскільки порядок укладення таких договорів, підпорядкований положенням цивільного права; при їх оцінці суд перевіряє не процесуальну правосуб'єктність сторін, а матеріальну[256; с.10-11]. Дана точка зору справедливо

[77] Наприклад, ст. 33 (3) Договору між Україною та Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 24.05.1993 р.[15]; ст. 17 (1) (c) Угоди між Україною та Республікою Кіпр про правову допомогу у цивільних справах від 06.09.2004 р. [55]; ст. 17 (2) Угоди між Україною та Турецькою Республікою про правову допомогу та співробітництво в цивільних справах від 23.11.2000 р. [56].

критикується, оскільки допустимість пророгаційної угоди визначається процесуальним законодавством [414; с.140]. Згідно з іншою позицією пророгаційна угода має процесуальну природу, оскільки регулюється процесуальним законодавством, та набуває чинності у випадку судового розгляду після подачі позову [479; с.40], [420; с.18]. Заперечуючи такий підхід до розуміння правової природи пророгаційної угоди, Х. Шах вказує на те, що пророгаційна угода, як правило, укладається ще до початку процесу, як частина матеріально-правового договору [424; с.208]. Третя точка зору полягає у тому, що пророгаційна угода є інтитутом sui generis, що має матеріальні і процесуальні властивості[78]. Це пояснюється тим, що вона має витоки у матеріальному договорі (відтак, момент укладення договору, співпадіння волі сторін регулюватимуться положеннями матеріального права), але її дія визначається процесуальним правом [424; с.133]. Слід відмітити справедливість цієї точки зору. Цікаво, що подібне регулювання пророгаційної угоди пропонується навіть авторами, які вважають пророгаційну угоду угодою процесуального характеру. Так, наприклад, М. Хейман з'ясовуючи, яке право слід застосовувати до процесуальної угоди зазначає, що «оскільки вона є процесуальною угодою, місцеве процесуальне право має відповідати на це питання шляхом застосування загальних принципів ЗЗ Швейцарії за аналогією. Ці норми будуть застосовуватися ніби процесуальне право (qua procedural law)» [479; с.40-41].

Угода сторін про вибір суду може міститися як у окремому документі, так і бути частиною іншого документу, зокрема, договору. У зв'язку із цим у доктрині спеціально досліджувалося питання щодо співвідношення пророгаційного застереження та договору, у якому воно міститься. Більшість сучасних авторів вважають, що умова про вибір суду є автономною по відношенню до договору, у тексті якого вона міститься [497; с.1509].

Ми підтримуємо цю позицію, яка пояснюється тим, що на відміну від основного договору, пророгаційна угода має матеріально-процесуальну природу. В українській доктрині Ю.В. Черняк висувалася пропозиція, яка заслуговує цілковитої підтримки про те,

[78] Як відмічає КЛ. Брановицький таке розуміння правової природи угоди про підсудність властиве праву ФРН. Він посилається на визначення угоди про підсудність Федерального Верховного суду ФРН як договору про процесуальні права та обов'язки, допустимість укладення і дія якого регулюються процесуальним законодавством, а умови дійсності і порядок укладення регулюються цивільним законодавством. Норми останнього застосовуються також до регулювання питань здатності на укладення правочинів, представництва, недоліків волевиявлення такого виду договору [221; с.31].

що у ЗУ «Про міжнародне приватне право» слід закріпити положення про те, що «Угода сторін про підсудність, яка є частиною зовнішньоекономічного договору, повинна тлумачитись як угода, що не залежить від інших умов договору. Недійсність зовнішньоекономічного договору не породжує недійсності пророгаційної угоди» [423; с.164]. На жаль, ця пропозиція не була реалізована законодавчо.

Однак, ця позиція потребує конкретизації, оскільки не дає відповіді на питання, право якої держави слід застосовувати до питань дійсності пророгаційної угоди. На наш погляд, зручним є вирішення таких питань на підставі права держави, суд якої обраний пророгаційною угодою. Водночас дана проблема не може вирішуватися без урахування того, що пророгаційна угода, крім процесуальних, має матеріальні властивості. Наявність останніх обумовлює потребу широкого розуміння поняття «право держави», тобто як матеріальних так і колізійних норм. Тому, на наш погляд, якщо ст. «Договірна підсудність» ЗУ «Про міжнародне приватне право», запропонована Черняк Ю.В. буде прийнята, до неї також слід включити частину наступного змісту: «Дійсність угоди про підсудність визначається нормами права держави, суд (суди) якої вказаний (вказані) в угоді. Для цілей цієї статті термін «право держави» охоплює у тому числі її колізійні норми».

У зв'язку із цим особливої актуальності набуває питання щодо права, яке застосовується до дійсності пророгаційної угоди. Як зазначається у *Доповіді про застосування Регламенту Брюссель I [481;с.159]*, на перший погляд, ст. 23 Регламенту Брюсселю I сформульована таким чином, що встановлює лише формальні вимоги до пророгаційної угоди. Однак, прецедентне право ЄСС свідчить про те, що ст. 23 встановлює у тому числі вимоги до згоди, якої повинні досягти сторони пророгаційної угоди, так що «для застосування національного права з цього питання залишається мало місця»[79].

[79] Ця точка зору базується на рішеннях ЄСС по справах: Powell Duffryn plc v Wolfgang Petereit [616] (у цьому рішенні аналізується, чи є пророгаційне застереження, що міститься в установчих документах компанії, таким, що встановлює належну згоду сторін); Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) v Les Gravières Rhénanes SARL [603] (у цьому рішенні предметом дослідження стало питання про те, чи може практика, яка склалася між сторонами, свідчити про досягнення ними належної згоди), а також деяких інших рішеннях.

Однак, судова практика Держав-членів вказує на те, що при вирішенні питання про те, чи досягли сторони належної згоди щодо вибору суду, широко використовується національне право. При цьому деякі держави (у яких пророгаційна угода вважається угодою процесуального характеру) до питань дійсності угоди про вибір суду застосовують lex fori, інші – lex causae, що може призводити до того, що одна і та сама пророгаційна угода буде вважатися дійсною у одній державі, і недійсною – у іншій.

У Доповіді про застосування Регламенту Брюссель I пропонуються можливі шляхи вирішення цієї проблеми: 1) звертатися до DCFR, якщо він буде прийнятий; 2) використовувати підхід, запропонований ст. 5 (1) Гаазької конвенції про вибір суду [173], тобто визначати дійсність пророгаційної угоди за правом суду, вказаним в угоді; 3) застосовувати комбінований підхід: використовувати правило ст. 5 (1) Гаазької конвенції, а також – не зважаючи на це – норми договірного права майбутнього CFR – як згармонізованих європейських норм [481; с.159-160]**.**

За ступенем конкретизації пророгаційні угоди поділяють на відносно визначені (ті, в яких визначається не конкретний правозастосовчий орган, розташований у певній державі, а система органів певної держави) та абсолютно визначені (в яких вказується конкретний правозастосовчий орган, розташований у певній державі) [330; с.52]. В українській доктрині Черняк Ю.В. була висунута слушна пропозиція щодо закріплення у законодавстві положень про те, що «дійсними є як ті пророгаційні угоди, які передбачають розгляд справи в конкретному суді України, так і ті пророгаційні угоди, які містять вказівку не на конкретний український суд, а на судову систему України» [423; с.127].

Свобода сторін здійснити вибір суду, уповноваженого вирішувати спору обмежується певними факторами. Зазвичай це має місце з метою захисту слабкої сторони або публічних інтересів [338; с.775].

Можливість укладення пророгаційної і дерогаційної угод обмежується імперативними нормами про юрисдикцію судів певної держави (нормами, що встановлюють виключну підсудність). Останні можуть чітко визначати країну, судам якої підсудні певні справи (ст. 77 ЗУ «Про міжнародне приватне право» [26]; ст. 248 АПК РФ

[1]; ст. 417 ЦПК РК [13]), або встановлювати принципи визначення компетенції судів загального характеру, не передбачаючи можливості їх зміни угодою сторін (ст. 48 (5) Договору між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу у цивільних справах [16]) , чи закріплювати недопустимість угод про вибір суду стосовно певних категорій справ (ст. 40 (2) ЦПК ФРН [185]).

За способом формулювання норм, що дозволяють укладення угоди про вибір державного суду певної країни, можна виокремити такі, що закріплюють можливість вибору судів: 1) іноземних держав (ст. 419 ЦПК РК); 2) власної країни (Ст. 76 (1) (1) ЗУ «Про міжнародне приватне право»); 3) без конкретизації їх державної належності (Ст. 33 (3) Договору України і Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних та кримінальних справах [15]).

Від змісту норм, що надають свободу укладати угоду про вибір суду, залежить зміст формулювань, що її обмежують. Так, право на вибір суду іноземної держави обмежується виключною підсудністю судів тієї держави, яка дозволяє такий вибір. Можливість вибору суду власної країни навпаки обмежується виключною підсудністю судів іноземних держав.

У зв'язку із цим, варто звернути увагу на певну неточність ст. 76 ЗУ «Про міжнародне приватне право», яка визначаючи підстави визначення підсудності справ судам України, встановлює обмеження у ст. 76 (1) (1) такої підсудності як «виключну підсудність судам України». Проте, виключна підсудність судам України навпаки встановлює перелік випадків, коли з точки зору законодавства України справи можуть бути підсудними лише судам України.

На наш погляд, угода сторін про вибір державного суду України, не може змінювати виключної компетенції іноземного суду. Остання може встановлюватися міжнародним договором або внутрішнім законодавством певної країни. Тому доречно було б внести зміни до ст. 76 (1)(1) ЗУ «Про міжнародне приватне право» виклавши її у наступній редакції: «1. Суди можуть приймати до свого провадження і розглядати будь-які справи з іноземним елементом у таких випадках: 1) якщо сторони передбачили своєю угодою підсудність справи з іноземним елементом судам України, крім випадків, виключної підсудності іноземному суду».

Потрібно відзначити, що законодавство окремих країн наділяє суд виключною юрисдикцією, якщо сторони уклали пророгаційну угоду. Так, наприклад, відповідно до ст. 5 (1) Закону про МПрП Швейцарії, якщо з угоди про вибір суду не випливає іншого, то суд вказний в угоді, має виключну юрисдикцію [171].

Аналогічне правило закріплене у ст. 23 (1) Регламенту Брюссель I, згідно з якою якщо одна або декілька сторін, які мають доміцилій в державі-члені ЄС, дійшли згоди, що суд або суди держави-члена ЄС повинні мати юрисдикцію при розгляді спорів, що виникли або можуть виникнути у зв'язку з певними правовідносинами, то такий суд або такі суди матимуть юрисдикцію.

Юрисдикція, встановлена пророгаційною угодою, буде виключною, якщо сторони не домовляться про інше.[80] Аналогічний підхід щодо виключної юрисдикції обраного суду міститься й у ст. 25 (1) Регламенту Брюссель I (переглянутого)[81]. Відмінність полягає у тому, що нова версія Регламенту не пов'язує можливість укладення пророгаційної угоди із доміцилієм сторін у державах-членах. Крім того, умовою виключної юрисдикції обраного суду є дійсність пророгаційної угоди.

Виключна юрисдикція у тому числі означає, що суд (суди) визначений (визначені) у пророгаційному застереженні, має (мають) виключну юрисдикцію на розгляд спору, навіть якщо одна із сторін заявляє про недійсність договору, частиною якого є відповідне застереження [602].

Водночас слід звернути увагу на те, що на відміну від виключної юрисдикції, встановленої ст. 22 Регламенту Брюссель I (яка не може бути відмінена вступом відповідача у провадження) виключна юрисдикція, яка виникає на підставі угоди сторін, може бути змінена у подальшому.

Так, зі ст. 24 Регламенту Брюссель I випливає, що якщо, не зважаючи на укладення угоди про вибір суду (судів) певної держави-члена ЄС, позивач подав позов до суду іншої

[80] Аналогічне правило передбачене ст. 17 (1) Брюсельської Конвенції [83] та ст. 23 (1) Нової Луганської конвенції [85].

[81] 21 квітня 2009 Європейська Комісія прийняла Доповідь про застосування Регламенту Брюсель I. У доповіді в цілому міститься позитивна оцінка Регламенту, але водночас наголошується на необхідності внесення певних поправок, які були відображені у Регламенті Брюсель I (переглянутому). Відповідно до ст. 66 (1) зазначеного Регламенту він застосовуватиметься тільки до процесів, що розпочалися, або документів, формально складених або зареєстрованих, та судових рішень, винесених 10 січня 2015 року або після цієї дати [161].

держави-члена ЄС і відповідач вступив у провадження у цьому суді, юрисдикцію матиме суд останньої[82]. Винятком є випадок, коли відповідач з'являється до суду лише для оспорювання його юрисдикції.[83]

Разом із тим, зі ст. 23 (3) Регламенту Брюссель I [88], ст. 23 (3) Нової Луганської конвенції [85] та ст. 17 (1) Брюссельської конвенції [83] випливає, що якщо пророгаційна угода була укладена між сторонами, з яких жодна не має доміцілію у державі-члені ЄС, на користь судів певної держави-члена ЄС, суди іншої держави-члена не матимуть юрисдикції на вирішення спору на підставі вступу відповідача у справу (за виключеннями випадків, коли суди, обрані в угоді, відхилили свою юрисдикцію).

Беззастережний вступ відповідача у справу розглядається як самостійна підстава міжнародної підсудності [258; с.318]. Водночас слід звернути увагу на те, що він є особливою формою укладення проророгаційної угоди. Так одній із справ ЄСС, надаючи попередній висновок щодо тлумачення положень Регламенту Брюссель I, зазначив, що вступ відповідача у справу, за умови що він не оспорює юрисдикцію суду, є неявною пророгацією [601].

Таким чином, із положень Регламенту Брюссель I, Регламенту Брюссель I (переглянутого), Брюсельської та Нової Луганської конвенції випливає, що вони допускають укладення пророгаційної угоди шляхом вчинення конклюдентних дій: звернення до суду позивача та вступу у справу відповідача, з метою іншою, ніж оспорювання компетенції[84].

Вступ відповідача у справу не буде підставою для виникнення юрисдикції суду лише у двох випадках: 1) коли відповідач вступає у справу лише за для того, щоб оспорити

[82] При цьому необхідно зауважити, що Регламент Брюссель I, Регламент Брюссель I (переглянутий), Брюсельська конвенція та Нова Луганська конвенція не розкривають поняття «вступ у провадження». У літературі висловлювалися різні думки щодо цього. Так, Ю.В. Черняк вважає, що «для вирішення цього питання суд держави-учасниці має звертатися до свого внутрішнього законодавства» [423; с.100]. Н.Г. Єлисеев зазначає, що дане поняття слід тлумачити автономно виходячи із системи самого Регламенту або Конвенцій [258; с.319]. Слід відзначити, що автономність тлумачення положень Брюсельської конвенції (а відтак і Регламенту) підтримується і Європейським судом справедливості. Так, у рішенні винесеному із попереднього питання у справі *Powell Duffryn plc v Wolfgang Petereit***,** суд, відповідаючи на питання, як слід тлумачити поняття «угода, що надає юрисдикцію», яке вживається у ст. 17 Брюсельської конвенції, незалежно або на підставі права тієї чи іншої держави-члена, зазначив, що таке тлумачення має здійснюватися незалежно [616].

[83] Ст. 18 Брюссельської конвенції [83] та ст. 24 Нової Луганської конвенції [85] містять аналогічні положення.

[84] Якщо відповідач бажає оспорити юрисдикцію суду то відповідно до рішення Європейського суду у справі *Elefanten Schuh GmbH v Pierre Jacqmain***,** він повинен це зробити не пізніше першої заяви по суті спору [597-1]**.**

юрисдикцію суду; 2) коли інший суд мав виключну юрисдикцію в силу ст. 22 Регламенту Брюссель I. Аналогічне правило передбачене ст. 26 Регламенту Брюссель I (переглянутого)[85].

Слід відзначити, що такий підхід властивий законодавству багатьох країн. Так, наприклад, відповідно до ст. 93 ЦПК Франції суддя має право відмовити у розгляді позову у зв'язку із його територіальною непідсудністю у трьох випадках, одним із яких є невступ відповідача у провадження. Це є підставою для висновку, що «якщо відповідач не висуває заперечень про непідсудність і вступає у процес, суддя не може відмовити у розгляді з причини порушення судової компетенції» [258; с.113]. Ст. 39 ЦПК Німеччини закріплює положення про те, що компетенція суду може бути заснована на тому, що відповідач, не висуваючи заперечень про непідсудність, заявляє заперечення по суті справи. Дане правило не діє, якщо суддя дільничного суду, до якого пред'явлений позов з порушенням родової чи територіальної підсудності, не роз'яснив відповідачеві правових наслідків його беззастережного вступу у процес [69].

Ст. 104 (3) Закону про судочинство Австрії є підставою для висновку, що порушення диспозитивних норм про підсудність усувається беззастережним вступом відповідача у процес. У разі порушення імперативних приписів про територіальну чи родову підсудність і відповідач не представлений адвокатом, суддя повинен надати йому роз'яснення юридичних наслідків вступу у процес. Якщо після надання таких роз'яснень відповідач бере участь у провадженні по суті спору, юрисдикція суду вважається обґрунтованою [258; с.160].

Відповідно до ст. 6 Закону про МПрП Швейцарії вступ відповідача у провадження із майнових вимог, за умови, що юрисдикція суду ним не оспорюється, є підставою для підсудності справи швейцарському суду [171].

[85] У практиці виникало питання, чи може відповідач шляхом вступу у процес, встановити міжнародну юрисдикцію суду, якщо за інших умов, юрисдикція на вирішення спору встановлювалася б на підставі Глави 3 Розділу II Регламенту Брюссель I («Юрисдикція по спорах, пов'язаним зі страхуванням»), а позов подано усупереч цим правилам. Згідно із роз'ясненням, наданим ЄСС, у такій ситуації, суд, до якого подано позов, повинен визнати свою юрисдикцію, оскільки лише суперечливість положенням ст. 22 Регламенту Брюссель I («Виключна юрисдикція»), а також вступ у справу відповідача з метою оспорювання компетенції, є підставою для визнання судом своєї юрисдикції [597-2].

Крім виключної юрисдикції можливість вибір сторонами державного суду може обмежуватися й іншими чинниками. Законодавство ряду країн встановлює вимоги щодо форми угоди про вибір суду. Наприклад, згідно зі ст. 23 (1) Регламенту Брюссель I та ст. 25 (1) Регламенту Брюссель I (переглянутого) угода про те, що суди (суди) члена-держави ЄС повинні мати юрисдикцію на розгляд спорів повинна укладатися у «a) у письмовій формі або підтверджуватися письмовими доказами; b) у формі, яка відповідає практиці взаємовідносин між сторонами; c) у міжнародній торгівлі або комерції - у формі, яка відповідає звичаю, про який сторони знали або повинні бути знати і який є широко відомим і регулярно дотримується сторонами такого роду договорів у відповідній галузі торгівлі чи комерційної діяльності»[86].

У справі *Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG)./.Les Gravieres Rhenanes SARL ЄСС* визначив принципи, які дозволяють встановити відповідність звичаїв, про які йдеться у ст. 23 (1) (c) Регламенту Брюссель I. Зокрема, національні суди повинні з'ясувати, чи може договір, щодо якого укладено пророгаційну угоду, класифікуватися як договір у сфері міжнародної торгівлі (комерції). Обізнаність сторін із звичаєм підтверджується тим, що 1) вони раніше вступали у комерційні відносини одна із одною або з іншими особами, які діють у відповідній галузі торгівлі (комерції); або 2) якщо у цій галузі регулярно дотримуються певної лінії поведінки, укладаючи договори даного типу, у результаті чого вона може розглядатися як консолідована практика. Питання про те, чи існує відповідний звичай не повинно визначатися на підставі національного права. Для того, щоб встановити існування звичаю, обізнаність із ним сторін, суд повинен вказати на об'єктивні докази [603].

[86] Це положення тлумачиться як таке, що дозволяє припустити укладення пророгаційної угоди у випадках, коли пророгаційне застереження вміщене у листі-підтвердженні, виданому в обмін на пропозицію у ході торговові чи комерційної діяльності, якщо сторона, якій він був адресований не висловила заперечень [479; с.43].

Крім того, необхідно відзначити, що вимоги щодо форми пророгаційної угоди встановлені ст. 23 (1) Регламенту Брюссель I є аналогічними вимогам ст. 17 (1) Брюсельської конвенції та Ст. 23 (1) Нової Луганської конвенції. При цьому слід відзначити, що тлумачачи ст. 17 (1) Брюсельської конвенції ЄСС зазначив, що якщо пророгаційне застереження, включене до Загальних умов продажу однієї із сторін, надрукованих на зворотному боці тексту договору, вимога письмової форми є дотриманою, тільки якщо договір, підписаний обома сторонами, містить явно виражене посилання на Загальні умови. У випадку, якщо договір укладений із посиланням на попередні оферти, у яких містилися посилання на Загальні умови однієї із сторін, у яких містилося пророгаційне застереження, вимога щодо письмової форми є дотриманою, якщо є вона є явно вираженою і таким чином, може бути перевіреною стороною, яка виявляє розумну обережність [597].

При цьому у Доповіді про застосування Регламенту Брюссель I відмічається, що не зважаючи на тлумачення положень ст. 23 (1) Регламенту ЄСС, існує певна невизначеність у її застосуванні. Це викликано низкою чинників, серед яких: відсутність опублікованої практики застосування положень Регламенту Брюссель I у деяких державах-членах; невизначеність поняття «галузь торгівлі чи комерційної діяльності»; складність доказування існування звичаю. Крім того, тлумачення ЄСС поняття «знали або повинні бути знати» визнається таким, що створює проблеми на практиці. Проблеми виникають й з визначенням територіальної дії звичаю. Так, відомість звичаю у всьому світі, є достатньою підставою для його застосування. Водночас вимога про те, що сторони «знали або повинні були знати про існування звичаю» є підставою для для твердження, що він повинен бути відомим лише у місці знаходження обох сторін. Можливою є точка зору про те, що достатньо, щоб звичай був відомим у місцезнаходженні однієї сторони, якщо інша сторона знала або повинна була знати про його існування [481; с.162-163].

Однак, Доповідь про застосування Регламенту Брюссель I зазначає, що для того, щоб дати загальну оцінку ст. 23 (1) (c) Регламенту треба мати на увазі, що він був прийнятий задля того, щоб уникнути незручностей, викликаних суворим прецедентним правом ЄСС із тлумачення ст. 23 (1) (a) Регламенту Брюссель I. Посилання на звичаї у ст. 23 Регламенту (ст. 17 Брюсельської конвенції) було запозичене зі ст. 9(2) КМКП (близькою до цієї норми є ст. 1:105 PECL). Якщо це правило стане частиною CFR, можна бути досягти більш згармонізованого та передбачуваного розуміння поняття «звичаї» [481; с.163].

При цьому ст. 23 (2) Регламенту Брюссель I (ст. 23 (2) Нової Луганської конвенції, ст. 25 (2) Регламенту Брюссель I (переглянутого) встановлює, що «будь-який вид комунікації з використанням електронних видів зв'язку, що забезпечують надійний запис угоди є еквівалентним письмовій формі». (Брюсельська конвенція такого положення не містить).

Ст. 249 (2) АПК РФ встановлює письмову форму угоди про визначення компетенції арбітражних судів у РФ.

Законодавство Німеччини визначає вимоги до форми пророгаційної угоди в залежності від складу її сторін. Так, якщо сторони є підприємцями, торговими товариствами чи юридичними особами, угода про вибір суду може бути як явно

вираженою так і такою, що припускається (мовчазною) (ст. 38 (1) ЦПК Німеччини). Угода між сторонами, з яких хоча б одна не має ні місця проживання ні місця перебування на території ФРН, повинна укладатися письмово. У даному разі угода може бути укладена й усно, але вона повинна підтверджуватися письмовими доказами (ст. 38 (2) ЦПК [69]).

В усіх інших випадках угода повинна бути явно вираженою і у письмовій формі (ст. 38 (3) (1) ЦПК). Якщо після укладення договору, особа до якої має бути пред'явлений позов перенесла місце проживання чи звичайне місце перебування за межі ФРН, або на момент пред'явлення позову її місце проживання або звичайне місце перебування невідомо, угода також повинна бути явно вираженою і укладатися у письмовій формі (ст. 38 (3) (2) ЦПК).

Відповідно до ст. 5 (1) Закону про МПрПШвейцарії угода про вибір суду може бути укладена у письмовій формі, шляхом обміну телеграмами, телексами, телефаксами або за допомогою інших засобів зв'язку, які дозволяють на підставі письмових доказів встановити наявність угоду [171]. Вважається, що угода може бути укладеною у двох різних документах, але за умови, що вони дозволяють зробити однозначний висновок про узгодженість волі сторін. Не обов'язково, щоб документи були підписаними, оскільки законодавство допускає використання таких засобів зв'язку, які не дозволяють зберегти справжність підпису, вважається, що і за її відсутності вимоги письмової форми дотримані [258; с.178].

Разом із тим, слід відмітити, що законодавство інших держав може не встановлювати обов'язковості письмової форми, однак, у разі виникнення спору її наявність має підтверджуватися документальними доказами. Так, відповідно до ст. 104 (1) (2) (друге речення) Закону про судочинство Австрії угода про юрисдикцію має бути документально підтверджена; дотримання інших умов не є обов'язковим [186].

Потрібно відзначити, що чинне законодавство України не встановлює вимог стосовно угоди про вибір суду. У доктрині пропонувалося доповнити Розділ 12 «Про міжнародне приватне право» статтею «Договірна підсудність», в якій врегулювати питання про момент укладення, форму та автономний характер пророгаційної угоди, а також передбачити шляхи врегулювання ситуації, коли учасник спору, незважаючи на наявність

угоди про розгляд спору в суді за кордоном, пред'являє позов в українському суді за правилами міжнародної загальної чи спеціальної підсудності [423; с.164].

Національне законодавство окремих країн встановлює вимоги щодо змісту пророгаційної угоди. Так, відповідно до ст. 40 (1) ЦПК Німеччини угода про вибір суду не має юридичної сили, якщо вона не стосується певних правовідносин та правових спорів, що випливають із них [185]. У зв'язку із тим, що ст. 40 (2) встановлює, що угода про вибір суду є неприйнятною, якщо спір стосується немайнових вимог, які віднесені до юрисдикції місцевих судів, або справ виключної підсудності, вважається, що спір щодо якого укладення угоди про вибір суду є допустимим, повинен мати майновий характер [258; с.137]. Відповідно до ст. 104 (2) Закону Австрії про судочинство угода про підсудність має юридичну силу лише тоді, якщо вона стосується спору або справ, що випливають певних правовідносин [186]. У зв'язку із цим вважається, що застереження «усі спори, які можуть виникнути між нами, підлягають вирішенню у…» не має юридичних наслідків [258; с.159].

При цьому вважається, що на підставі ст. 104 Закону Австрії про судочинство сторони можуть домовитися про надання виключної компетенції іноземному суду [465; с.13].

Відповідно до ст. 5 (1) Закону про МПрПШвейцарії угода про вибір суду може бути укладена стосовно «існуючого або майбутнього спору щодо майнових вимог[87] із певного правовідношення». Застереження, в силу якої сторони домовляються про юрисдикцію певного суду стосовно «всіх справ, які можуть виникнути у відносинах між ними» є недопустимим [258; с.179]. Особливістю швейцарського права є й те, що сторони пророгаційної угоди повинні вказати на суд із достатньою визначеністю. Допустимість застереження «суди Швейцарії» є проблематичним у зв'язку із тим, що у країні діє 27 процесуальних кодексів і судових систем з використанням трьох мов[258; с.179-180] .

Вимога про те, що пророгаційна угода повинна стосуватися спорів, які «виникли або можуть виникнути, у зв'язку із конкретним правовідношенням» міститься у ст. 23 (1)

[87] До майнових вимог відносять вимоги, що випливають із договорів, деліктів, безпідставного збагачення, а також позови про виконання грошових зобов'язань, передбачених сімейним та спадковим правом [258;180].

Регламенту Брюссель I, ст. 25 (1) Регламенту Брюссель I (переглянутого), ст. 23 (1) Нової Луганської конвенції, ст. 17 (1) Брюсельської конвенції.

Також слід звернути увагу на те, що обмеження вибору суду може обумовлюватися й іншими чинниками. Так, наприклад, згідно зі ст. 38 (2) (друге речення) ЦПК Німеччини, якщо одна із сторін має місце проживання чи місце перебування у ФРН, суд у Німеччині може бути обраний тільки якщо ця сторона має місце проживання або перебування у юрисдикції суду або у випадку спеціальної підсудності [69].

Обмеження можуть стосуватися й моменту укладення угоди. Так, наприклад, відповідно до ст. 38 (3) (1) ЦПК Німеччини пророгаційна угода може бути укладена лише після виникнення спору. Дане правило не поширюється на угоди між підприємцями, торговими товариствами чи юридичними особами, а також угоди, укладені між особами, з яких хоча б одна не має місця проживання чи перебування на території ФРН [69].

Правило про те, що пророгаційна угода набуває законної сили лише після виникнення спору закріплене й у ст. ст. 13 (1)[88], 17 (1)[89], ст. 21 (1)[90] Регламенту Брюссель I, (Нової Луганської конвенції) стосовно спорів, які випливають із договорів страхування, споживчих договорів, індивідуальних трудових договорів відповідно.

Як і Конвенція в цілому ст. 17 стосується лише «цивільних та комерційних справ», при цьому вона не розкриває значення цього поняття. Вважається, що воно не може тлумачитися на підставі lex fori (як це передбачено ст. 52 для поняття «доміциль»), а повинна визначатися в залежності від цілей та системи конвенції та загальних принципів, які випливають з національних правових систем [479; с.37].

Відповідно до ст. 5 (2) Закону Швейцарії про МПрП угода про вибір суду є недійсною, якщо сторона позбавлена юрисдикції швейцарського права в результаті зловживання. Буквальне тлумачення цієї норми є підставою для висновку про те, що

[88] Цій нормі відповідає ст. 12 (1) Брюсельської конвенції, ст. 15 (1) Регламенту Брюсель I (переглянутого).
[89] Цій нормі відповідає ст. 15 (1) Брюсельської конвенції, ст. 19 (1) Регламенту Брюсель I (переглянутого).
[90] Цій нормі відповідає ст. 23 (1) Регламенту Брюсель I (переглянутого).

недійсними будуть ті годи, які протиправно позбавляють сторони юрисдикції швейцарського суду [258; с.181].

Таким чином, чинниками, що обмежують свободу сторін договору на укладення пророгаційної угоди виступають норми що встановлюють виключну підсудність, вимоги щодо форми та змісту пророгаційного застереження.

Особливе значення для регулювання пророгаційних угод мала розробка і прийняття Гаазької конвенції про угоди про вибір суду 2005 року [173]. Хоча вона ще не набула чинності, Конвенція оцінюється як така, яка надасть більшої визначеності регулюванню пророгаційних угод [555; с.8]. Прийняття Гаазької конвенції завершило процес, який тривав більше 10 років і був спрямований на створення всесвітньої конвенції про юрисдикцію, визнання та виконання рішень іноземних судів. Однак, цієї ідеї не вдалося досягти через різні підходи систем цивільного та загального права [550; с.63-64].

Гаазька конвенція про вибір права іменується «геніальною моделлю», яка покликана заповнити прогалину між конвенціями, які регулюють лише визнання іноземних рішень (т.з. «єдині конвенції» («single conventions») та конвенціями, які регулюють юрисдикцію як на стадії вирішення спору так і на стадії визнання («подвійні конвенції» («double conventions») [511; с.29-30].

На початку 1990 років Гаазька конференція з МПрПпочала роботу над створенням нової конвенції про визнання і приведення до виконання іноземних судових рішень. Інтерес з боку держав-членів Конференції у проекті був викликаний необхідністю створення системи визнання і виконання судових рішень та узгодження правил підсудності.

Офіційні переговори зі створення конвенції, яка б встановлювала: а) підстави юрисдикції, які б забезпечували визнання та виконання рішень у відповідності із конвенцією; б) підстави заборони юрисдикції; в) гнучкість для національних правил юрисдикції, які могли б залишатися в силі (т.зв. «змішаної конвенції») розпочалися у 1996 році. У 1999 році був прийнятий проект Конвенції.

Однак, у 2001 році стало зрозуміло, що досягнення консенсусу щодо документу, який охоплює широкий спектр підстав підсудності, є неможливим. Після чого робоча група вирішила, що темою нової конвенції стануть угоди про вибір суду. У 2003 році на розгляд держав-членів Гаазької конференції був представлений проект Конвенції про вибір суду у спорах між підприємцями. Проект отримав підтримку у бізнес-колах. В результаті після доопрацювання проекту експертами під час засідання Спеціальної комісії, які відбувалися у грудні 2003 та квітні 2004 років, Конвенція про вибір суду була прийнята на Дванадцятій Дипломатичній сесії, яка відбувалася з 14 по 30 червня 2005 року. Наразі Конвенція не набула чинності. Першою державою, яка приєдналася до Конвенції, стала Мексика (26 вересня 2007 року). 19 січня 2009 року Конвенція була підписана США, 1 квітня 2009 року – ЄС, які висловили намір ратифікувати її якомога швидше. Аргентина, Австралія, Канада, Коста-Ріка і Нова Зеландія висловили зацікавленість у приєднанні до Конвенції [173].

Якщо Держава не зробила заяви відповідно до ст. 22 Конвенції, вона застосовується лише до угод про виключний вибір суду.

Відповідно до ст. 1 (1) Конвенції вона застосовується до: 1) міжнародних спорів 2) за наявності угоди про виключний вибір суду, укладеної щодо 3) цивільної або комерційної справ (за виключеннями встановленими ст. 2 Конвенції).

Міжнародність спору розуміється у Конвенції двояко (ст. 1 (2) (3) Конвенції). При вирішенні питань щодо юрисдикції суду на розгляд справи (Глава II Конвенції) спір є міжнародним, за виключенням випадків, коли одночасно існують наступні умови: 1) сторони є резидентами[91] однієї Договірної держави; 2) відносини сторін та інші елементи, які стосуються спору, незалежно від місця знаходження обраного спору, пов'язані лише із цією Державою. Це означає, що норми Конвенції, які регулюють підсудність, будуть застосовуватися, якщо сторони не є резидентами однієї Договірної держави, або якщо елементи, які стосуються спору (інші, ніж місце розташування обраного суду) мають зв'язок із іншою Договірною державою [478; с.29].

[91] Визначення поняття «резидент держави» для юридичних осіб та інших осіб (крім фізичних) визначається у ст. 4 (2) Конвенції. Конвенція не містить визначення цього поняття щодо фізичних осіб.

Для регулювання питань щодо визнання і примусового виконання судових рішень (Глава III Конвенції) спір є міжнародним, якщо запитується визнання і виконання іноземного судового рішення. Таким чином, спір, який не був міжнародним у розумінні ст. 1 (2) Конвенції, може стати міжнародним у розумінні ст. 1 (3) Конвенції, якщо визнання і виконання рішення щодо нього запитується не у державі винесення рішення, а у іншій Договірній державі. Як зазначається у Пояснювальній доповіді до Конвенції закріплення такого підходу до визначення «міжнародності» обумовлено тим, що відповідач може переміщувати свої активи із держави, в якій було винесено рішення. Крім того, можливим є випадок, коли, за правилами договірної підсудності, встановленими національним законодавством певної держави, спір між резидентами однієї держави буде розглянутий судом іншої держави (у Пояснювальній доповіді наводиться приклад, коли резиденти Португалії обрали японський суд для вирішення свого спору). Якщо при цьому сторона, яка отримує рішення, матиме бажання, щоб воно було виконано не у Договірній державі розгляду спору, а у Договірній державі, резидентами якої є сторони, остання зобов'язана визнати і забезпечити примусове виконання рішення Договірної держави, у якій було винесено рішення, якщо тільки не буде підстав для відмови у визнанні і виконанні, передбачених Конвенцією [478; с.29-30].

Ст. 3 Конвенції є підставою для висновку коментаторів, що для угоди про виключний вибір необхідною є наявність згоди між сторонами. Вона має відповідати формальним вимогам, встановленим ст. 3 (с) Конвенції. Така угода повинна вказувати на суди однієї держави або один чи декілька певних судів держави, виключаючи юрисдикцію інших судів. Держава, суди якої вказані в угоді має бути Договірною. Угода має стосуватися спорів, які виникли чи виникнуть у майбутньому із певного правовідношення [478; с.38].

Дослідники тексту Конвенції наголошують на тому, що питання стосовно наявності згоди має вирішуватися на підставі права держави обраного суду. Такий висновок здійснюється на підставі ст. 5 (1), ст. 9 (а) Конвенції.

Хоча в окремих випадках застосовується право інших держав. Так, наприклад, якщо сторона спору звернулася до іншого суду, ніж вказаний в угоді, питання про наявність

дієздатності сторін на укладення пророгаційної угоди регулюється правом держави, суд якої розглядає справу (ст. 6 (b) Конвенції). Питання про дієздатність сторін на стадії визнання та виконання рішення вирішується відповідно до права держави, у якій запитується його визнання і виконання (ст. 9 (b) Конвенції) [550; с.68], [478; с.38].

Формальні вимоги до пророгаційної угоди визначаються ст. 3 (с) Конвенції, відповідно до якої: «Угода про виключний вибір суду повинна бути укладена або оформлена письмово або з використанням будь-якого іншого засобу комунікації, який забезпечує доступ до інформації і надає можливість звертатися до неї у подальшому». Як зазначають коментатори Конвенції, угода, яка не відповідає цим вимогам, не підпадає під її сферу дії. До угоди, яка відповідає цим вимогам не можуть застосовуватися жодні інші вимоги національного законодавства стосовно форми[92]. Так, наприклад, суд Договірної держави не може визнати недійсною пророгаційну угоду на тій підставі, що вона написана іноземною мовою (за умови, що використання цієї мови дало можливість сторонам досягти згоди), нежирним шрифтом, дрібним шрифтом, або не підписана сторонами окремо від основного договору.

Якщо угода укладена письмово, її формальна дійсність не залежить від того, чи була вона підписана, хоча відсутність підпису може ускладнити доказування її існування. Термін «з використанням іншого засобу комунікації» був вжитий щоб охопити електронні способи передачі даних та їх зберігання. Він включає у себе всі звичайні способи, за умови, дані можуть багаторазово використовуватися (наприклад, факс та електронна пошта). Угода має бути укладена або задокументована у одній із цих форм. При цьому Гаазька конференція відмовилася від фрази «підтверджена письмовими доказами», оскільки дана фраза англ. мовою («evidenced in writing») може створювати враження, що ст. 3 (с) встановлює правило доказування, а фр. мовою («confirmé par écrit») – що вона встановлює вимогу щодо наміру сторін [478; с.40-41].

[92] Разом із тим, якщо національне право Договірної держави встановлює менш жорсткі вимоги до форми пророгаційної угоди, Конвенція не перешкоджає суду такої держави вважати дійсною угоду про вибір права, навіть якщо вона не відповідає вимогам ст. 3 (с) Конвенції. Однак у такому випадку суди інших Договірних держав не зобов'язані призупиняти чи припиняти розгляд справи у зв'язку із наявністю пророгаційної угоди (ст. 6 Конвенції), а також визнавати і виконувати рішення суду (ст. 8 Конвенції) [478; с. 41].

Разом із тим, слід пам'ятати про те, що однією із основних вимог до пророгаційної угоди, встановлених Конвенцією, є наявність згоди сторін. Тому спосіб її укладення повинен бути таким, щоб задовольнити цю вимогу.

При цьому слід мати на увазі те, що ст. 3 (d) Конвенції встановлює правило, за яким угода про виключний вибір суду, яка є частиною договору, вважається угодою, що не залежить від інших умов договору. Її дійсність не може оспорюватися лише на підставі недійсності договору.

Угода про виключний вибір права відповідно до Конвенції може обирати як суди Договірної держави в цілому, так і один чи декілька конкретних судів у Договірній державі. Коментатори відзначають, що угода, яка вказує на «суди Франції» вважається виключною для цілей Конвенції, хоча вона і не уточнює, який саме суд Франції повинен розглядати справу, і прямо не зазначає, що юрисдикція судів інших держав виключається. У такому випадку питання про те, який саме суд буде вирішувати справу, вирішуватиметься на підставі французького права.

Угода яка відсилає до конкретного суду – наприклад, Комерційного суду Парижу – також буде виключною. Те саме стосується угод, якій закріплюють альтернативний вибір судів однієї держави. У коментарі наводиться приклад «Комерційний суд Парижу або Комерційний суд Ліону». Угода про те, що А може звернутися з позовом лише до Комерційного суду Парижу, а В – лише до Комерційного суду Ліону, також буде виключною, оскільки вона виключає юрисдикцію судів інших держав. Однак, вибір суду не буде виключним у розумінні Конвенції, якщо альтернативно обираються суди різних держав. Прикладами угод про виключний вибір суду згідно із коментарем є: «Суди держави Х матимуть юрисдикцію вирішувати спори із договору»; «Позови із цього договору повинні подаватися до судів держави Х» [478; с.40] .

Також необхідно пам'ятати, що термін «держава» може мати різне значення по відношенню до Договірної держави, у якій діють дві або більше систем права, які застосовуються у різних територіальних одиницях. Відповідно до ст. 25 (1) (c) Конвенції будь-яке посилання на суд чи суди держави повинно тлумачитися за необхідності як

посилання на суд чи суди відповідної територіальної одиниці. Тому коментатори відзначають, що угода, у яка визначає, що «спори…. вирішуються судами США» є угодою про виключний вибір суду так само як і угода, за якою «спори… вирішуються судами Нью-Джерсі», а також угода, за якою «спори … вирішуються судами штату Нью-Джерсі або федеральними судами, розташованими у цьому штаті» [478; с.39].

Коментатори спеціально розглядають випадок, коли угода про вибір суду складена таким чином, що вибір є виключним для однієї сторони і не є таким для іншої сторони (т. зв. асиметричні угоди). Наприклад: «Позичальник може звернутися з позовом до позикодавця виключно до судів держави Х; позикодавець може звернутися з позовом до позичальника з позовом до судів держави Х або до судів будь-якої іншої держави, які мають юрисдикцію на вирішення даного спору відповідно до свого права». Як було вирішено на Дипломатичній сесії, для того, щоб угода підпадала під сферу дії Конвенції, вона повинна бути виключною незалежно від сторони, яка звертається з позовом. Тобто, асиметричні угоди не є виключними у розумінні Конвенції. Однак, Договірні держави на підставі ст. 22 Конвенції можуть зробити застереження про те, що вони визнаватимуть і приводитимуть у виконання рішення судів інших Договірних держав, визначених угодою про невиключний вибір суду.

Конвенція не поширюється на угоди, які передбачають вирішення спору судом (судами) недоговірної держави. Звернення до суду Договірної держави за наявності такої угоди не зобов'язує його дотримуватися обов'язків, встановлених ст. 6 Конвенції. Так само як і рішення, винесене судом недоговірної держави, не повинно визнаватися і виконуватися на підставі Конвенції про виключний вибір суду [478; с.38-39].

Вимога про те, що угода про вибір суду «повинна стосуватися спорів, які вже виникли або можуть виникнути у зв'язку із певними спорами» за твердженням коментаторів означає те, що можливість її укладення обмежується спорами, які виникли. Майбутні спори нею можуть охоплюватися лише у тому випадку, якщо вони пов'язані із конкретними відносинами. При цьому угода про вибір суду не обмежується лише спорами із договірних відносин, але може також охоплювати спори із деліктів між партнерами, які стосуються партнерства[478; с.39].

Наслідком укладення угоди про виключний вибір суду є виникнення юрисдикції суду (судів) Договірної держави на вирішення спору, вказаного в угоді, якщо угода не є недійсною відповідно до права такої держави (ст. 5 (1) Конвенції)[93]. При цьому, як відзначають коментатори, термін «право Держави» у даному випадку охоплює і колізійні норми такої держави. Таким чином, якщо обраний в угоді суді вважає, що відповідно до його колізійних норм повинно застосовуватися право іншої держави, він застосує це право. Термін «недійсна» стосується тільки матеріальної недійсності (наприклад, з підстав шахрайства, помилки, введення в оману, примусу, відсутності повноважень). Формальна дійсність договору визначається на підставі ст. 3 (c) Конвенції і національне право до цього питання застосовуватися не може [478; с.43].

Крім того, суд Договірної держави не може ухилитися від вирішення спору на тій підставі, що його слід розглядати у суді іншої держави (англ. – «a court of another State») (ст. 5 (2) Конвенції).

У випадку обрання судів США, важливим для тлумачення терміну «держава» те, чи обраний суд був судом штату чи федеральним судом. Якщо в угоді обрані «суди штату Нью-Йорк», слово «держава» (англ. – «state») у ст. 5 (2) ймовірно означатиме штат Нью-Йорк, а не США. Таким чином, згідно зі ст. 5 (2) Конвенції суд штату Нью-Йорк не зможе відмовитися від юрисдикції на користь суду іншого штату.

Якщо в угоді були обрані «суди США», ст. 5(2) Конвенції не перешкоджатиме передачі справи до федерального суду у іншому штаті, оскільки термін «держава» буде означати США. Той самий принцип діятиме, якщо в угоді був обраний певний федеральний суд (у коментарі – Федеральний окружний суд Південного округу Нью-Йорку), тобто в даному випадку ст. 5 (2) не перешкоджатиме передачі справи до федерального суду іншого штату США [478; с.44].

Крім того, ст. 5 (2) Конвенції виключає використання доктрин Forum non conveniens («неналежного суду»)[94] та Lis alibi pendens («одночасний розгляд цивільної справи судами

[93] Як відзначають коментатори термін «право Держави» у даному випадку охоплює і колізійні норми такої держави.

[94] Відповідно до цієї доктрини, прийнятої у країнах загального права, суду дозволяється ухилитися від вирішення спору, якщо він визнає, що суд іншої юрисдикції є таким, що більш підходить для вирішення даного спору [403; с.142]. Вирішення питання про неналежність суду вирішується на його власний розгляд і приймається в результаті

різних держав[95]») обраним судом, якщо суд на користь якого слід відмовитися від розгляду справи, є судом іншої держави [478; с.44].

Стаття 5 (3) Конвенції встановлює виключення щодо застосування правил, визначених попередніми частинами цієї статті. Зокрема, вони не поширюються на: а) предметну юрисдикцію та пов'язану із вартістю позову юрисдикцію; б) внутрішній розподіл юрисдикції серед судів Договірної держави.

Термін «предметна юрисдикція» означає розподіл юрисдикції між різними судами однієї держави в залежності від категорії справ. Якщо сторони пророгаційної угоди обрали спеціалізований суд певної держави, відповідно до Конвенції він не зобов'язаний розглядати справу категорії, яка йому в принципі не підсудна [478; с.45].

В окремих країнах певні суди мають юрисдикцію на вирішення спору лише, якщо ціна позову не більша або не менша від встановленої суми, саме тому ст. 5 (3) (а) спеціально згадує юрисдикцію, пов'язану із вартістю позову.

Розробники Конвенції не мали на меті, щоб вона впливала на внутрішні процесуальні норми, які не стосуються міжнародної підсудності чи визнання та виконання рішень іноземних судів. Крім правил предметної підсудності до них також належать деякі норми, що перешкоджають суду розглядати справи за участю деяких осіб (наприклад, норми про юрисдикційний імунітет держави); норми, які встановлюють строки, як процесуального так і матеріального характеру, протягом яких спір може бути переданий на розгляд до суду та деякі ін. Деякі з них прямо згадуються у Конвенції. Але навіть якщо вони не були спеціально згадані у Конвенції, ст. 5 не перешкоджає їх дії [478; с.45].

Так само, якщо пророгаційна угода стосувалася вибору судів країни в цілому, немає підстав для незастосування норм про внутрішній розподіл юрисдикції серед судів Договірної держави. Однак, навіть якщо сторони в угоді зазначили певний суд Договірної держави, ці норми також підлягають застосуванню. Однак друге речення ст. 5 (3) (b)

оцінки відповідних факторів у кожному конкретному випадку. Реалізація принципу Forum non conveniens не залежить від того, чи розпочався розгляд справи в іншій країні [478; с.44].

[95] Доктрина застосовується переважно у країнах цивільного права. ЇЇ суть полягає у тому, що суд припиняє провадження у справі, якщо у суді іноземної держави перебуває на розгляді справа із спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав. Застосування Lis alibi pendens, на відміну від Forum non conveniens, не є оціночним, тобто не вимагає зважування відповідних факторів. Підставою її застосування є лише факт, що процес розгляду цієї справи вже розпочатий у іншому (іноземному) суді [467; с.90].

встановлює, обов'язок суду поставитися до вибору сторін з належною увагою, якщо обраний суд має дискреційне повноваження по передачі справи по підсудності.

Існування пророгаційної угоди покладає обов'язок суд Договірної держави, яка відрізняється від держави обраного суду, призупинити чи припинити розгляд, до якого застосовується угода про виключний вибір суду, якщо відсутні певні підстави, що виключають цей обов'язок (ст. 6 Конвенції). Як пояснюють коментатори, виключення обов'язку достатньою є наявність хоча б однієї з них. Конвенція, однак, не зобов'язує суд, не вказаний в угоді, розглядати справу навіть за наявності підстав для виключення обов'язку призупинити чи припинити розгляд. У такому випадку питання щодо юрисдикції суду на вирішення справи вирішується відповідно до права суду.

Підстави для відміни обов'язку необраного суду призупинити чи припинити розгляд справ відповідно до ст. 6 Конвенції є наступними: 1) недійсність пророгаційної угоди відповідно до права обраного суду; 2) відсутність у сторони дієздатності на укладення пророгаційної угоди відповідно до права держави, суд якої розглядає справу; 3) надання угоді сили, яка призвела до явної несправедливості або буде явно суперечити публічному порядку держави, суд якої розглядає справу; 4) угода не може бути виконаною за виключних причин, незалежних від волі сторін; 5) обраний суд вирішив не розглядати справу.

На даний час Україна не визначилася із тим, чи варто приєднуватися до Гаазької конвенції про вибір суду. На переваги приєднання до цієї Конвенції, а також наслідки такого приєднання для законодавства України з питань визнання та виконання іноземних судових рішень звертає увагу Г.А. Цірат [419;347-348]. М. Сніжко також наводить аргументи на користь приєднання до неї, разом із тим відмічає певні складнощі, пов'язані із цим [392].

Ми підтримуємо точку зору про необхідність приєднання до Гаазької конвенції про угоди про вибір суду. Як було показано вище, Конвенція регулює найважливіші питання укладення пророгаційної угоди та її наслідків. Крім того, важливе місце серед норм Конвенції мають правила про визнання і виконання рішень, винесених в інших Договірних державах. Враховуючи те, що Україна не має договорів про правову допомогу із деякими державами, приєднання до цієї Конвенції розширить коло держав, в яких рішення

українських судів, можуть бути виконані, а також держав, рішення судів яких будуть виконуватися в Україні[96].

Що стосується побоювань деяких фахівців, що механізм, запропонований Конвенцією про вибір суду не витримає конкуренції з механізмом та перевагами міжнародного комерційного арбітражу та Нью-Йоркською конвенцією, на наш погляд, те, що міжнародний комерційний арбітраж часто обирається у якості способу вирішення спорів не може бути підставою для відмови у приєднанні до Конвенції про вибір суду. Арбітражний розгляд має деякі переваги порівняно із судовим, наприклад, швидкість розгляду справи, можливість обрання арбітрів та ін., які не можуть бути гарантовані при розгляді справи у державному суді. Відтак, сторони окремих договорів звичайно обиратимуть міжнародний комерційний арбітраж для вирішення спорів. Однак, справа в тому, що іноді арбітражний порядок вирішення спорів обирається не у зв'язку із його перевагами, а через відсутність договору про правову допомогу між Україною та відповідною державою, а, відтак, неможливістю виконання судового рішення.

На наш погляд, необхідно створити механізми, які б сприяли дійсно добровільному вибору способів вирішення спорів, одним із яких є приєднання до Гаазької конвенції про угоди вибір суду.

У зв'язку із можливим приєднанням України до Конвенції, доцільним, на наш погляд, є дослідження питання щодо набуття нею чинності.

По-перше, слід відзначити, що Конвенція відкрита для підписання та приєднання будь-якими державами (ст. 27).

По-друге, під час підписання, ратифікації, прийняття, затвердження чи приєднання або у будь-який момент у подальшому держава може зробити заяви щодо:1) можливості її судів відмовитися розглядати спори, до яких застосовується угода про виключний вибір суду, якщо між такою державою і сторонами чи спором немає жодного зв'язку, крім місця

[96] Із ст. 390 (2) ЦПК України випливає, що в Україні можуть бути визнані та виконані судові рішення, винесені у державах, з якими Україна не має міжнародних договорів, які регулюють відповідні питання. При цьому визнання таких рішень залежить від взаємності, відсутність якої потрібно доводити. Однак, якщо, наприклад, у ФРН не визнаються і не виконуються рішення українських судів у зв'язку із відсутністю договору про правову допомогу між Україною та ФРН, відсутність взаємності швидше за все буде доведено. Таким чином, ст. 390 (2) ЦПК України не вирішує усіх проблем визнання і виконання рішень, винесених у державах, з якими Україна не має міжнародних договорів, що передбачають визнання і виконання судових рішень.

знаходження обраного суду (ст. 19 Конвенції); 2) можливості відмови визнання і приведення до виконання рішення, прийнятого судом іншої Договірної держави, якщо сторони були резидентами держави, у якій запитується виконання і відносини сторін та всі інші елементи, що мають відношення до спору за виключенням місця знаходження обраного суду, були пов'язані лише із державою, у якій запитується виконання (ст. 20 Конвенції); 3) незастосування Конвенції щодо певного питання (ст. 21); 4) визнання і приведення до виконання рішень, прийнятих судами інших Договірних держав, визначених в угоді про вибір суду, які відповідають вимогам щодо форми, угод встановлених Конвенцією, але не є виключними (містять вибір на користь суду або судів декількох Договірних держав) (ст. 22 Конвенції); 5) переважного застосування Договірною державою іншого міжнародного договору, яким регулюється юрисдикція, визнання та виконання рішення з певного питання (ст. 26 (5) Конвенції); 6) територіального розповсюдження Конвенцції у межах певної держави (ст. 28 Конвенції).

Співвідношення Конвенції з іншими міжнародними договорами, у яких Договірні держави беруть участь, регулюється ст. 26 Конвенції.

При цьому коментатори відзначають, що положення цієї статті повинно читатися на тлі ст. 30 («Застосування послідовно укладених договорів, які стосуються одного і того питання») та 41 («Угода про зміну багатосторонніх договорів лише у взаємовідносинах між певними учасниками») Віденської конвенції. Мета ст. 26 – поступитися у визначених випадках іншому документу, з яким її положення конфліктують. Якщо немає підстав для застосування правил про віддання переваги («give way») іншому документу, Конвенція застосовується у повному обсязі дозволеному міжнародним правом [478; с.72].

Конвенція повинна тлумачитися так, щоб вона була максимально сумісна з іншими договорами, які діють у Договірних державах, не залежно від того, чи були вони укладені до чи після дати укладення цієї Конвенції. Як зазначають коментатори вираз «максимально сумісна» означає, що якщо положення Конвенції може мати два значення, перевагу слід віддати тому, яке є більш сумісним з іншим міжнародним договором [478; с.72].

Конвенція не перешкоджає застосуванню Договірною державою міжнародного договору, укладеного ним до або після Конвенції, у випадках, коли жодна із сторін не є

резидентом Договірної держави, яка не є стороною такого міжнародного договору (ст. 26 (2) Конвенції).

Це означає, що норми Конвенції не будуть застосовуватися, якщо сторони угоди про вибір суду є резидентами держав, обидві з яких беруть участь у іншому міжнародному договорі, який суперечить Конвенції.

Враховуючи те, що ст. 4 (2) Конвенції пропонує різні критерії для визначення поняття «резидент», можливою є ситуація, коли сторона пророгаційної угоди буде резидентом більше, ніж однієї держави. У такому випадку норми іншого міжнародного договору, що суперечить Конвенції будуть застосовуватися лише якщо усі сторони є резидентами лише держав, що є сторонами конфліктуючого договору з Конвенцією договору [478; с.72].

В основі правила, що міститься у ст. 26 (2) Конвенції ідея про те, що вона не повинна мати переважної сили, якщо жодна із Договірних держав не має інтересу у цьому. При цьому розробники Конвенції спеціально підкреслюють, що термін «інтерес» у даному випадку не має нічого спільного із можливим розумінням цього поняття згідно із внутрішніми доктринами, а означає лише розумні очікування Договірної держави переважного застосування положень Конвенції у до певних ситуацій [478; с.72].

Переважному застосуванню порівняно із нормами Конвенції підлягає договір, укладений Договірною державою, до того, як Конвенція набула чинності для такої держави. Це стосується також договорів, які переглядають або заміняють собою договори, укладені до набуття чинності Конвенцією, якщо такий перегляд чи заміна не ведуть до нових суперечностей з даною Конвенцією (ст. 26 (3).

Призначення цього правила – допомогти державам, які беруть участь як у Конвенції, так і в іншому міжнародному договорі, що їй суперечить, причому окремі держави-учасниці останнього не беруть участі у Конвенції [478; с.74].

Таким чином, інший міжнародний договір, про який йдеться у ст. 26 (3) Конвенції, підлягатиме переважному застосуванню, якщо: 1) даний договір укладений державою до того, як Конвенція набула чинності для неї як для Договірної держави Конвенції; 2) норми Конвенції суперечать зобов’язанням Договірної держави перед будь-якою недоговірною (по відношенню до Конвенції) державою; 3) міжнародний договір являє собою перегляд

або заміну міжнародного договору, укладеного до набуття чинності Конвенцією для Договірної держави, і містить ті самі суперечливі Конвенції положення, що й попередня редакція відповідного міжнародного договору. Якщо міжнародний договір у новій редакції містить нові суперечності по відношенню до Конвенції, він не підлягатиме переважному застосуванню.

Переважному застосуванню порівняно із Конвенцією підлягає міжнародний договір, що регулює визнання чи примусове виконання рішення, прийнятого судом Договірної (по відношенню до Конвенції) держави, яка також є стороною відповідного міжнародного договору (ст. 26 (4)). Міжнародні договори, переважне застосування яких передбачене ст. 26 (4) Конвенції, можуть бути укладені як до так і після укладення Конвенції. Разом із тим, ст. 26 (4) передбачає, що не зважаючи на правило, яке вона встановлює «рішення не може бути визнано чи виконано меншою мірою, ніж відповідно до Конвенції».

Метою цього правила, як зазначають розробники Конвенції, є забезпечення визнання та виконання судових рішень. Якщо інший договір робить це ефективніше або більшою мірою, доцільно дозволити його застосування. Таким чином, якщо тільки законодавство запитуваної держави не встановлює іншого, кредитор може обирати, вимагати виконання рішення на підставі Конвенції або на підставі іншого міжнародного договору [478; с.75].

В силу ст. 26 (5) переважному застосуванню, порівняно із Конвенцією, підлягає міжнародний договір: 1) предметом регулювання якого є юрисдикція, визнання чи примусове виконання рішень із певного питання. Як зазначають розробники Конвенції під «певним питанням» розуміється окремий правовий інститут, наприклад, комерційного агентства або морського страхування; 2) укладений як до так і після укладення відповідною державою Конвенції [478; с.75].

Такий міжнародний договір підлягає застосуванню навіть у тому випадку, якщо його усі держави-учасниці є Договірними державами щодо Конвенції.

Умовою застосування іншого, ніж Конвенція, міжнародного договору згідно зі ст. 26 (5) Конвенції є заява держави про його переважне застосування. Наявність заяви знімає із Договірних держав обов'язок застосовувати Конвенцію щодо певного питання в випадку суперечливості між її нормами та нормами відповідного міжнародного договору, «якщо

виключною угодою про вибір суду вказуються суди або один чи декілька певних судів Договірної держави, яка зробила заяву».

Пріоритетному застосуванню порівняно із нормами Конвенції підлягають правила Регіональної організації із економічної інтеграції (РОЕІ)[97] незалежно від часу від часу їх прийняття, якщо усі сторони пророгаційної угоди є резидентами Договірних держав які є членами РОЕІ. Крім того, Конвенція не перешкоджає переважному застосуванню норм РОЕІ щодо визнання та виконання судових рішень між членами РОЕІ (ст. 26 (6) Конвенції.

Принцип свободи договору виявляється також у можливості його сторін укласти арбітражну угоду про передачу спору, що виникає із договору або пов'язаний із ним, на розгляд міжнародного комерційного арбітражу.[98]

Автономія волі – основоположний принцип міжнародного комерційного арбітражу [524; с.1].

У міжнародному комерційному арбітражі можливі різноманітні прояви цього принципу. По-перше, слід виділити прояви автономії волі, пов'язані із укладенням арбітражної угоди. Автономія волі у такому випадку виявляється у тому, що сторони договірного правовідношення[99] обирають: - спосіб вирішення спорів; - орган, що буде вирішувати спір[100]; - коло спорів, що вирішуватимуться міжнародним комерційним арбітражем; -момент укладення арбітражної угоди; - спосіб її формулювання. [101] У зв'язку із останнім необхідно увернути увагу на те, що арбітражна угода може міститися у основному договорі, або існувати окремо від нього.

---

[97] Регіональною організацією з економічної інтеграції розуміється Європейське співтовариство [478; с.77].

[98] У даному дослідженні ми зупинимося лише на цьому аспекті свободи, хоча у міжнародному комерційному арбітражі нею наділені не лише сторони, але й арбітри. Наприклад, за відсутності угоди сторін про процедуру розгляду справи, арбітраж веде розгляд таким чином який вважає належним (ст. 19 (2) Типового закону ЮНСІТРАЛ) [50].

[99] Разом із тим, слід відмітити, що законодавство більшості держав, принаймі тих, які використовували Типовий ЮНСІТРАЛ, допускає передачу спорів, а відтак і укладення арбітражної угоди, як з правовідносин, що мають договірний характер, так і з інших правовідносин.

[100] Слід відзначити те, що при укладенні альтернативних арбітражних угод право вибору арбітражу може бути надано стороні, яка ініціює процес з числа арбітражних органів, вказаних в угоді [389; с.427]. Крім того, на практиці відомі т.зв. опціонні арбітражні застереження (Optional Arbitration Clause), які передбачають, що крім рогляду спору в арбітражі сторони (або одна із них) можуть звернутися до того чи іншого державного суду на свій вибір [287; с.147].

[101] Такі висновки випливають зі ст. 7 ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24.02. 1994 р. № 4003 [27], ст. 1443 Цивільного процесуального кодексу Франції [67].

Крім того, слід відмітити певну свободу сторін щодо форми, в якій арбітражна угода може бути укладена. Так, не зважаючи на те, що міжнародні договори[102] та внутрішнє законодавство багатьох держав встановлюють обов'язковість письмової форми арбітражної угоди[103], вимоги щодо неї сформульовані таким чином, що надають сторонам право вибору різних варіантів дій із її укладення,[104] і можна відмітити тенденцію до їх розширення[105].

По-друге, автономія волі виявляється у можливості обрання сторонами арбітражної угоди особи (осіб) який (які) буде (будуть) вирішувати спір. Це, зокрема, виявляється у тому, що сторони можуть на власний розсуд визначати: -кількість арбітрів[106]; - вимоги, яким арбітр повинен відповідати[107]; - процедуру призначення арбітрів,[108] включаючи процедуру забезпечення призначення, якщо одна із сторін не дотримується процедури та в інших випадках, передбачених ст. 11 (4) Типового закону.

По-третє, автономія волі виявляється у можливості вибору сторонами арбітражної угоди процедури, а також вирішення ними окремих процесуальних питань. Дане правило закріплене ст. 19 (1) Типового закону і відтворене у законодавстві багатьох держав.[109] Звичайно, конкретні прояви цього принципу залежать від регламенту, який

---

[102] Стаття I (2) (a) Європейської конвенції про зовнішньоторговий арбітраж [15], Стаття II (1, 2) Нью-Йоркської конвенції [33]. Однак, слід відмітити, що ЮНСІТРАЛ рекомендує тлумачити ст. II (2) Нью-Йоркської конвенції виходячи із визнання того, що опис обставин, які містяться у ній не носить вичерпного характеру [47].

[103] Разом із тим, слід відмітити, що законодавства деяких держав не встановлюють обов'язковості письмової форми арбітражної угоди, однак визначають те, що «вона доводиться за допомогою письмового документу» (наприклад, ст. 1021 ЦПК Нідерландів [68], ст. 178 (1) Закону про МпрПШвейцарії [108].

[104] Див. ст. 7 (2) Типового закону [50]. Дана норма дослівно відтворена у ст. 7 (2) ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» [27].

[105] Див. нову редакцію ст. 7 Типового Закону, запропоновану ЮНСІТРАЛ у 2006 р.[299].

[106] Дане право зафіксоване, наприклад, у ст. 10 (1) ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» [27], ст. 15 (1) Арбітражного акту Англії, відповідно до якої «Сторони на власний розсуд можуть домовитися кількість арбітрів для формування арбітражного складу, а також про те, хто з них буде арбітром, а хто – головою арбітражного складу» [63].

[107] Мається на увазі спеціальні вимоги щодо кваліфікації арбітра, громадянства тощо. Право сторін визначати громадянство арбітра було запроповано ст. 11 (1) Типового закону і сприйнято законодавством окремих держав (Див, наприклад, ст. 11 (1) ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж», згідно з якою «Жодна особа не може бути позбавлена права виступати арбітром через її громадянство, якщо сторони не домовились про інше»).

[108] Дане право, передбачене ст. 11 (2) Типового закону [50], спряйняте ст. 11 (2) ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» [27]. У країнах, законодавство яких не грунтується на Типовому законі, також може існувати аналогічне правило. Так, наприклад, згідно зі ст. 16 (1) Арбітражного акту Англії «Сторони на власний розсуд визначають процедуру призначення арбітра чи арбітрів, включаючи процедуру призначення голови»[63].

[109] Так, згідно зі ст. 182 (1) Закону МПрПШвейцарії: «Сторони можуть прямо або шляхом відсилки до правил арбітражу регулювати арбітражну процедуру; вони можуть також підпорядкувати процедуру процесуальному праву на їх вибір» [171; ст. 19 (1) ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» [27] та ст. 19 (1) Закону РФ «Про міжнародний комерційний арбітраж» [22] повністю відтворюють правило ст. 19 (1)Типового закону відповідно до якого «За умови дотримання положень цього Закону сторони можуть на свій розсуд домовитись про процедуру розгляду справи арбітражем» [50]. Схоже правило встановлене ст. 1036 ЦПК Нідерландів [68].

використовується.[110] Але в цілому найчастіше він виявляється у тому, що сторони арбітражної угоди можуть на власний розсуд визначити: -місце проведення арбітражу; - мову арбітражного провадження; - види доказів, що будуть використовуватися; - проведення арбітражного провадження на основі письмових матеріалів без проведення усного слухання; - порядок слухань. Сторони також можуть домовитися про припинення арбітражного провадження.

По-четверте, автономія волі виявляється у можливості сторін щодо визначення певних питань, пов'язаних із виправленням і тлумаченням арбітражного рішення. Так, наприклад, із ст. 33 Типового закону випливає, що сторони можуть домовитися щодо строків, протягом яких будь-яка із сторін, повідомивши іншу сторону, може просити арбітраж виправити допущену у рішенні помилку або надати роз'яснення з якогось конкретного пункту[111]. Деякі регламенти арбітражних установ відтворюють такий підхід,[112] регламенти інших установ можуть імперативно встановлювати строки виправлення та тлумачення арбітражного рішення, не передбачаючи можливості для сторін встановлення інших строків.[113]

Ст. 57 (1) Англійського акту «Про арбітраж» також встановлює свободу сторін щодо надання повноважень виправити арбітражне рішення або винести додаткове рішення [63].

Разом із тим автономія волі сторін арбітражної угоди має обмеження, встановлені імперативними нормами.

Так, свобода обирати міжнародний комерційний арбітраж обмежується вимогами щодо здатності сторін на її укладення. У доктрині така здатність іменується «суб'єктивною

---

[110] Якщо сторони обирають арбітраж ad hoc, вони можуть вирішити усі питання, пов'язані із провадженням, в арбітражній угоді самостійно або скоритатися певним регламентом, наприклад, Арбітражним регламентом ЮНСІТРАЛ [3].

[111] Даний підхід повністю сприйнятий ст. 33 ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» [27], ст. 33 Закон РФ «Про міжнародний комерційний арбітраж» [22], пар. 1058 (2) ЦПК ФРН [69]. Разом із тим, ст. 32 Шведського закону «Про арбітраж» не передбачає можливості сторін домовитися щодо строків, в які арбітражне рішення повинно бути виправлене [175].

[112] Див., наприклад, ст. 53 Регламенту МКАС при ТПП України, затвердженого решенням Президиуму ТПП України № 18(1) від 17.04.2007 р. із змінами, внесеними Решенням Президиуму ТПП України № 24(6) від 25.10. 2012 р. [46].

[113] Див., наприклад, ст.ст. 41,42 Арбітражного Регламенту Арбітражного інституту при Торговій палаті м. Стокгольма (набрав чинності з 1 січня 2010 року) [2].

арбітрабельністю» [319; с.42]. Основу суб'єктивної арбітрабельності складає загальна правосуб'єктність особи, яка складається із матеріальної та процесуальної правосуб'єктності [260; с.1152].

Ст. V (I) (а) Нью-Йоркської конвенції дає підстави для висновку, що дієздатність сторін арбітражної угоди визначається на підставі «права, яке застосовується до них». Ст. II Європейської конвенції про зовнішньоторговий арбітраж зазначає, що «…юридичні особи, які по застосовуваному до них національному закону розглядаються як «юридичні особи публічного права» будуть мати можливість укладати арбітражні угоди». Дані норми є підставою для висновку дослідників про те, що здатність сторін на укладення арбітражної угоди слід визначати на підставі особистого закону кожної із них [528; с.197],[186; с.56], [390].

При цьому, як відомо, підходи до визначення особистого закону фізичних осіб відрізняються від тих, що використовуються для визначення особистого закону юридичних осіб. Крім того, в рамках «особистого закону фізичної особи» та «особистого закону юридичної особи» також виділяють окремі способи їх визначення, які різняться від країни до країни. Якщо питання про особистий закон постає перед державним судом, він визначає його так, як це передбачено колізійними нормами, що діють у державі суду. Однак, як зазначає Ф.Г. Голдман для арбітрів це питання є більш делікатним. Це пояснюється тим, що арбітри при вирішенні питання щодо здатності сторін на укладення арбітражної угоди не пов'язані колізійними нормами права тієї чи іншої держави. Вони можуть визначати особистий закон на підставі права держави, у якій має місце арбітраж. Однак, цей підхід може виявитися небезпечним, оскільки може призвести до того, що застосуванню підлягатиме право, яке лише одну сторону визнає здатною на укладення арбіражної угоди.

Інший спосіб – визначати особистий закон на підставі колізійних норм держави, де арбітражне рішення може бути приведено до виконання. Однак, враховуючи те, що рішення може приводитися до виконання там, де містяться активи боржника, здатність на укладення арбітражної угоди може змінюватися в залежності від місця їх знаходження. Таким чином, обидва способи використання колізійних норм є проблемними. У зв'язку із цим на практиці арбітраж застосовує колізійні норми тієї держави, які йому більше відомі, і які, він інстинктивно вважає належними [472; с.243-245].

Використання міжнародного комерційного арбітражу як способу вирішення спорів може обмежуватися й умовами арбітражної угоди. Так, при укладенні багаторівневої арбітражної угоду (Multi-Tired Clause, Multi-Step Clause, ADR-first Clause), право на звернення до арбітражу може виникати лише після використання доарбітражних способів вирішення спору. Останні можуть полягати у проведенні переговорів або у розгляді претензій спеціальними органами, або прийнятті експертного рішення стосовно спірного питання. Проте, навіть якщо арбітражна угода передбачає доарбітражний порядок вирішення спорів, його обов'язковість залежить від умов формулювання угоди, а також від деяких інших чинників (наприклад, не зловживання правом).[114]

Як правило, сторони вільно обирають вид арбітражу, а також місце його проведення. Водночас, існують й обмеження цієї свободи. Так, наприклад, зі ст. 34 (1,2) Монреальської Конвенції випливає, що місцем проведення арбітражу із будь-якого спору, що стосується відповідальності перевізника за цією Конвенцією, може бути одне із місць, передбачене ст. 33 Монреальської конвенції [80].

Нагадаємо, що ст. 33 Монреальської конвенції встановлює п'ять способів визначення юрисдикції державного суду, причому останній спосіб, встановлений ч. 2 цієї ст. стосується спорів про відшкодування шкоди, заподіяної життю та здоров'ю пасажира.

Однак, оскільки ст. 34 Монреальської конвенції для визначення місця арбітражного розгляду спору відсилає до ст. 33 в цілому, на наш погляд, арбітраж може проводитися у державі: 1) місцезнаходження перевізника; або 2) місця його основної діяльності, або 3) місця, де знаходиться комерційне підприємство, через яке був укладений договір; або 4) місця призначення перевезення; або 5) в якій вантажовідправник на момент події мав основне і постійне місце проживання або місцезнаходження, та до якої або з якої перевізник надає послуги, пов'язані з повітряним перевезенням вантажів.

При цьому Конвенція не визначає, до якого саме арбітражу можуть звернутися сторони: внутрішнього чи міжнародного. Відтак, слід зробити висновок, що спір про відповідальність повітряного перевізника може розглядатися як внутрішнім, так і міжнародним арбітражем, за умови, що законодавство певної держави дозволяє вирішення таких спорів у цей спосіб.

[114] Детальніше про даний вид арбітражних угод – див. [389; с.422].

Зокрема, слід звернути увагу на те, що відповідно до п. 12 ч. 1 ст. 6 ЗУ «Про третейські суди» внутрішнім третейським судам в Україні не підвідомчі справи, коли хоча б одна із сторін спору є нерезидентом України [30].

Таким чином, якщо авіакомпанія та вантажовідправник є резидентами України, то, на наш погляд, спір про відповідальність перевізника з договору міжнародного повітряного перевезення може розглядатися і внутрішнім третейським судом в Україні.

Умовою розгляду спору про відповідальність перевізника з договору міжнародного вантажного повітряного перевезення міжнародним комерційним арбітражем є перебування комерційного підприємства хоча б однієї із сторін за кордоном (ст. 1 (2) ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж»). Відтак, слід зробити висновок, що якщо комерційне підприємство вантажовідправника та /або перевізника та (або) вантажоодержувача розташовані за кордоном, спір про відповідальність перевізника з договору міжнародного повітряного перевезення може розглядатися міжнародним комерційним арбітражем в Україні.

Свобода сторін із передачі спорів до міжнародного комерційного арбітражу обмежується вимогами об'єктивної арбітрабельності. Остання визначається як коло спорів, що можуть бути передані на вирішення арбітражу [530; с.961]. Арбітрабельність спорів може визначатися відповідно до внутрішнього законодавства певної держави або міжнародних договорів. Зокрема, такі вимоги, як правило, містяться у законах про міжнародний комерційний арбітраж, процесуальних кодексах, та спеціальних законах окремих держав.

За способом формулювання норми, що обмежують об'єктивну арбітрабельність, можна поділити на ті, які 1) визначають справи, що можуть бути передані на розгляд міжнародному комерційному арбітражу[115]; 2) встановлюють виключну підсудність справ державним судам.[116]

[115] Наприклад, згідно зі пар. 582 (1) ЦПК Австрії предметом арбітражної угоди можуть бути *майнові вимоги*. Немайнові вимоги також можуть бути арбітрабельними, якщо сторони мають право укласти із предмету спору мирову угоду [111]. Аналогічне правило, передбачене пар. 1030 (1) ЦПК ФРН [185]. Ст.1 (2) ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» передбачає, що: «До міжнародного комерційного арбітражу можуть за угодою сторін передаватися: спори з *договірних та інших цивільно-правових відносин, що виникають при здійсненні* зовнішньоторговельних та інших видів *міжнародних економічних зв'язків*, якщо комерційне підприємство хоча б однієї із сторін знаходиться за кордоном, а також спори підприємств з іноземними інвестиціями і міжнародних об'єднань та організацій, створених на території України, між собою, спори між їх учасниками, а так само їх спори з іншими суб'єктами права України» [27]. Схочим чином об'єктива арбітрабельність спорів визначається ст. 1

Оскільки законодавство різних держав по різному визначає коло спорів, що можуть бути предметом арбітражного розгляду важливим є питання про те, за правом якої держави слід визначати арбітрабельність.

Питання щодо арбітрабельності спору може виникнути у державного суду, який розглядає питання щодо наявності та дійсності арбітражної угоди.

Ст. II (1) Нью-Йоркської конвенції зазначає, що «…Договірна Держава визнає … угоду, за якою сторони зобов'язуються передати до арбітражу…спори …у зв'язку із… правовідношенням, *об'єкт якого може бути предметом арбітражного розгляду*» [33]. При цьому ст. II Нью-Йоркської конвенції не зазначає, на підставі права якої держави слід оцінювати «можливість правовідношення бути предметом арбітражного розгляду». На думку Б.Р. Карабєльнікова, «вирішуючи це питання суд завжди повинен виходити із закону своєї країни, а не із закону, якому сторони підпорядкували свою арбітражну угоду, а також не із закону країни, де повинно виноситися арбітражне рішення» [286; с.158]. Ця думка обґрунтовується тим, що питання арбітрабельності входить до доктрини публічного порядку і його вирішення на підставі іноземного права може призвести до порушення публічного порядку даної держави [286; с.158].[117]

Ця позиція закріплена також у ст. VI (2) (2) Європейської конвенції про зовнішньоторговий арбітраж, згідно з якою «Суд, в якому порушено справу може не визнати арбітражної угоди, якщо за законом його країни спір не може бути предметом арбітражного розгляду» [18].

Питання щодо арбітрабельності виникає й перед міжнародним комерційним арбітражем, коли він оцінює свою компетенцію на вирішення певного спору. При цьому Нью-Йоркська та Європейська конвенції не визначають, на підставі права якої держави

---

(2) Закону РФ «Про міжнародний комерційний арбітраж» [22]. Ст. 1 Шведського закону «Про арбітраж» визначає коло спорів, що можуть передеватися на розгляд арбітражу як: «Спори, що стосуються питань, які сторони *вправі врегулювати між собою …» [175]*.

[116] Наприклад, ст. 12 (2) ГПК України [8]. Про проблеми застосування цієї норми у контексті корпоративних спорів, а також спорів з договорів «для задоволення державних потреб». - див. [319; с.43-44]. Іншим прикладом є ст. 33 (2) Монреальської конвенції, яка встановлює виключну юрисдикцію державних судів по спорах стосовно шкоди, заподіяної в результаті загибелі або тілесного ушкодження пасажира [80].

[117] Думка про те, що питання арбітрабельності входить до публічного порядку підтримується й іншими авторами. Див., наприклад, [537] .

арбітраж повинен аналізувати дане питання. Типовий закон також не мітить відповіді на нього.

На думку Б.Р. Карабєльнікова, «арбітри повинні намагатися дотримати вимог до арбітрабельності, що пред'являються правом тих держав, суди яких можуть в подальшому розглядати питання про відміну арбітражного рішення (тобто, вимоги права тієї країни, у якій виноситься арбітражне рішення) та про визнання і приведення до виконання даного рішення… Таким чином,… арбітраж повинен брати до уваги вимоги права різних держав» [286; с.164].

Інша позиція полягає у тому, що при вирішенні даного питання домінуюче значення має lex arbitri [434; с.9].

Якщо питання про арбітрабельність спору виникає на етапі визнання і приведення до виконання арбітражного рішення, воно повинно вирішуватися на підставі права держави, компетентний орган якої вирішує питання про визнання та виконання рішення (ст. V (2) (а) Нью-Йоркської конвенції).

Останнім часом в окремих країнах спостерігається тенденція до розширення кола спорів, які можуть передаватися на розгляд до арбітражу. Зокрема, у травні 2013 у був прийнятий Регламент про онлайн-регулювання споживчих спорів [160] та Директива про альтернативні способи врегулювання споживчих спорів [91]. Вказані документи передбачають що спори між споживачами та підприємцями, що виникають із купівлі-продажу товарів та надання послуг, можуть вирішуватися шляхом використання альтернативних способів регулювання спорів, до яких Директива відносить у тому числі арбітраж (п. 29 Директиви). Багато положень зазначених документів визнаються цінними, хоча окремі з них піддаються критиці.[118]

Безумовно, обмеженням свободи сторін арбітражної угоди є вимоги нормативно-правових актів щодо її форми, про які йшлося вище. Свобода сторін щодо призначення арбітрів обмежується вимогами, які встановлюються до останніх окремими джерелами права.

[118] Про це див. [209; с.100].

Так, відповідно до ст. 12 Типового закону підставами для відводу арбітра є «обґрунтовані сумніви щодо його неупередженості або незалежності».[119] Сторони арбітражної угоди є вільними щодо призначення арбітрів, якщо вони тільки не є упередженими та залежними від них.

Законодавство деяких країн закріплює перелік обставин, які можуть свідчити про упередженість арбітра. Так, наприклад, згідно зі ст. 8 Шведського закону «Про арбітраж» «Вважатиметься, що такі обставини існуватимуть, якщо: 1) арбітр або особа, яка тісно пов'язана із ним, є стороною спору, або з іншої причини може очікувати вигоди або шкоди, як результату розгляду спору; 2) арбітр або особа, яка тісно пов'язана із ним, є директором компанії або асоціації, яка є стороною спору, або іншим чином представляє сторону або особу, яка може очікувати вигоди або шкоди як результату розгляду спору; 3) якщо арбітр є експертом у спорі або надавав допомогу сторін у підготовці чи веденні справи; 4) якщо арбітр отримав або вимагав компенсації у порушення ст. 39 (2) цього Закону» [175].

В інших країнах, зокрема, в Україні, дане питання на законодавчому рівні не вирішене.

Обставини, що свідчать про залежність та упередженість арбітра добре досліджені на доктринальному рівні.[120]

Законодавство деяких країн прямо передбачає, що арбітр повинен мати повну цивільну дієздатність (наприклад, ст. 7 Шведського закону «Про арбітраж»).

Ст. 1451 ЦПК Франції підкреслює, що лише фізична особа, яка повною мірою користується своїми цивільними правами, може виступати у якості арбітра. Якщо арбітражна угода призначає юридичну особу у якості арбітра, його повноваження обмежується лише організацією арбітражу [67].

В окремих державах встановлюються певні обмеження щодо кількості арбітрів, які можуть призначатися кожною стороною. Вони спрямовані на запобігання зловживанням з боку однієї із сторін арбітражної угоди. Так, наприклад, згідно з пар. 1034 (2) ЦПК ФРН у випадку, якщо арбітражна угода надає одній стороні перевагу у складі арбітражного суду, яка ущемляє іншу сторону, ця сторона може просити суд призначити арбітра чи арбітрів в

[119] Дане положення відтворюється у законодавчих актах багатьох держав. Див., наприклад, пар. 1036 (2) ЦПК ФРН [185], ст. 8 Шведського закону «Про арбітраж» [175], ст. 12 (2) ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» [27].
[120] Див., наприклад, [371; с.305-308].

порядку, який відхиляється від здійсненого призначення чи узгодженої процедури призначення. Таке прохання повинно бути подане не пізніше, ніж після сплину двох тижнів після того, як сторона дізналася про склад арбітражного суду [69].

Встановлюючи свободу процедури призначення арбітра, Типовий закон ЮНСІТРАЛ у ст. 11 (2) встановив певні обмеження цього правила. Вони стосуються того, що процедура, передбачена сторонами в угоді не повинна унеможливлювати звернення до компетентного органу у випадках, передбачених ст. 11 (4) Типового закону, якщо сторони не передбачили іншого способу забезпечення призначення арбітрів. Крім того, сторони угодою не можуть змінити положення ст. 11 (5) Типового закону про те, що рішення компетентного органу про призначення арбітра (арбітрів) є остаточним.

Законодавство деяких держав повністю сприйняло підхід Типового закону.[121] Інші держави, сприйнявши в цілому підхід Типового закону, не закріпили подібних обмежень у своєму законодавстві.[122] Англійський Акт «Про арбітраж» також не знає такого обмеження.

Свобода щодо регулювання процесуальних питань обмежується вимогами рівного ставлення до сторін та можливості викласти свою позицію,[123] належного повідомлення сторони про призначення арбітра або арбітражний розгляд..[124]

Реалізація свободи сторін арбітражної угоди щодо можливості залучення третіх осіб у процес, використання доказів також є обмеженою. Це пояснюється тим, що для функціонування міжнародного комерційного арбітражу принциповою є наявність згоди щодо участі у процесі, адже на відміну від державного суду, арбітраж не наділений силою державного примусу.

Так, наприклад, ст. 17 (5) Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ [2], в цілому допускає, арбітраж може на прохання будь-якої сторони дозволити одній або декільком

---

[121] Див., наприклад, ст. 11 (2) ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» [27], ст. 11 (2) Законц РФ «Про міжнародний комерційний арбітраж» [22].

[122] Наприлад, пар. 1035 (1) ЦПК ФРН зазначає лише, що сторони можуть на власний розсуд узгодити процедуру призначення арбітра чи арбітрів [185]. Аналогічне положення закріплене ст. 13 (1) Датського закону «Про арбітраж» [90].

[123] Ст. 18 Типового закону [50].

[124] Такий висновок випливає зі ст. V (1) (b) Нью-Йоркської Конвенції [33], ст. 34 (2) (a) (ii), ст. 36 (1) (a) (ii) Типового закону [50]. При вирішенні питання про належність повідомлення сторони про призначеного арбітра чи арбітражний розгляд «з'ясуванню підлягають дійсні обставини виклику сторони, проти якої винесено рішення іноземного суду, з урахуванням відповідних процедур, які були визначені сторонами в арбітражній угоді чи в арбітражному застереженні, а також із регламенту органу, який за угодою сторін мав здійснити арбітраж. При цьому тягар доведення наявності підстав для відмови у визнанні та виконанні арбітражного рішення покладається на сторону, яка заперечує проти клопотання стягувача» [568].

третім особам вступити у арбітраж у якості сторони. Однак, встановлює певні умови задоволення такого прохання: 1) третя особа повинна бути стороною арбітражної угоди; 2) вступ у провадження третьої особи не повинен наносити шкоди правам сторін.

Свобода використання доказів обмежується нормами, що встановлюють повноваження арбітражу визначати допустимість, належність, істотність та значущість будь-якого доказу.[125]

Таким чином, таким чином сторони арбітражної угоди наділені автономією волі, яка обмежується вимогами законодавства, які встановлюють арбітрабельність спорів, рівного ставлення до сторін спору та деякими іншими нормами.

[125] Див. ст. 19 (2) Типового Закону [50].

Висновки до Розділу ІІІ.

Елементами матеріальної свободи договору є свобода укладали договір (у т.ч. визначати контрагента) та визначати його умови (у т. ч. змінювати їх). Свобода розірвання договору за згодою сторін також визнається багатьма авторами, проте національне право окремих країн може визначати спеціальні умови реалізації цього прояву свободи договору.

Юридична рівність сторін не є елементом матеріальної свободи договору, а швидше за все передумовою її реалізації та окремим принципом реалізації прав то обов'язків сторін.

Підвідомчість (чи непідвідомчість) спорів судам не пов'язана із договірною свободою. Диспозитивність норм, що регулюють договірні відносини, а також визначення в законодавстві окремих договірних умов оціночними поняттями не є елементом свободи сторін договору, оскільки сторони договору, як правило, не можуть вливати на формування змісту норм законодавства. Швидше за все диспозитивніть норм створює підґрунтя для реалізації договірної свободи, але сама по собі не є проявом свободи сторін договору.

У більшості правових систем «поіменованість» договору означає його «передбаченість» спеціальними нормами цивільного кодексу відповідної держави, або іншого нормативно-правового акту.

Поіменованим є договір, який має позитивне регулювання у законодавстві. Це, зокрема, може виражатися у тому, що у ньому встановлюється назва договору, його істотні умови, вимоги до суб'єктного складу, порядку укладення, форми тощо.

Віднесення договорів, врегульованих міжнародним договором, в якому певна держава не бере участі, до категорії «непоімеменованих» з точки зору права цієї держави, вбачається помилковим.

Приватноправові договори, врегульовані міжнародними договорами, є поіменованими, але лише в рамках системи певного міжнародного договору.

Кваліфікуючими ознаками договірного типу є зобов'язання сторін, що складають його суть (предмет).

Поняття договірний тип (або тип договору) є поняттям ширшим, ніж договірний вид (вид договору). В основі поділу договорів на типи лежить особливість матеріальних відносин (що складають предмет договору). Однак, не можна погодитися з тим, що «юридичні умови, необхідні для утворення даного договірного зобов'язання» є підставою для виділення окремого договірного типу.

Що стосується виду договору у межах певного договірного типу, то із договірним типом його споріднюють ті матеріальні відносини, які складають його предмет. Проте, такий договір має певну специфіку, яка може виявлятися, наприклад, у об'єкті.

Визначення моделі регулювання непоіменованого договору залежить від того, у чому полягає ця непоіменованість, тобто чи є цей договір непоіменованим видом поіменованого типу або він являє собою непоіменований тип договору.

Якщо договір може бути кваліфікований як непоіменований вид поіменованого типу, то до питань, що не врегульовані самим договором, можуть застосовуватися спеціальні диспозитивні норми типу договору, до якого належить даний договірний вид, а за їх відсутності – загальні положення зобов'язального права. Якщо ж питання, яке постає у зв'язку із таким договором, не може бути вирішене за допомогою останніх, слід застосовувати загальні засади цивільного законодавства або іншими словами аналогію права.

До питань, що неврегульовані договорами непоіменованого типу, може застосовуватися лише аналогія права.

Свобода сторін непоіменованого договору маже обмежуватися лише надімперативними нормами, і не може обмежуватися звичайними імперативними нормами.

Необхідно закріпити більш широке визначення поняття змішаного договору у законодавстві та передбачити правило про використання регулювання, що передбачає застосування до договору норм, що регулюють той договірний тип (вид), до якого договір відноситься переважно.

У ситуації, коли сторони уклали договір окремі елементи якого можуть бути кваліфіковані як зобов'язання із поіменованого договору, а інші частини – як зобов'язання із непоіменованого договору, до питань, що таким договором не врегульовані, але стосуються того елементу, що відноситься до поіменованого договору, слід застосовувати спеціальні диспозитивні норми, що регулюють відповідний поіменований договір. Регулювання питань, які стосуються непоіменованого елементу договору, залежить від того, чи відноситься даний елемент до непоіменованого виду поіменованого типу, або він він являє собою непоіменований тип договірного зобов'язання. У першому випадку до нього мають застосовуватися спеціальні диспозитивні норми, призначені для регулювання відповідного типу, у другому випадку – аналогія права.

Підставою для застосування положень КМКП, до договору, який поєднує у собі елементи договору про поставку, виконання робіт чи надання послуг є «перевага» обов'язків постачальника щодо поставки, порівняно із обов'язками по виконанню робіт чи наданню послуг, а також неможливість відокремлення зобов'язань із поставки товару від зобов'язань про виконання робіт чи надання послуг.

У тих випадках, коли зобов'язання, що складають предмет змішаного договору, можна відділити одне від одного, до зобов'язання, що полягає у поставці, може застосовуватися КМКП, а до іншого зобов'язання – на національне право певної держави.

Кваліфікаційні ознаки приватноправових договорів, поіменованих міжнародними конвенціями, можуть стосуватися обов'язків сторін відповідного договору, об'єкту договору та міжнародного характеру зобов'язання.

Ознаки поіменованого міжнародного приватноправового договору визначаються не лише міжнародними договорами, але й практикою їх застосування, що обумовлено особливостями застосовування та тлумачення міжнародних договорів.

Якщо приватноправовий договір не відповідає кваліфікаційним ознакам, встановленим міжнародним договором, це означатиме, що він є непоіменованим, з точки зору даної конвенції. Це матиме наслідком застосування до питань, що не регулюються договором, національного права певної держави (обраного сторонами, визначеного

відповідно до колізійних норм або на розсуд арбітрів), або правил встановлених іншим уніфікованим документом (наприклад, Принципами УНІДРУА чи PECL), або принципів права (якщо наприклад, арбітри наділені правом вирішувати спір у якості дружніх посередників).

У різних правових системах матеріальна свобода сторін обмежується принципом добросовісності та чесного ведення справ, імперативними нормами, добрими нравами (мораллю), публічним порядком, правами третіх осіб, звичаями та практикою.

Буквальне тлумачення ст. 6 (3) (2) ЦК України свідчить про те, що сторони у договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо у відповідній нормі містяться слова «Сторони не можуть відступити від цього правила у договорі». Крім того, оскільки обов'язковість певного положення акту цивільного законодавства може «випливати» з його змісту, то слід зробити висновок, що сторони у договорі не можуть відступити від будь-якого положення, якщо в ньому немає слів «якщо інше не встановлено договором», «договором може бути передбачено..» або інших формулювань, що надають сторонам певну свободу.

Обмежувачами матеріальної свободи сторін договору виступають як звичайні імперативні норми так і надімперативні норми.

Публічний порядок, що обмежує матеріальну свободу сторін договору є певною сукупністю правил моралі, а також імперативних норм держави, тобто, норм, які встановлюються у публічному інтересі та є обов'язковими для застосування на території певної держави.

Стаття 636 (3) ЦК України зазначає про те, що третя особа, на користь якої укладений договір, має виразити намір стосовно бажання скористатися правом. Однак, вказана норма не вказує, кому саме третя особа повинна висловлювати свій намір, що може створювати проблеми на практиці. На наш погляд, при вирішенні цього питання доцільно використати досвід тих країн, законодавство яких містить правило про те, що третя особа повідомляє про свій намір боржника, оскільки саме він здійснює виконання за договором і йому важливо знати кому саме він повинен його здійснити.

Про «явну вираженість» волі сторін щодо вибору права свідчать певні формулювання у договорі або іншому документі, до якого може відсилати договір, які характеризуються тим, що прямо вказують на право певної держави як застосовуване право до договору в цілому або окремої його частини.

Слід погодитися із тим, що вибір права є явно вираженим і в тих випадках, коли сторони у договорі не вказують право конкретної країни, а зазначають загальний принцип визначення такого права.

Слід підтримати позицію щодо того, що вибір форуму не слід ототожнювати з вибором права. Посилання у договорі на правові норми певної держави не обов'язково свідчитиме про вибір права на користь певної держави. Договірні формулювання можуть бути чинником, що свідчить про вибір права лише в тому випадку, коли мова йде про договір, укладений між сторонами, право яких належить до правових систем, що мають істотні відмінності. Мова не може виступати індикатором визначення права, оскільки вибір мови найчастіше, пов'язаний із тим, наскільки сторони договору добре нею володіють. Валюти боргу та платежу також, як правило, не свідчать про вибір права, що застосовується до договору.

Найпоширенішими обмеженнями вибору права є міжнародний характер відносин, імперативні норми, коло правопорядків. Законодавство України встановлює обмеження щодо форми угоди про вибір права, якщо вона стосується не договору в цілому, а лише його частини. Застосування обраного права не може порушувати прав третіх осіб, які виникли до укладення угоди про вибір права або зміни раніше обраного права.

Слід погодитися із тим, що в окремих випадках наявність того чи іншого іноземного елементу не буде настільки значущою, щоб стверджувати, що договір набув міжнародного характеру.

У відносинах може і не бути іноземного елементу у розумінні ЗУ «Про міжнародне приватне право», але вони матимуть міжнародний характер.

Автономія волі сторін договору в контексті ст. 3 (3) Регламенту Рим I обмежується звичайними імперативними нормами.

Не кожна норма диспозиція якої містить вказівку про її безпосереднє застосування набуває тією значущості, яка необхідна для набуття нормою надімперативного характеру.

Слід підтримати думку про те, що одні норми завжди мають надімперативний характер, характер інших норм залежить від обставин справи та мети, для досягнення якої вони створені.

До надімперативних норм відносять ті, які прямо забороняють встановлення у договорі іншого регулювання, ніж те, що передбачено даною нормою. Якщо у нормі не міститься прямої заборони, на наш погляд, оцінка того, чи є вона надімперативною має відбуватися правозастосовчими органами у кожному конкретному випадку з урахуванням обставин справи, мети норми, наслідків її незастосування. Також слід погодитися із тим, що надімперативні норми покликані захищати інтереси широких суспільних груп.

Стаття 203 (1) ЦК України є надімперативною лише в частині, яка встановлює, що зміст правочину не може суперечити моральним засадам суспільства. Положення про те, що зміст правочину «не може суперечити ЦК України та іншим актам цивільного законодавства», передбачене цією ж статтею не має надімперативного характеру.

Значущість інтересів, які захищають застереження про публічний порядок та надімперативні норми зближує ці правові інститути, разом із тим, вони мають певні відмінності.

У Регламенті Рим I обмежуючим фактором вибору права до споживчого договору права виступають звичайні імперативні норми держави звичайного місця проживання (habitual residence) споживача. Такий підхід дозволяє забезпечити передбачуваність захисту прав споживачів. У зв'язку із цим пропонуємо у ст. 45 (2) ЗУ «Про міжнародне приватне право» слова «імперативними нормами» замінити словами «положеннями, від яких не дозволяється відступати за допомогою угоди».

Обмеження свободи вибору права у споживчому договорі імперативними нормами держави, у якій споживач має «місце знаходження», передбачене ЗУ «Про міжнародне приватне право», не несе у собі нормативного навантаження.

Використання визначення поняття «місця проживання фізичної особи», що міститься у ЦК України для цілей ЗУ «Про міжнародне приватне право» не є можливим, оскільки,

для останнього важливим є відмежування «місця проживання» від «місця перебування», а ЦК України визначає місце проживання як певне приміщення, придатне для проживання у ньому у відповідному населеному пункті, в якому фізична особа проживає постійно, переважно або тимчасово. Тобто, використання визначення, що міститься у ЦК, не до зводить відокремити «проживання» від «перебування».

Враховуючи те, що інші акти законодавства України не дозволяють розтлумачити поняття «місця проживання» і «місця перебування», що містяться у ЗУ «Про міжнародне приватне право», доцільно було б включити до даного Закону визначення цих понять, використавши критерій наміру, запропонований А.С. Довгертом.

Країни місця проживання та місця перебування споживача можуть не співпадати, що може створювати проблеми із застосуванням ст. 45 (2) Закону України «Про міжнародне приватне право». Для уникнення складнощів, вважаємо за необхідне закріпити на законодавчому рівні механізм вирішення цієї колізії на користь права тієї держави, яка надає споживачеві вищий рівень захисту.

Можливість вибору сторонами права, якщо вибір права чи зміна раніше обраного права відбувається після винесення рішення судом першої інстанції призводить до зміни позовних вимог, рішення суду першої інстанції повинно скасовуватися, а справа передаватися на новий розгляд. У зв'язку із цим запропоновано внести зміни до ЦПК України та ГПК України.

Одним із можливих проявів свободи договору є можливість обирати орган, який вирішує спори, а також у певних випадках регулювати окремі питання процедури розгляду спорів на власний розсуд.

В залежності від складу учасників, яким надається процесуальна свобода, можна виділити наступні можливі способи її прояву: 1) одностороння свобода, яка полягає у тому, що лише один із учасників договірного правовідношення наділений правом вибору органу, що вирішуватиме спір; 2) двостороння свобода, яка виявляється у тому, що за згодою сторін може здійснюватися вибір: - органу, уповноваженого на розгляд спору (наприклад, укладення угоди про вибір державного суду (пророгаційної угоди) або угоди про вибір недержаного органу, уповноваженого розглядати спір (арбітражної угоди); - процедури

вирішення спору (примирювальної процедури; регулювання окремих процедурних питань у міжнародному арбітражі за згодою сторін; - способу вирішення спору (укладення мирової угоди).

Питання дійсності пророгаційної угоди повинні вирішуватися на підставі права держави, суд якої обраний пророгаційною угодою. Водночас дана проблема не може вирішуватися без урахування того, що пророгаційна угода, крім процесуальних, має матеріальні властивості. Тому «право держави» у даному випадку повинно охоплювати у тому числі її колізійні норми.

Чинниками, що обмежують свободу сторін договору на укладення пророгаційної угоди виступають норми, що встановлюють виключну підсудність, вимоги щодо форми та змісту пророгаційної угоди.

Право на вибір суду іноземної держави обмежується виключною підсудністю судів тієї держави, яка дозволяє такий вибір. Можливість вибору суду власної країни навпаки обмежується виключною підсудністю судів іноземних держав.

У зв'язку із цим, варто звернути увагу на певну неточність ст. 76 ЗУ «Про міжнародне приватне право», яка визначаючи підстави визначення підсудності справ судам України, встановлює обмеження у ст. 76 (1) (1) такої підсудності як «виключну підсудність судам України». Проте, виключна підсудність судам України навпаки встановлює перелік випадків, коли з точки зору законодавства України справи можуть бути підсудними лише судам України.

На наш погляд, угода сторін про вибір державного суду України, не може змінювати виключної компетенції іноземного суду.

Необхідно приєднатися до Гаазької конвенції про угоди про вибір суду. Враховуючи те, що Україна не має договорів про правову допомогу із деякими державами, приєднання до цієї Конвенції розширить коло держав, в яких рішення українських судів, можуть бути виконані, а також держав, рішення судів яких будуть виконуватися в Україні.

Розділ IV. Роль принципу добросовісності у правовому регулюванні МПДЗ

4.1. Концептуальні засади добросовісності. Добросовісність у юриспруденції

Добросовісність традиційно є предметом численних доктринальних досліджень. Важко знайти працю, присвячену юридичній тематиці, яка б так чи інакше не торкалася добросовісності. На наш погляд, це відбувається тому, що добросовісність є єдиним справжнім регулятором людської поведінки і більшість дослідників інтуїтивно це розуміють. Якби усі діяли добросовісно, правові норми були б непотрібними, і навпаки, особу, яка не бажає діяти добросовісно, не зупинить жодна правова норма.

Складовими поняття «добросовісність» в українській та російській мовах є слова «добро» та «совість». «Совість» визначається як «внутрішня оцінка, внутрішнє усвідомлення своїх вчинків, почуття моральної відповідальності за свою поведінку» [406]; «моральне усвідомлення, моральне відчуття чи почуття в людині; внутрішнє усвідомлення добра та зла; тайник душі, в якому відгукується схвалення або засудження кожного вчинку; здатність розпізнавати якість вчинку; почуття, що спонукає до істини і добра, відвертає від неправди та зла; мимовільна любов до добра та істини; природжена правда у різному ступені розвитку» [244; с.427].

Таким чином, «совість» позначає моральне усвідомлення людини, її здатність відрізняти добро від зла, внутрішній поштовх здійснювати вибір на користь добра.Добро визначається як «благо, те, що чесно і корисно, все чого вимагає від нас обов'язок людини, громадянина, сім'янина; протилежність поганому та злу» [242; с.734]. Російський філософ В. Соловйов зазначає, що : «Добро у своєму повному значенні, що включає також поняття блага чи задоволення, визначається остаточно як дійсний моральний порядок, який виражає безумовно належне і безумовно бажане ставлення кожного до всіх і всіх до кожного» [393; с.201]. Отже, «добро» так само як і «совість» є моральними цінностям.

Право тісно пов'язане із моральними цінностями. Одне із найбільш відомих визначень права, яке приписують римському юристу Цельсу, полягає у тому, що воно є мистецтвом добра та справедливості [333; с.43]. «Право з його зовнішніми приписами

живиться певною моральною атмосферою, в якій воно діє, і з якої бере свою життєву силу» [341; с.121].

В інших мовах для позначення цінностей, що складають «добросовісність» використовуються слова, які буквально не відповідають терміну, вживаному в українській чи російській мовах, однак всі вони охоплюють чесність, щирість, вірність, добро і т.д.

Так, у німецькій мові для позначення добросовісності у договірних та переддоговірних відносинах використовується термін «Treu und Glauben», яке буквально може бути перекладене як «вірність (відданість) та віра». У англійській мові використовується термін «good faith» буквально - «добра чесність (вірність)», у французькій - «bonne foi» буквально – «добра віра», «добре слово».

Існують різні погляди щодо співвідношення права та моральності.[126] Найбільш вдалою видається позиція, висловлена Н.К. Ренненкампфом згідно з якою, «право має на увазі зовнішній порядок суспільного життя… встановлює загальнообов'язкові норми, характеризує відносини за їх загальними ознаками і у випадку потреби застосовує примус… Моральність виявляє внутрішню сторону людини в її особистому та суспільному житті… діє як особистий обов'язок, характеризує особливості відносин і усуває будь-яку зовнішню силу. І право і моральність витікають із однієї спільної думки про добро і правду, складають лише різні сторони і прояви людської діяльності і прагнуть до однієї мети, але різними шляхами, - благу і досконалості людини. Тому обидві галузі однаково необхідні для людського життя і слугують для взаємного поповнення. Жодне суспільство не може існувати із одного примусу без моральних спонукань своїх членів, а з іншої сторони, моральні начала пом'якшують вимоги права, іноді занадто суворі і такі, що не відповідають особливостям відносин…Моральність не повинна вимагати порушення права, право не повинно приписувати аморального;…право і моральність нерідко …допомагають одне одному, коли моральність здійснює прямий вплив на суспільний порядок або коли право безсильне зрозуміти явища лише з одного зовнішнього боку» [377; с.327].

[126] Огляд існуючих теорій. – див. [341; с.124].

Вважається, що на фундаментальному рівні потреба у добросовісності виникає з появою цивілізації як такої [492].

Добросовісність як правовий принцип має витоки у римському праві.[127] Зокрема, його застосування дозволяло подолати формалізм, властивий цій правовій системі, і регулювати відносини, до яких не могло застосовуватися римське право. Так, претор перегрінів не міг застосовувати цивільне право до іноземців, тому до відносин за їх участю він застосовував право, що створювалося ним самостійно. Діючи в такий спосіб претор приймав добросовісні рішення (*bona fide judicia)*. Перелік справ, що вирішувалися на підставі добросовісності, різнився в залежності від історичного періоду. Спочатку такі рішення приймалися у справах про опіку, фідуціарні зобов'язання, з договорів купівлі-продажу, оренди. Згодом перелік таких справ збільшився [545; с.3].

Також використання цього принципу дозволяло регулювати і відносини між римськими громадянами в тих випадках, коли захист їх прав за допомогою jus civile був неможливим. Справа в тому, що в Римі правовий захист надавався лише у тих випадках, коли позивач отримував від претора спеціальний позовний формуляр, тобто спеціальну позовну заяву з певним текстом. Число таких типових формулярів завжди було обмеженим. Тому важливо було, щоб зміст вимог формально належав до того чи іншого типу позовних формулярів [417; с.281-282].

Таким чином, окремі правовідносини отримували захист за допомогою позовів доброї совісті, використання яких сприяло появі договорів доброї совісті (bona fidei contractus). Даний вид договорів відрізнявся від формальних договорів умовами дійсності, а також тим, що суддя мав ширші повноваження щодо їх тлумачення [545; с.4]. Добросовісність була одним із найбільш важливих факторів, що сприяли розвитку римського договірного права [558; с.17].

Падіння Римської імперії і поширення християнства як домінуючої сили в західній цивілізації привело до подальшого вдосконалення принципу добросовісності. Поняття совісті стало важливим елементом «християнізації» римського права і використовувалося

[127] Детальніше див. наприклад, [425].

для визначення зобов’язань членів Церкви. Разом із тим, визнавалося, що зобов'язання доброї совісті не обмежуються суто релігійними відносинами, а охоплюють практично всі аспекти людських взаємин. Церква почала здійснювати юрисдикцію у цивільних справах ще під час Нікейського собору (325 рік). У часи середньовіччя ця практика розширилася. Церковні суди вирішували спори з договорів, керуючись вченням про те, що добросовісність перевіряється святістю договірних зобов'язань [492]. Також у період середньовіччя добросовісність стає загальним принципом національної та міжнародної торгівлі. У період середньовіччя також спостерігається зближення між добросовісністю (“bona fides”) та справедливістю (“aequitas”) [545; с.5].

Пізніше з’являється думка про те, що добросовісність походить з природного права. Це пояснює включення принципу добросовісності до ФЦК. Так само як і в попередні часи, у 18-19 ст.ст. цей принцип застосовувався у комерційних операціях. Разом із тим, авторитетність добросовісності як принципу права була підірвана у 19 ст. історичною школою права і позитивістською доктриною. Не зважаючи на значний вплив цих шкіл на правову думку, принцип добросовісності був закріплений у НЦУ. Щоправда при цьому з’явилися нові теорії визначення змісту добросовісності, яка тепер втратила своє колишнє значення. Виникненню нових поглядів на добросовісність сприяла діяльність двох шкіл: Begriffsjurisprudenz та Freirechtsbewegung.

Перша з них прагнула до визнання правового порядку, заснованого на точних і абстрактних поняттях, який би дозволяв уникнути довільного розсуду судді. Друга, яка бере початок з робіт Ієринга, прагнула пом’якшити закон та його тлумачення. Ця школа сприяла розвитку повноважень суду щодо тлумачення правових норм і саме вона розпочала відродження принципу добросовісності.

В результаті чого принцип добросовісності стає писаним правилом у багатьох національних правових системах. При цьому більшість дослідників вказують на різні концепції застосування цього принципу у системах континентального та загального права загалом, а також всередині цих систем зокрема.

Таким чином, добросовісність є моральною цінністю, внутрішнім орієнтиром, який спонукає людину до правди і добра, а відтак є важливим регулятором людської поведінки. Добросовісність є джерелом натхнення для права, «воротами, через які моральні цінності входять до права» [486; с.621]. З іншого боку добросовісність отримує розвиток у праві, перетворюючись, таким чином, на правову категорію, яка створює юридично визнані правила поведінки, покликані сприяти досягненню добра та справедливості у суспільстві.

У юридичній доктрині «добросовісність» іменують поняттям «із невизначеними межами» [545; с.7]. Основною причиною такої невизначеності називають відсутність єдиного підходу до її розуміння. Найчастіше зустрічаються точки зору про те, що добросовісність - це «принцип» [326; с.71], [208; с.52], «презумпція» [326; с.72], «категорія» [192; с.69], одна із складових «принципу справедливості, добросовісності та розумності» [404; с.149], «обов'язок» [536; с.9], «імператив приватного права» [391; с.10], «одна із складових принципу безпеки» [140; с.13], «співвідношення індивідуальних інтересів з приватними інтересами інших осіб і суспільства в цілому» [246;186], «оціночне поняття, яке дозволяє учасниками цивільного обороту регулювати свої взаємовідносини, а суду – вирішувати спір з урахуванням конкретної ситуації» [400; с.45] ,« критерій правомірності вчинення дій» [400; с.45], «одним із засобів певного обмеження принципу свободи договору» [247; с.42], «систему уявлень про моральність поведінки під час здійсненні і захисті прав, а також при виконанні обов'язків, яка склалася у суспільстві і визнана законом чи судовою практикою» [216; с.20].

Принцип добросовісності, будучи загальним принципом права, вважається фундаментальним у багатьох галузях права. Так, наприклад, І.І. Лукашук, аналізуючи роль даного принципу для міжнародного публічного права зазначає, що «Без нього міжнародне право не було б правом, адже саме у ньому закладене джерело юридичної сили міжнародного права» [321; с.288].

Принцип справедливості і доброї совісті вважаються головними загальними принципами МПрП [236; с.38].

А.В. Попова, досліджуючи дію принципу добросовісності у міжнародному комерційному обороті, визначає його як загально визнану правову норму, вищої юридичної сили, яка регламентує відносини приватного та публічного характеру та встановлює у загальній формі права та обов'язки суб'єктів правовідносин по відношенню один до одного та до інших осіб [367; с.12].

При цьому слід відзначити дискусійність поняття «добросовісність» у доктрині цивільного права. Так, поширеною є точка зору про те, що добросовісність є загальним принципом права [517; с.1536], [515; с.231], [403-1; с.10],[261; с.1], [208; с.49], [384; с.26] застосування якого спрямоване на забезпечення фундаментальних цінностей у приватних відносинах [498; с.143]. Будучи принципом цивільного права добросовісність «вимагає встановлення такого правопорядку, за якого юрисдикційний орган зважатиме на очевидне добросовісність або недобросовісність особи кожного разу коли врахування цього чинника з огляду на суть конкретних правовідносин матиме істотне значення для визначення справедливого балансу інтересів їх учасників» [370; с.81].

Інша позиція полягає у тому, що добросовісність не є загальним принципом цивільного права, а лише принципом здійснення цивільних прав [241; с.226], [246;168].

В.І. Ємельянов, проаналізувавши ст. 10 ЦК РФ, доходить висновку, що вимоги розумності і добросовісності формують межі не будь-яких цивільних прав, а лише тих, що спеціально вказані у законі [259; с.108]. Дана точка вдало була спростована С.В. Сарбашем, який вказує на те, що певні правила поведінки, у тому числі й принципові, зовсім не обов'язково повинні встановлюватися у позитивному праві [383; с.115].

Д. Сім проводить відмежування між добросовісністю «як етичним або моральним принципом до якого прагне кожна правова система» та «добросовісністю як правовою доктриною, яка здатна самостійно генерувати конкретні юридичні права та обов'язки» [538].

Д.Г. Павленко звертає увагу на комплексність, багатоаспектність добросовісності як цивільно-правові категорії, «яка полягає у тому що добросовісність – це одночасно: 1)

імператив приватного права; 2) принцип цивільного права; 3) норма прямої дії; 4) презумпція цивільного права» [357; с.10].

Водночас, зустрічається позиція, яка визнає, що добросовісність може мати лише один прояв. Так, наприклад, А.В. Волков вважає, що добросовісність не може бути принципом права, а є правовою презумпцією [231; с.277].

Т.В. Дерюгіна зазначає, що з наукової точки зору добросовісність не може розглядатися одночасно як принцип права, як правова презумпція, як межа здійснення права. «Правова презумпція – це ствердження, яке визнається достовірним, поки не буде доведено протилежне. Презумпція апріорі може бути спростована. Принцип не може спростовуватися, оскільки це основне керівне начало, яке діє по відношенню до будь-якого правовідношення і будь-якого суб'єкта права. Межа здійснення права – це заборона певної поведінки. В свою чергу добросовісність - це вимога певної поведінки. З цієї точки зору добросовісність – це принцип здійснення цивільних прав, які формують таку спрямованість дій суб'єкта, коли з урахуванням своїх інтересів він не порушує законних інтересів третіх осіб» [246; с.186].

У цивільному праві таких країн як ФРН та Нідерланди добросовісність склалася як принцип, закріплений у «відкритих нормах», тобто нормах без чіткого нормативного змісту – як з точки зору фактів, що є підставою для її застосування, так і з точки зору наслідків її застосування. Тобто, вона є лише правовою основою для судів, які намагаються знайти справедливі рішення, застосовуючи абстракті норми до конкретних відносин [482; с.31]. Іншими словами, зміст добросовісності не може бути встановлений абстрактним шляхом, а лише з урахуванням обставин справи, в якій вона повинна застосовуватися [483; с.622].

Оскільки можливість використання «відкритих норм» була передбачена цивільними кодексами окремих країн, виникла думка про те, «відкриті норми» є положеннями, що делегували законодавчі повноваження судам. Останні використовувалися для того, щоб доповнити або змінити писане право за допомогою неписаного, яке «більше надихалося міркуваннями соціальної справедливості та чесності, ніж цивільні кодекси» [482; с.31].

Доктрина добросовісності є необхідною там, де діють абстрактні норми. Це також пояснює, чому системи загального права, які не засновані на систематичній кодифікації абстрактних норм, але які натомість органічно розвивалися на казуальній основі традиційно не використовували доктрини добросовісності або навіть були ворожими до неї.[128]

На наш погляд, добросовісність як правова категорія, повинна аналізуватися як з точки зору свої суті так і з позицій норм писаного права, що передбачають її застосування. При цьому керівним має бути дослідження суті добросовісності, а її вивчення з точки зору позитивного права має здійснюватися беручи до уваги її суть. Дослідження добросовісності лише у одному із цих аспектів не дозволяє повністю розкрити її як правову категорію.

Значущість добросовісності як моральної цінності, найважливішого орієнтира поведінки людини обумовлює те, що за своєю суттю добросовісність є: 1) загальним принципом окремих галузей права, зокрема, міжнародного приватного та цивільного; 2) принципом здійснення прав та обов'язків суб'єктів правовідносин, зокрема, МПДЗ; 3) обов'язком, якого повинні дотримуватися учасники правовідносин.

Писане право, фіксуючи принцип добросовісності, може вживати як загальні формулювання так і детально розкривати окремі аспекти добросовісності. Спосіб нормативного закріплення добросовісності залежить від особливостей конкретної правової системи, правових традицій у кожній державі та з часом може змінюватися.

Наприклад, у цивільному праві України добросовісність є: 1) загальною засадою цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України); 2) «підгрунтям» зобов'язання (ст. 509 ЦК України); 3) обов'язком, якого мають дотримуватися певні особи (ст. 92 (3) ЦК України); 4) однією із умов набуття права власності (ст. 330, 334 ЦК України та ін.); 5) презумпцією, яка застосовується до поведінки особи, якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісної поведінки (ст. 12 (5) ЦК України). Дана презумпція, як слушно зазначає О.В. Кохановська, може бути оскаржена тільки у судовому порядку [309; с.290].

[128] Як зазначає Н. Ендрус добросовісність як загальна норма у англійському праві може стати «марним твердженням», яке мало що додасть. Хоча фактично багато англійських доктрин, виникли тому, що суди застосовували принцип добросовісності та чесного ведення справ. Так у англійському праві виникли, наприклад, доктрини promissory estoppel, надзвичайної переваги, фактів, що позбавляють юридичної сили, фідуціарних обов'язків, умов які «маються на увазі» та ін. [433; с.661].

Необхідність дотримання принципів добросовісності, розумності, справедливості неодноразово підкреслювалася у юридичній літературі. Так, наприклад, С.О. Погрібний відмічає, що принцип справедливості, добросовісності та розумності «полягає у тому, що діяльність суб'єктів такого регулювання (держави чи самих учасників договірних цивільних відносин) має відповідати усім трьом вимогам одночасно: і справедливості, і розумності, і добросовісності» [362; с.12].

Це, зокрема, означає, що суб'єкт повинен діяти «в межах, які виключають можливість зловживання суб'єктивними цивільними правами, співвідносити свої дії з інтересами іншої сторони цивільного правовідношення» [322; с.195-196].

«Розумність» або «справедливість», як правило, вважаються об'єктивними характеристиками поведінки суб'єкта, в той час як «добросовісність» - суб'єктивною. Крім того, поширеною є точка зору про те, що використання критерію розумності означає співставлення дій конкретного суб'єкта із тим, як би поводилися інші особи, які діють у аналогічних обставинах, за умови, що їх поведінка є старанною, обачливою та добросовісною. Таких осіб іноді іменують «розумними», іноді – «середніми».

Так, наприклад, К. Адамс визначає стандарт розумності як об'єктивний, який полягає у визначенні того, щоб робила розумна людина у певних обставинах. Стандарт добросовісності визначається ним як суб'єктивний, який спрямований на встановлення того, чи думала особа, що діє розумно, не зважаючи на те, чи діяла вона так з точки зору розумної людини. Він відмічає, що часто неможливо встановити, як насправді думала сторона договору, тому суди, оцінюють те, чи діяла вона добросовісно, аналізують як інші поводилися в подібних обставинах, тобто іншими словами використовують стандарт розумності [431].

Схожу точку зору відстоює А.В. Волков, який відзначає, що розумність у парній категорії «розумність та добросовісність» складає її «об'єктивну» більш наближену до права сторону людської поведінки через її деперсоналізацію і створення образу середнього, але здорового суб'єкта права, який здатен усвідомлювати і передбачати свою поведінку не гірше за середню людину [230; с.150].

М.Ф. Лук'яненко зазначає, що припис діяти розумно забороняє вчинення дій таким чином, щоб при цьому заподіювалася шкода. Розумність дій означає, щоб особа діяла з обачливістю та старанністю, що вимагаються за даних обставин [322; с.254].

А.О. Папкова вказує на те, що в процесі застосування категорії розумності суди повинні брати до уваги наступне: 1) пов'язаність розумності з об'єктивною стороною дії суб'єкта; 2) те, що вона характеризує дії суб'єкта опосередковано, через порівняння його поведінки з можливою поведінкою середньої людини в конкретних обставинах; 3) необхідно розрізняти розумне передбачення, усвідомлення і розумні дії. Розумне передбачення, усвідомлення означають розуміння своїх дій та можливого настання шкоди в результаті їх здійснення на рівні середньої людини. Розумну дію А.О. Папкова пов'язує із правилами поведінки середньої добросовісної людини [358; с.181]. Бурлаков С.Ю. розумні дії визначає як такі, які б вчинила людина, що володіє нормальним, середнім рівнем інтелекту, знань і життєвого досвіду [223].

Така позиція критикується у доктрині, зокрема, через те «можуть з'явитися дві середніх людини зі стандартною поведінкою». Крім того, «кліше у вигляді «стандартної людини» знищує свободу вибору, і в кінцевому рахунку головне досягнення людини – свободу» [246; с.143].

На наш погляд, така точка зору нівелює застосування принципів, а також будь-яких норм, які містять оціночні категорії. Враховуючи те, що не можливо врегулювати усі відносини, які виникнуть у суспільстві за допомогою писаних норм права із чітко визначеним змістом, вона може призвести до неврегульованості певних відносин за допомогою права. Що стосується твердження про знищення свободи, то дійсно право в ряді випадків право обмежує свободу людини, у тому числі за допомогою принципів та норм, які містять оціночні категорії, оскільки завдання права – забезпечити суспільний порядок, дотримання прав кожного, запобігти свавіллю.

Деякі автори звертають увагу на те, що розумність характеризує інтелектуальну складову поведінки суб'єкта, добросовісність – моральну. Так, Є.О. Харитонов та Н.О. Саніахметова зазначають, що «добросовісність» має трактуватися як категорія моральна,

що відображає врахування особою інтересів інших учасників цивільних відносин, публічного інтересу тощо, а «розумність» - як категорія інтелектуальна,що припускає адекватність оцінки особою цінності певного цивільного права, доцільності своїх дій, наслідки здійснення або нездійснення цивільного права» [411; с.179].

Т.В. Дерюгіна підкреслює, що добросовісність може бути лише розумною, в той час як розумність може охоплювати як добросовісну, так і недобросовісну поведінку. Таке міркування підштовхує її по висновку, що «категорія розумності не повинна використовуватися у праві» [246; с.170-171].

В окремих випадках поняття «добросовісність» розкривається через поняття «розумність» або «розумність та справедливість». Наприклад, К.І. Скловський визначає право доброї совісті як розумну, обачливу, стандартну поведінку турботливого господаря [388; с.205].

У праві Нідерландів вважається, що принцип добросовісності та чесного ведення справ закріплений ст. 6:2 ЦК Нідерландів [544; с.116], хоча буквально ця стаття встановлює, що «Кредитор та боржник повинні дотримуватися вимог розумності та справедливості у взаємних відносинах. 2. Зобов'язання, яке пов'язує їх в силу закону, звичаїв або правочину, дійсне тією мірою, наскільки це прийнятно за даних обставин з міркувань розумності та справедливості». Коментатори підкреслюють, що дані положення закріплюють об'єктивний стандарт добросовісності, який базується на розумності та чесному веденні справ. У цьому розумінні терміни добросовісність, чесне ведення справ та справедливість є синонімами [544; с.116].

Ст. 3 (1) Директиви ЄС № 93/13 [87] у якості одного із критеріїв визначення «несправедливої договірної умови» називає те, що воно «порушує вимогу добросовісності»[129].

[129] Крім того, Преамбула Директиви встановила, що оцінка несправедливого характеру договірних умов вимагає дотримання принципу найвищої добросовісності. Щоправда таке формулювання стало підставою для висновку про те, що у буквальному розумінні вираз «добросовісність» вживається у Директиві у суб'єктивному значенні, як критерій, який повинен братися до уваги на додаток до об'єктивної вимоги про значну невідповідність у правах та обов'язках сторін. (хоча Додаток до Директиви встановив невичерпний перелік умов, які можуть

Підхід ст. 3 (1) Директиви ЄС № 93/13 спостерігається й у DCFR. Зокрема, відповідно до ст. III. -3:711 (3), що має назву «Несправедливі умови стосовно відсотків», «Для цілей цієї статті щось є несправедливим, якщо воно значно відхиляється від встановленої комерційної практики, суперечить добросовісності та чесному веденню справ». При цьому слід відзначити, що термін «справедливість», що використовується у праві ЄС розуміється як об'єктивний вираз добросовісності та прояв моральних цінностей у правовій системі Співтовариства [545; с.18].

Відповідно до ст. 1:302 PECL розумність повинна оцінюватися виходячи з того, що особи, які діють добросовісно у такій же ситуації, що й сторони вважали б розумним. Особливо під час оцінки розумності слід враховувати природу та мету договору, обставини справи, звичаї і практику у відповідній галузі торгівлі чи професійній діяльності. Таким чином, відповідно до PECL добросовісність осіб є одним із критеріїв, який враховується під час визначення їх розумності. Дане визначення розумності використовується також під час застосування КМКП, в якій ця категорія широко використовується[130].

Категорія «розумності» широко використовується у Принципах УНІДРУА. Так, згідно зі ст. 1.9. (2) Принципів «розумність застосовування звичаю» є одним із факторів, що дозволяють встановлювати пов'язаність сторін звичаєм. Ряд статей використовують поняття «розумний строк» (ст. 2.1.7., 2.1.12, 2.2.7 (2), 2.2.9 (2), 3.2.12 (1), 5.1.8., 6.1.1. та ін.) «розумний спосіб» (ст. 2.1.14 (2), ст. 7.4.5) «розумні комерційні стандарти чесного ведення справ» (ст. 3.2.2.(1), 3.2.5., 3.2.7. (2)), «розумна альтернативна» (ст. 3.2.6.), «розумні очікування» (3.3.1. (3), 5.1.3., 7.1.6. та ін.), «розумна ціна» (ст. 5.1.7.), розумні заходи (ст.

розглядатися як несправедливі. Крім того, певні орієнтири щодо оцінки несправедливості договірних умов встановлені й ст. 4 Директиви) [545; с.19].

Відтак, під час імплементації норм Директиви до національних законодавств держав-членів ЄС деякі законодавці були стурбовані, що суб'єктивний підхід може призвести до ослаблення заходів, що можуть бути вжиті у разі, якщо умови договору є несправедливими. Тому в окремих державах, встановлені додаткові правила «об'єктивації несправедливості договірних умов». У якості прикладу, як правило, наводиться ст. L132-1 Французького кодексу споживачів. [66].

[130] Наприклад, ст. 25 КМКП містить посилання на «розумну особу», ст. 33 – на «розумний строк». Всього нараховують 37 положень цієї Конвенції, в яких «розумність» знайшла пряме закріплення. Крім того, принцип розумності відносять до загальних принципів, на який вона заснована [496].

7.4.8. (1), «розумний розмір» (7.4.13 (2), «розумні зусилля» (ст. 11.1.13), «розумні дії» (ст. 1.8., 2.1.18 та ін.).

В ряді випадків Принципи УНІДРУА вказують на критерії, які необхідно брати до уваги, оцінюючи розумність певних дій. Так, відповідно до ст. 3.3.1. (3) Принципів визначаючи розумність використання засобів правового захисту необхідно враховувати: мету норми, яка була порушена; (b) коло осіб, для захисту яких існує норма; (c) будь-яку санкцію, що може бути застосована згідно із нормою, яка була порушена; (d) серйозність порушення; (e) чи сторона або сторони знали або ж повинні були знати про порушення;(f) чи необхідне порушення для виконання договору; а також (g) розумні очікування сторін.

Стаття 5.1.6. Принципів УНІДРУА, що встановлює обов'язок сторони здійснити виконання розумної якості, зазначає, що така якість не може бути середньою.

В інших ситуаціях рекомендації щодо застосування понять, які базуються на «розумності», містяться у коментарях до відповідних статей. Так, коментар до ст. 1.8. Принципів УНІДРУА [131] зазначає, що «розумність покладання» є питанням факту, беручи до уваги усі відповідні обставини, зокрема, контакти та поведінку сторін, природу договору та супутні обставини, очікування один від одного, які розумно можна брати до уваги» [180; с.23].

Коментар до ст. 2.14. Принципів УНІДРУА встановлює, що оцінка того, чи було для акцептанта розумним розглядати оферту як безвідкличну має здійснюватися з урахуванням заборони несумісної поведінки (ст. 1.8. Принципів), тобто поведінки оферента або характеру оферти [180; с.41].

Стаття I. – 1:104 DCFR визначає поняття «розумність» як таке, яке має бути об'єктивно встановлене, беручи до уваги природу та ціль того, що має бути зроблено, обставини справи та відповідні звичаї та практику.

При цьому коментар до DCFR наголошує на тому, що змішування розумності та добросовісності є небажаним, оскільки ці концепції відрізняються одна від одної. «Щось

[131] Відповідно до ст. 1.8. Принципів УНІДРУА «Сторона не може діяти несумісно з тим розумінням, яке вона викликала в іншої сторони, якщо остання, розумно покладаючись на нього, своїми діями завдасть собі шкоди».

може суперечити добросовісності та чесному веденню справ, але бути розумним… І навпаки щось може бути нерозумним, але відповідати принципу добросовісності та чесного ведення справ. Наприклад, представник може пояснити, що стратегія особи, яку він представляє, у тому, що він наполягає на включенні до усіх договорів певного типу умов щодо жорстких штрафних санкцій. Представник може попередити іншу сторону про ризики прийняття таких умов. Включення до договору таких умов буде нерозумним у даному випадку, але якщо умова відкрито обговорювалася і була вільно прийнята іншою стороною, її прийняття не суперечить добросовісності та чесному веденню справ» [140; с.138].

Категорія «розумності» досить широко використовується у DCFR. Так, наприклад, зобов'язання сторін співпрацьовувати та міра співпраці залежать від того, що «розумно може очікуватися для виконання зобов'язання боржника» (ст. III. – 1:104 DCFR). Згідно зі ст. I. 1:109 (4) (d) DCFR повідомлення вважається таким, що доставлене адресату, якщо воно стало доступним адресату у місці і способом щодо яких «від адресата можна розумно очікувати отримання доступу без надзвичайної затримки». Ст. II. – 1:104 (2) DCFR встановлює пов'язаність сторін звичаєм, який би застосовувався до осіб у аналогічній ситуації, що й сторони, за винятком випадків, коли застосування такого звичаю не є розумним.

Окремі положення DCFR свідчать про те, що добросовісність та чесне ведення справ у цьому документі пов'язане із розумністю. Наприклад, ст. I. -1:103 (2) DCFR, порушення добросовісності та чесного ведення справ визначає як дії «що суперечать попереднім заявам або поведінці сторони, якщо інша сторона розумно на них покладалася на шкоду собі».

Як пояснює коментар до DCFR застосування принципу добросовісності та чесного ведення справ спрямоване на запобігання позиції сторони, що є несумісною із її заявами чи поведінкою, на які розумно покладалася інша сторона. Це прямо відображено у положеннях DCFR, які стосуються, наприклад, недійсності відкликання оферти, якщо для адресата оферти було розумно розглядати оферту як безвідкличну; правила про те, що якщо спільний намір сторін щодо тлумачення договору не може бути встановлений, договір повинен розумітися відповідно до значення, яке розумна особа, яка діє у тій же якості що й

сторони, надала б йому у тих же обставинах та ін. Водночас, коментар визнає, що правило про добросовісність повинно розумітися ширше, ніж певні прояви у спеціальних правилах, оскільки добросовісність є загальним принципом, згідно з яким особі, яка «спонукала іншу піддатися зміні позиції на підставі акту, не дозволяється встановлювати недійсність такого акту або вчиняти якість інші дії, внаслідок яких перша сторона не буде пов'язана обов'язком» [140; с.136].

Згідно зі ст. II-1:106 DCFR якщо договір є недійсним лише через його невідповідність певним вимогам щодо форми, одна сторона несе відповідальність за будь-які збитки понесені іншою стороною, яка діяла помилково, але розумно, вірила, що договір є дійсним, якщо перша сторона усупереч добросовісності та чесному веденню справ дозволила іншій стороні продовжувати так діяти.

Слід відзначити, що у філософії існують різні визначення поняття «справедливість». Одне із можливих розумінь полягає у тому, що справедливість є пошуком блага [279; с.12-28]; інше,- що вона являє собою забезпечення прав і свобод [279; с.29-61].

Справедливість визначається як «моральна категорія, що розповсюджується на соціальні та особисті відносини.. Справедливість виступає у якості критерію оцінки права. Це також принцип і ідеал права…Будучи універсальною цінністю, вона виступає також у ролі правової цінності» [409; с.100-101].

У міжнародних уніфікованих актах, призначених для регулювання договірних відносин, спостерігається різний ступінь використання категорії «справедливість». Так, PECL взагалі не містять посилання на неї.

Аналогічної позиції дотримуються Принципи УНІДРУА. Хоча п. 7.1.6. закріплює правило про те, що : «Застереження, яке обмежує чи виключає відповідальність однієї зі сторін за невиконання, або яке дозволяє одній зі сторін здійснити виконання в суттєво відмінний спосіб від того, який інша сторона розумно очікує, не може застосовуватися, якщо воно є значною мірою *несправедливим, зважаючи на мету договору*». Таким чином, «розумне очікування сторони» та «значна несправедливість» застереження є підставою для його незастосування.

Інший підхід спостерігається у DCFR: справедливість є одним із його основних принципів. Характеризуючи справедливість розробники DCFR зазначають, що «її важко визначити, неможливо виміряти, її межі є суб'єктивними, але очевидні випадки несправедливості є загальновизнаними і такими, що викликають загальну відразу» [140; с.66].

На забезпечення справедливості спрямовані норми, які закріплюють вимоги щодо рівного ставлення до сторін договору. Такі вимоги містяться, зокрема, у нормах, що спрямовані проти дискримінації (ст. ст. II. – 2:101 - II. – 2:105, III. – 1:105. DCFR). Прояв цього аспекту справедливості також вбачають у більшості норм, що регулюють договірні зобов'язання, оскільки за ними стоїть не явно виражене припущення про те, що за законом до сторін має бути рівне ставлення, якщо тільки немає поважної причини для протилежного [140; с.67]. Виключенням з цього правила називають різне ставлення до підприємців та споживачів. Проявом рівного ставлення також вважають взаємність виконання двосторонніх зобов'язань. Так, відповідно до ст. III. - 2:104 DCFR: «Якщо порядок виконання взаємних зобов'язань не може бути інакше визначений на підставі умов, що регулюють зобов'язання, то, за умови, що зобов'язання можуть бути виконані одночасно, сторони зобов'язані виконувати їх одночасно, якщо обставини не вказують на інше».

Проявом рівного ставлення вважаються й норми: - що регулюють призупинення зобов'язань, до тих пір поки інша сторона не виконає свого обов'язку (ст. III. - 3:401 DCFR); - що дозволяють одній стороні припинити відносини, якщо є істотне невиконання договору з боку іншої сторони; - що регулюють множинність кредиторів та боржників (ст. III. - 3:502 DCFR). Стандартним правилом тут є те, що солідарні боржники та кредитори поділяють між собою відповідальність або мають право у рівних частинах (ст.ст. III. – 4:106 та III. – 4:204 DCFR) [140; с.67].

Наступним проявом принципу справедливості у DCFR називають норми, які не дозволяють учасникам відносин покладатися на їх незаконну, нечесну, нерозумну поведінку.

До цих норм, зокрема, відносять всі норми, які закріплюють ідею про те, що сторони мають діяти добросовісно з дотриманням вимог чесного ведення справ.

Справедливість виражається й у нормах DCFR, які спрямовані на невикористання неправомірної переваги. Найбільш яскравим проявом цього аспекту справедливості у договірному праві називають норми, що дозволяють стороні у визначених обставинах, відмовитися від договору, якщо сторона була залежною або мала відносини довіри з іншою стороною, була в економічно складному становищі, або мала нагальні потреби, була недалекоглядною, несвідучою, недосвідченою, або їй бракувало навиків ведення переговорів щодо укладення договорів. Важливо, що інша сторона знала або він неї можна було розумно очікувати знання вразливості та використання ситуації першої сторони шляхом отримання надмірної вигоди або надзвичайно несправедливої переваги (ст. II. – 7:207 DCFR) [140; с.68]. Знову ж таки зрозуміло, що це правило також має функцію забезпечення того, щоб сторона, постраждала від такого використання мала можливість звільнитися від договору, укладеного за відсутності справжньої свободи договору.

Принцип справедливості відображається у DCFR й у нормах, які, зокрема, встановлюють, що : - невиконання зобов'язання є виправданим (тобто виконання не може вимагатися і збитки не відшкодовуються), якщо невиконання сталося через перепону поза контролем боржника і від нього не можна було розумно очікувати уникнення чи подолання такої перепони або її наслідків (ст. III. – 3:104); - дозволяють зміну або припинення договірних зобов'язань за рішенням суду, якщо вони стали настільки обтяжливими, в результаті виняткових змін обставин, що було б «явно несправедливим зберігати зобов'язання боржника» (III. – 1:110.); - не можна вимагати реального виконання зобов'язань, якщо це буде необґрунтовано обтяжливим або дорогим для боржника (III – 3: 302); - встановлена оплата за невиконання може бути знижена до розумного розміру, якщо вона є «надмірно високою» за даних обставин (III. – 3:712 (2)).

Водночас, розробники наголошують на тому, що цей аспект справедливості повинен бути строго обмеженим. DCFR не містить ідеї про те, що договори можуть бути оспорені у зв'язку із тим, що у когось можуть виникати збитки [140; с.69]. Ця думка підтверджується ст. II. - 9:407(2) DCFR відповідно до якої: «Умови договору не піддаються перевірці на несправедливість згідно з цим розділом якщо вони засновані на: (A) положеннях застосовуваного права; (Б) міжнародних конвенціях, учасниками яких є держави-члени, або Європейський Союз , або (С) цих правилах. (2) якщо умови договору складені простою та

зрозумілою мовою, перевірка несправедливості не поширюється ні на визначення предмета договору, ні адекватності ціни, що підлягає виплаті».

Принцип справедливості відображений й у нормах, які спрямовані на «захист вразливого», наприклад, нормах, призначених для захисту споживачів, нормах, що регулюють маркетинг та переддоговірні зобов'язання в Книзі II, Глава 3, право відмови у Книзі II, глава 5, несправедливі умови договору в Книзі II, глава 9, розділ 4, а також нормах Книги IV, що регулює окремі види договорів [140; с.69-70].

Таким чином, на перший погляд, справедливість у DCFR є поняттям ширшим, ніж добросовісність. Однак, при більш уважному дослідженні його норм зрозуміло, що за правилами, що регулюють «захист вразливого», забороняють встановлення надзвичайно високих вимог, використання неправомірної переваги, закріплюють вимогу рівного ставлення, також стоїть принцип добросовісності та чесного ведення справ.

Загальнозрозумілим є те, що «розумність» характеризує інтелектуальні властивості людини, «добросовісність» - моральні, «справедливість» - розуміння того «як має бути» з точки зору співвідношення прав та обов’язків різних осіб, функцій, які вони виконують, розподілу благ між ними.

Водночас, не можливо не помітити того, що у праві часто використовується поєднання цих категорій, а також визначення одних із них через інші.

На наш погляд, це обумовлюється головним завданням права - забезпечувати баланс інтересів особистості і суспільства, а також реалізацію можливостей кожного, оскільки це не заподіює шкоди іншим.

Оцінювання дій (бездіяльності) осіб, а також явищ лише з інтелектуальних позицій, може призвести до порушення прав та законних інтересів інших осіб. Водночас ми не підтримуємо точку зору про те, що категорія «розумності» зовсім не повинна використовуватися у праві, оскільки вона дозволяє встановити частину об’єктивних стандартів до поведінки учасників правовідносин, зокрема, вимог щодо турботливості, обачливості, вчинення дій, спрямованих на зменшення негативних наслідків.

Характеристика правовідносин лише з точки зору моральних критеріїв, як правило, залишає багато відкритих питань, зокрема, щодо їх змісту.

Розумність, добросовісність та справедливість як правові категорії взаємно впливають одна на одну. Так, розумність обмежується добросовісністю, що означає, що інтелектуальні міркування учасника правовідносин не повинні призводити до дій чи бездіяльності, які наносять шкоду іншим особам.

Добросовісність часто визначається через стандарт розумності, тому що у багатьох випадках неможливо встановити, чим насправді керувалася певна особа, вчиняючи так чи інакше. Відтак правозастосовчі органи вимушені досліджувати, як би вчинили інші особи, перебуваючи у подібних обставинах, маючи аналогічний досвід, діючи обачливо та турботливо.

Справедливість є метою права і мірилом застосування усіх правових важелів, включаючи правові принципи. Вона є зовнішньою оцінкою добросовісності та зовнішнім обмежувачем розумності.

Слід відзначити, що більшість міжнародних уніфікованих документів, присвячених регулюванню міжнародних приватних зобов'язань, використовують принцип добросовісності. У цьому контексті перш за все варто згадати КМКП. При цьому не існує єдиної точки зору про роль добросовісності у уьому документі. У спрощеному вигляді всі підходи можна поділити на дві групи. Прибічники першого з них вважають, що добросовісність може бути використана лише як інструмент тлумачення Конвенції. При цьому вони виходять з буквального тлумачення ст. 7 (1)[132] Конвенції (єдиної норми Конвенції, яка вживає термін «добросовісність»), а також з підготовчих матеріалів Конвенції.

Прибічники другого підходу вважають, що принцип добросовісності є не лише принципом тлумачення Конвенції, але й виконує інші функції [538]. Зокрема, є одним із загальних принципів про які йдеться у ст. 7 (2) Конвенції, а також принципом, що регулює поведінку сторін договору.

При цьому варто наголосити на тому, що Збірник прецедентного права ЮНСІТРАЛ зазначає, що добросовісність є : 1) одним із критеріїв, які варто враховувати при

[132] Ст. 7 (1) КМКП встановлює, що: «При тлумаченні цієї Конвенції слід враховувати її міжнародний характер і необхідність сприяти досягненню її однакового застосування та дотримання добросовісності у міжнародній торгівлі» [6].

тлумаченні положень Конвенції; *2)* одним із загальних принципів, на яких вона заснована, і яким, відтак, слід керуватися при вирішенні питань, що відносяться до предмету її регулювання, але прямо в ній не вирішені; 3) лежить в основі інших норм Конвенції, зокрема, ст. ст. 16 (2) (b), 21 (2), 29 (2), 37, 40, 47 (2), 64 (2), 82,85, 88, хоча буквально в них не виражена [623; с.43].

Широке використання принципу добросовісності та чесного ведення справ у КМКП сприяє висновку про те, що він є обов'язком якого повинні дотримуватися сторони договору [490].

На думку Т.Келі, обов'язок діяти добросовісно випливає із норм, які оперують такими поняттями як розумність та чесність [490].[133] Під час розробки Конвенції, зокрема дебатів щодо ст. 7, деякі делегати стверджували, що не було необхідності згадувати добросовісність у Конвенції, оскільки вона є неявною вимогою до будь-якої комерційної діяльності. При цьому вони посилалися на ст. 9 КМКП, яка встановлює, що джерелом зобов'язань сторін є звичаї та практика, яку вони встановили у своїх відносинах. У юридичній літературі висловлювалася точка зору про те, що сторони можуть встановити практику добросовісності та чесного ведення справ у відносинах між собою [538]. Звичаї також можуть запроваджувати вимогу дотримання добросовісності. Навіть якщо не існує торгового звичаю, який би позитивно вимагав дотримання добросовісності, звичаї можуть допомогти визначити, яка поведінка буде вважатися неприйнятною [538].

Добросовісність вважається однією із передумов реалізації прав та способів захисту, передбачених КМКП. Так, наприклад, стороні не може бути дозволено відмовитися від реального виконання іншої сторони (ст.ст. 46, 62) або розірвати договір (ст.ст. 49, 64), якщо змінилася ситуація на ринку і використання цих способів захисту дозволять їй спекулювати за рахунок інших [538].

[133] Ст. 16 (2) (b) КМКП використовує поняття «розумно розглядати»; ст.ст. 18(2), 33(c), 39(1), 43(1), 46(2), 46(3), 47(1), 48(2), 49(2), 63(1), 64(2)(b), 65(1), 65(2), 73(2), 75, 79(4) – «розумний строк»; ст.ст. 34, 37, 86(2) – «нерозумні незручності та витрати»; ст. 88(1) – «нерозумна затримка»; ст. 76(2) – «розумна заміна»; ст. 75 – «розумним чином»; ст. 79 (1) – «розумні очікування»; ст. ст. 85, 88 (2) – «розумні заходи»; ст. 25 – «розумна особа» і т.д

Добросовісність є підгурнтям для висновку про те, способи захисту, на які має право постраждала сторона договору міжнародної купівлі-продажу, не повинні надавати їй надзвичайної переваги[134].

Застосування принципу добросовісності, на якому заснована КМКП, призвело Верховний суд ФРН до встановлення обов'язку сторін співпрацьовувати одна з одною та обмінюватися інформацією, необхідною для виконання зобов'язань [586].

Добросовісність не може бути джерелом виникнення прав та обов'язків сторін, які суперечать КМКП або є ширшими, ніж передбачені нею. Найчастіше питання щодо цього виникає під час визначення допустимості використання як передбачених національним законодавством способів захисту так і тих, що встановлені КМКП. Сторони договору купівлі-продажу можуть скористатися цими засобами тією мірою, якщо Конвенція прямо чи непрямо не встановлює певних прав та обов'язків. Іншими словами загальне правило полягає у тому, що національні способи захисту не повинні застосовуватися одночасно з тими, що передбачені Конвенцією, якщо вони стосуються обов'язків продавця, зокрема, якості товарів. Однак, якщо порушується загальний обов'язок виявляти турботу під час укладення договору і інша сторона тим самим зазнає шкоди, збитки можуть відшкодовуватися на підставі інституту culpa in contrahendo. Деліктна відповідальність не охоплюється сферою дії Конвенції, а відтак, може застосовуватися національне законодавство. Однак, відповідальність продавця за неякісні товари, включаючи непрямі збитки, а також обсяг прав покупця регулюються виключно Конвенцією [538].

Як зазначає П. Шлехтрайм, обов'язок сторін діяти добросовісно по відношенню до контракту, є загальновизнаним принципом у практиці застосування КМКП та доктрині [532; с.52] (не зважаючи на те, що розробники не могли домовитися включити таку вимогу до ст. 7 (1) Конвенції).[135]

Керівні принципи розглядають добросовісність та чесне ведення справ у декількох вимірах: 1) як загальний обов'язок сторін договору (ст. 0-301); 2) як принцип виконання

[134] Такий підхід, зокрема, відображений у одному із рішень Міжнародного арбітражного суду МТП [593].

[135] Про історію створення Конвенції див. наприклад, [538].

договірних зобов'язань (ст. 0-302); 3) як обов'язок співпрацьовувати (ст. 0-303); 4) як обов'язок діяти узгоджено (ст. 0-304).

Добросовісність є фундаментальною ідеєю Принципів УНІДРУА [180; с.19], яка виявляється як на рівні загального загального обов'язку сторін діяти відповідно до добросовісності та чесного ведення справ (ст. 1.7.), так і у спеціальних нормах, що встановлюють окремі права та обов'язки сторін договірного правовідношення.[136]

У PECL добросовісність та чесне ведення справ виступає перш обмеженням принципу свободи договору. Так, відповідно до ст. 1:102 PECL сторони є вільними вступати у договір і визначати його зміст, дотримуючись вимог добросовісності та чесного ведення справ, а також імперативних норм, встановлених цими Принципами. Таким чином добросовісність розглядається «як третій сегмент договірного трикутника» разом із принципами свободи договору та правової визначеності [545; с.22]. При цьому коментар до ст. 1:102 PECL іменує добросовісність та чесне ведення справ «принципом» [502; с.99].

У ст. 1:201 PECL добросовісність та чесне ведення справ розуміється як один із загальних обов'язків,[137] дотримання якого вимагається під час укладення, виконання договору, а також реалізації прав договірної сторони [502; с.114].

Ст. 1:102 та 1:201 PECL стали підставою для висновку, що добросовісність та чесне ведення справ покликані забезпечувати «дотримання стандартів порядності, чесності та розумності, навіть якщо у PECL не було конкретного положення, застосування якого могла б обумовити добросовісність» [483; с.32].

Слід відзначити, що такий підхід до розуміння добросовісності у PECL є дискусійним доктрині.

Одна із точок зору полягає у тому, що «редакція ст. 1:102 PECL дозволяє сприймати добросовісність та чесне ведення справ як всеохоплюючий механізм контролю. Тому вона повинна бути переглянута, щоб було зрозуміло, що це не так… має бути ясно, що цей

[136] Функції добросовісності у Принципах УНІДРУА досить повно досліджені в українській доктрині А.В. Смітюхом. [391; с.89-103].
[137] Іншим загальним обов'язком є обов'язок співпрацювати, встановлений ст. 1:102 PECL.

принцип просто виключає нерозумний тест шляхом прийняття іншого тесту, за допомогою якого можна судити про речі, які повинні бути розумними» [437; с.218].

Інші автори заперечують таку позицію, оскільки її прийняття «одним розчерком пера» усуне те, що стало основою для прецедентного приватного права. Крім того, історія прийняття концепції добросовісності практично в усіх державах-членах ЄС (за виключенням країн загального права) показує, що суди у будь-якому випадку не будуть обмежуватися конкретними умовами про добросовісність, а будуть здійснювати те, що вони вважають своїм завданням під час застосування абстрактних правил для конкретних випадків: тлумачити, доповнювати та коректувати абстрактні правила так як, на їх погляд, цього вимагає справедливість у конкретній справі [482; с.32].

У DCFR є загальна умова про добросовісність [482; с.31]. Добросовісність названа однією із складових принципу безпеки, що є одним з чотирьох основних принципів DCFR.

Слід звернути увагу на те, що DCFR розрізняє терміни «добросовісність» («good faith») та «добросовісність та чесне ведення справ» («good faith and fair dealing»). Перший термін визначається як суб' єктивне розумове ставлення, що характеризується чесністю та відсутністю знань про те, що очевидна ситуація не є правдивою [140; с.4784].

Прикладом такого ставлення коментар наводить «розумно очікувані згідно з обставинами повноваження» («apparent authority»), коли у представника виникають повноваження впливати на правовідношення за участю принципала, якщо поведінка останнього переконує третю особу добросовісно вірити у те, що представник має відповідне повноваження [140; с.136].

Термін «добросовісність та чесне ведення справ» розкривається у ст. I.-1:103 DCFR. Частина 1 цієї статті визнає його як : «стандарт поведінки, яка характеризується чесністю, відкритістю та увагою до інтересів іншої сторони певного правочину чи відношення» Особливістю DCFR є те, що у ньому детально розкривається значення терміну «поведінка» як «добровільна поведінка будь-якого виду, словесна або несловесна; така, що включає одиночну дію або серію дій, поведінку негативного або пасивного характеру (така як

прийняття чогось без протесту або не вчинення якихось дій), а також поведінку постійного та переривчастого характеру (наприклад, контроль за чимось)» [140; с.4780].

Як пояснює коментар, термін «чесність» вживається у його звичайному значенні. Обман завжди суперечить добросовісності та чесному веденню справ. «Відкритість» визначає прозорість поведінки особи. «Увага до інтересів іншої сторони» не вимагає, щоб особа віддавала перевагу інтересам іншої. Однак, добросовісність вимагає від сторони правовідношення не вчиняти дій просто від злості. Особа, зокрема, не повинна мати права використовувати спосіб захисту, від якого нікому не буде користі і єдиною метою якого є нанесення шкоди іншій стороні правовідношення. Зміст «уваги до інтересів іншої сторони» буде визначатися в залежності від обставин, у тому числі правової природи договору. У багатьох комерційних договорах права та обов'язки сторін детально врегульовані, так що за нормальоного розвитку подій міркування добросовісності та чесного ведення справ залишатимуться лише фоном [140; с.136].

Стаття III.- 1:103 DCFR встановлює загальний обов'язок діяти згідно із вимогами добросовісності та чесного ведення справ: «(1) Особа має обов'язок діяти відповідно до добросовісності та чесного ведення справ виконуючи зобов'язання, реалізуючи право на виконання, використовуючи способи захисту від невиконання, або реалізуючи право припинення зобов'язання або договірного відношення. (2) Цей обов'язок не може бути виключений або обмежений договором чи іншим юридичним актом. (3) Порушення цього обов'язку безпосередньо не є підставою для застосування засобів правового захисту за невиконання зобов'язання, але може перешкоджати особі-порушнику в реалізації права, засобу правового захисту, які в іншому випадку він міг би реалізувати».

Таким чином, на відміну від 1:102 PECL, яка встановлює загальний обов'язок дотримуватися вимог добросовісності та чесного ведення справ, ст. III.- 1:103 (1) DCFR визначає певні етапи договірних відносин, в ході яких повинен дотримуватися цей принцип.

Як пояснює коментар до цієї статті, вона встановлює «обов'язок»[138] («duty»), а не зобов'язання[139] («obligation»), оскільки те, що очікується від сторін має розпливчасту, додаткову та всепроникаючу природу, а також у зв'язку із тим, що звичайні способи захисту, які застосовуються у випадку невиконання зобов'язання згідно зі ст. III.- 1:103 (3) DCFR, безпосередньо недоступні – хоча вони можуть надаватися, якщо принцип добросовісності та чесного ведення справ дає початок договірній умові «що мається на увазі».

Формулювання ст. III.- 1:103 (3) DCFR називають певною поступкою загальному праву, оскільки з одного боку принцип добросовісності включений до тексту DCFR, але з іншого боку його роль – обмежена.

Слід відзначити, що такий підхід критикується у доктрині. Так, окремі автори бачать у ст. III.- 1:103 (3) DCFR спробу обмежити суддів розвивати нові обов'язки [482; с.32].

Детальні правила застосування вимог добросовісності та чесного ведення справ містяться у спеціальних положеннях, зокрема, тих, що стосуються, обов'язку сторони не вести переговорів без справжнього наміру досягти згоди з іншою стороною (ст. II.-3:301 (4) DCFR); не розголошувати конфіденційної інформації, отриманої від іншої сторони під час переговорів (ст. II.-3:302 (1) DCFR); не експлуатувати несправедливо залежність або слабкість іншої сторони (ст. II.-7:207 DCFR). Добросовісність і чесне ведення справ є також основою для права боржника на виправлення неналежного виконання (ст.ст. III – 3:201-III:205 DCFR) та для його права відмовитися від виконання, якщо це спричинить нерозумні зусилля та витрати (наприклад, ст. III. -3:301 (2) (b), ст. III. 3:302 (3) (b) DCFR) вимог про зменшення кредитором наскільки це можливо будь-яких втрат, які виникнуть в результаті невиконання боржника, тим самим зменшуючи суму збитків (ст.ст., III.-3:302 (5) III. - 3:705 DCFR) [140; с.705].

[138] Додаток до DCFR, пояснючи термін "Обов'язок», зазначає, що: «Особа має «обов'язок» щось зробити, якщо вона зобов'язується це зробити або від неї очікується, що вона це зробить відповідно до застосовуваного нормативного стандарту поведінки. Обов'язок може стосуватися або не стосуватися конкретного кредитора. Обов'язок не обов'язково є елементом правовідношення. За порушення обов'язку не обов'язково існує санкція. Всі зобов'язання є обов'язками, але не всі обов'язки є зобов'язаннями» [140; с.4783].

[139] Поняття «зобов'язання» визначається ст. III.-1:102 (1) DCFR як обов'язок виконати те, що одна сторона правовідносин, боржник, винна іншій стороні кредитору [140; с.699].

Не зважаючи на те, що ст. III.- 1:103 (2) DCFR встановлює, що обов'язок дотримуватися добросовісності та чесного ведення справ не може бути виключений договором чи іншим юридичним актом, коментар робить застереження про те, що положення DCFR самі по собі не можуть бути імперативними. Це правило було включено як вказівка на те, що від будь-якого законодавця очікується що він зробить вимоги добросовісності та чесного ведення справ імперативним. Однак, коментар допускає, що види поведінки, які відповідають добросовісності та чесному веденню справ до деякої міри можуть залежати від того, про що сторони домовилися у договорі. Наприклад, сторони можуть домовитися, що навіть технічне порушення однієї сторони надасть право іншій стороні відмовитися від виконання, якщо представники сторони можуть встановити технічне порушення.

Також слід відзначити те, що на відміну від *Керівних Принципів*, DCFR не включає до обов'язку діяти добросовісно та згідно з вимогами чесного ведення справ обов'язку співпрацьовувати, а розглядає його окремо (ст. III.- 1:104). При цьому варто звернути увагу на те, що на відміну від «добросовісності та чесного ведення справ», вимога співпрацьовувати розглядається у DCFR не як обов'язок, а як зобов'язання. Як наслідок, в результаті його порушення, у потерпілої сторони виникає право на використання способів захисту, що використовуються у випадку порушення зобов'язань [140; с.713].

Як зазначає М. Хезелінк, більшість юристів правових систем, у яких добросовісність відіграє важливу роль, погоджуються із тим, що відмінності у теоретичних концепціях добросовісності істотної ролі не відіграють. Натомість важливим є те, як добросовісність застосовується судами. Таким чином, найкращий спосіб пізнати добросовісність – дослідити її в дії [486; с.623].

Добросовісність може мати суб'єктивний характер, а також об'єктивний вираз. Суб'єктивна добросовісність, як правило, визначається, як стан розуму, за якого особа не знає і не повинна знати про певний факт чи подію. У об'єктивному значенні добросовісність розглядається як правило поведінки сторони договору [486; с.619-620].

Більшість сучасних дослідників вважають, що добросовісність може виражатися як об'єктивно так і суб'єктивно [486; с.619], [357; с.69-70], хоча є автори, які вважають, їй притаманний лише один із проявів[140].

Не можна погодитися із думкою про те, що добросовісність в об'єктивному розумінні є джерелом «останньої черги» і «сукупністю прийнятих і заохочуваних у суспільстві правил поведінки, які не доросли за своєю силою до джерел права» [351; с.9].

Ми підтримуємо точку зору про те, що добросовісність має як суб'єктивну так і об'єктивну сторони, що обумовлюється тим, що вона є одночасно моральною цінністю та правовою категорією. Суб'єктивна сторона добросовісності полягає у внутрішній оцінці людиною своїх дій чи бездіяльності; об'єктивна - у :1) вчиненні дій чи бездіяльності; 2) закріпленні вимог щодо добросовісності у договорах та правових нормах; 3) правил застосування принципу добросовісності, розроблених судовою практикою, доктриною.

Застосування принципу добросовісності означає, що суд визначає, чого вимагає добросовісність у конкретному випадку. Водночас, проф. Хезелінк наголошує на тому, що судді повинні визначати ознаки добросовісності наскільки можливо об'єктивно. Тому у багатьох правових системах розроблені методи об'єктивації добросовісності.

При цьому прийнято виділяти методи об'єктивації, закріплені законодавчо та запропоновані правової доктриною [545; с.12].

У якості прикладів нормативних актів, як містять правила об'єктивації добросовісності, наводять норми ЄТК США та ЦК Нідерландів [545;19]. Наприклад, у ст. 3:12 ЦК Нідерландів встановлює, що «Визначаючи чого вимагають розумність та справедливість, необхідно керуватися загально визнаними принципами права, сучасними юридичними поглядами у Нідерландах та конкретними соціальними та приватними інтересами» [106]. Ст. 2-103 ЄТК США пояснює, що добросовісність стосовно підприємця

[140] Так, наприклад, С.А. Краснова вважає, що добросовісність у російському цивільному праві – це поняття, яке характеризує суб'єктивну сторону поведінки учасників цивільних правовідносин, наявність якої у передбачених законом випадках дозволяє суб'єкту безперешкодно здійснювати свої права і вимагати виконання обов'язку, а її відсутність (недобросовісність) тягне несприятливі матеріально-правові наслідки [310; с.67].

означає фактичну чесність та дотримання розумних комерційних критеріїв чесного ведення справ у торгівлі [181].

Преамбула Директиви № 93/13/ЄСС встановила певні обставини, які слід брати до уваги, оцінюючи добросовісність: силу позицій сторін на переговорах; наявність у споживача стимулу погодитися на умову; чи були товари продані або послуги, надані споживачеві за спеціальним замовленням. Крім того, вимога добросовісності може бути виконана продавцем або постачальником, якщо він справедливо і неупереджено веде справу з іншою стороною, чиї законні інтереси він повинен враховувати [87].

Серед доктринальних розробок щодо об'єктивації добросовісності називають, перш-за все, методи, запропоновані німецькими вченими. Загальновизнаний метод раціоналізації, запропонований цією правою системою, полягає у розмежуванні функцій та групуванні справ, у яких застосовувався принцип добросовісності. М. Хезелінк називає цей спосіб «конкретизацією добросовісності». В результаті була створена система спеціальних обов'язків, заборон та доктрин, які складають зміст добросовісності. Стверджують, що судові рішення, прийняті на підставі § 242 НЦУ, є передбачуваними та раціональними [486; с.624].

На підставі §242 НЦУ німецькі суди розвинули правила про те, що: - зміна обставин, яка робить виконання договору занадто обтяжливим для однієї сторони, може призвести до зміни чи припинення її договірних зобов'язань; - право сторони може бути обмежене чи втрачене, якщо його реалізація призведе до зловживання правом; - договірні триваючі зобов'язання можуть бути припинені з вагомих причин, навіть якщо таке припинення не передбачене законодавчими чи договірними положеннями. Використання цього принципу дозволило створити низку обов'язків, що забезпечують добросовісне виконання договору, наприклад, обов'язок сторін щодо співпраці, захисту інтересів один одного, надання інформації [502; с.117].

При цьому часто наголошується на тому, що така конкретизація не повинна призводити до скам'яніння добросовісності, тобто до виникнення обмеженого переліку чітко визначених правил. «Більш важливим є те, щоб добросовісність залишилася

відкритою нормою для того, щоб вона могла робити право гнучкішим. Внутрішня система добросовісності не повинна перетворитися на гамівну сорочку» [486; с.624].

М. Хезелінк також наголошує на тому, що процес конкретизації не повинен бути повністю ідентичним в усіх країнах. В той час, коли у Німеччині і Нідерландах правова доктрина реагує на судові рішення та намагається їх згрупувати (тобто застосовується індуктивний підхід), французька та італійська правові доктрини слідують дедуктивному підходу, досліджуючи теоретично зміст обов'язку чи стандарту добросовісності, будуючи, таким чином, систему підправил. За такого підходу судові рішення враховуються на останніх стадіях дослідження, при цьому італійські автори значною мірою посилаються на досягнення німецьких судів та правової доктрини [486; с.624].

Інший підхід до раціоналізації добросовісності запропонований Р.С. Самерсом (R.S.Summers) отримав назву «Доктрина виключень» («Excluder theory»). Р.С. Самерс створив перелік проявів поведінки, які повинні виключатися згідно із добросовісністю. Наприклад, відсутність турботливості, зловживання владою та ін. [545; с.10]. Такий підхід отримав схвалення, зокрема, коментарі до пар. 205 Другого зводу договірного права. Зокрема, згідно з коментарем «Для добросовісного виконання договору особливе значення має вірність узгодженій спільній меті та відповідність виправданим очікуванням іншої сторони; добросовісність виключає типи поведінки, які охоплюються поняттям «недобросовісність», оскільки вони порушують суспільні стандарти пристойності, справедливості або розумності [164].

Таким чином, застосування принципу добросовісності можливе завдяки створенню системи правил, розроблених, як правило, доктриною, судовою практикою, що сприяють «об'єктивації» добросовісності, тобто створенню спеціальних обов'язків, заборон та доктрин, які складають зміст добросовісності.

Питання про способи застосування принципу добросовісності тісно пов'язане з питанням функціонального призначення цього принципу. Більшість систем виокремлюють функції добросовісності. На думку А.А. Жгульова основною функцією принципу добросовісності є забезпечення загальної справедливості у правовідносинах. Тому

добросовісним виконанням зобов'язання він вважає таке, яке відповідає принципу справедливості [261; с.27].

Л.І. Петражицький виділяв функції добросовісності в залежності від сфери, у якій вона застосовується. Так, для забезпечення фактичного перерозподілу норми права про bona fides виконують функцію пом'якшення неможливості передбачити загрозливий розподіл викликаний непідготовленістю до раптової зміни status quo. У сфері обігу господарських благ система норм про bona fides полегшує збут і набуття об'єктів, усуваючи на стороні попиту сумніви стосовно юридичного успіху правочину [359; с.353].

У Німеччині функції добросовісності, обов'язок дотримання якої був встановлений § 242 НЦУ, були виділені В. Зібертом (W. Siebert): 1) доповнення обов'язків; 2) обмеження прав; 3) Wegfall der Geschäftsgrundlage (відпадіння підстави правочину). Крім цих функцій добросовісність використовується з метою тлумачення, яке здійснюється на підставі § 157 НЦУ. Цей поділ підтримується більшістю авторів. Хоча деякі автори інакше визначають одну або більше функцій, а інші поділяють першу функцію на дві функції.

Німецький вчений Ф. Вікер (F. Wieacker) у лекціїї, опублікованій у 1956 році, зробив спробу визначити теоретичний статус § 242 НЦУ. Ця лекція іменується теоретичною основою трихотомії Зіберта. Вікер уподібнив функції добросовісності тим, функціям, які були визначені римським юристом Папіаном як функції преторського права. На підставі висловлювання Папіана про те, що «Преторське право –це право, яке ввели претори для сприяння цивільному праву чи для його доповнення або виправлення заради загального блага» [219; с.173], Ф. Вікер зазначив, що § 242 НЦУ так само повинна заповнювати та корегувати цивільне право. На думку Вікера, добросовісність, так само як і в преторському праві, має три функції: конкретизувати, доповнювати та виправляти закон [483].

Виділяють наступні наслідки виконання цих функцій: 1) сприяння реалізації цінностей, закладених у договорі або законі (зокрема, обов'язку турбуватися про майно іншої сторони, її законних правах та інтересах та інших обов'язків, що складають належну поведінку); 2) заборона зловживання правом, тобто заборона суперечливої поведінки (наприклад, пред'явлення вимог, що випливають із власних дій, які суперечать закону чи

звичаю), заборона отримання договірною стороною надлишку (коли незначне порушення тягне за собою істотні наслідки); 3) корегування судами, встановлених законом та договорам прав [192; с.77].

Аналіз рішень Верховного суду Німеччини став підставою для висновку Н.А. Амірової, під час визначення вимог добросовісності необхідно: 1) розглядати існуючі звичаї; 2) враховувати інтереси сторін відповідно до обставин конкретної справи, у т.ч. інтенсивність та тривалість відносин. Важливим також є те, що у випадку порушення принципу добросовісності за німецьким правом не вимагається встановлення вини [192; с.77-78].

В результаті у ФРН суди на підставі §242 НЦУ розвинули правила про те, що: - зміна обставин, яка робить виконання договору занадто обтяжливим для однієї сторони, може призвести до зміни чи припинення її договірних зобов'язань; - право сторони може бути обмежене чи втрачене, якщо його реалізація призведе до зловживання правом; - договірні триваючі зобов'язання можуть бути припинені; - сторони зобов'язані співпрацьовувати, захищати інтереси одна одної, надавати інформацію [502; с.117].

Італійські вчені розрізняють доповнюючу та оціночну функції добросовісності. Однак, не всі науковці дотримуються такої точки зору. Зокрема, дебати точаться між вченими які визнають лише оціночну функцію добросовісності та тими, хто вважає, що вона має лише доповнюючу функцію. Однак, на сучасному етапі обидві функції були визнані італійською судовою практикою [486; с.624]. Також, на нормативному рівні ст. 1366 ЦК Італії передбачає, що договір повинен тлумачитися добросовісно[70].

У Нідерландах добросовісність має доповнюючи, обмежуючу функції та функцію тлумачення. До прийняття ЦК 1992 року, обмежуюча функція була предметом жвавої дискусії. Деякі автори підтримували широку концепцію добросовісного тлумачення, вважаючи при цьому обмежувальну функцію зайвою. Інші висловлювалися за необхідність окремої обмежувальної або корегувальної функції. Верховний суд прийняв останню точку зору так само як законодавець, прийнявши новий ЦК (ст.ст. 6:2, 6:248 ЦК Нідерландів).

У бельгійському праві добросовісність має аналогічні функції. Разом із тим, іноді виділяється четверта функція, яка полягає у тому, що добросовісність за певних обставин може дозволити суду змінити зміст договору. Проте, більшість авторів та суди не підтримують цієї точки зору [486; с.626].

Таким чином, у більшості правових систем добросовісність відіграє три функції. Всередині кожної із них є певні розбіжності щодо визначень кожної із функцій. Але в цілому в Європі, як правило, кожна із функцій відповідає одній із функцій, визначених Папіаном: 1) конкретизації (інтерпритації); 2) доповнення (встановлення додаткових обов'язків, наприклад, обов'язків співпрацювати, інформувати; 3) корекції (обмеження) (яка виявляється, наприклад, у забороні зловживати правами) [486; с.627].

В українській цивілістичній доктрині функції добросовісності визначаються схожим чином [357; с.13].

Водночас, на думку М. Хезелінка, те, що зазвичай визначається як функції добросовісності насправді є нормальним завданням судді [486; с.638].

Таким чином, аналіз функцій добросовісності у сучасній правовій доктрині дає підстави для висновку, що даний правовий принцип використовується з метою тлумачення джерел, що регулюють права та обов'язки сторін договору; є підставою для виникнення певних обов'язків у тому числі обов'язків утримуватися від певних дій.

Досліджуючи застосування принципу добросовісності, неможливо обійти увагою питання щодо розуміння «недобросовісності».

Буквальне тлумачення цього поняття призводить до висновку, що «недобросовісність» є явищем протилежним поняттю «добросовісність». Така точка зору підтримується й у юридичній літературі. Так, наприклад, С. Ю. Бурлаков, зазначає, що «поняття «недобросовісність» є негативним стосовно поняття «добросовісність» [223].

Інша позиція полягає у тому, що добросовісність та чесна ділова практика вимагають більшого, ніж відсутність недобросовісності, зокрема, певної позитивної поведінки сторін: дотримання ними обов'язку співпрацювати. [544; с.143].

В законодавстві України поряд із терміном «недобросовісний» використовується термін «нечесний». Так, наприклад, ст. 19 ЗУ «Про захист прав споживачів» [24] забороняє нечесну підприємницьку практику. Аналіз положень цієї статті дозволяє зробити висновок, що усі прояви «нечесної підприємницької практики», перелічені у ній, є різновидами недобросовісної поведінки[141].

У доктрині існують різні погляди на недобросовісність. Перша точка зору полягає у тому, що недобросовісність характеризує суб'єктивну сторону поведінки особи. Так, наприклад, на думку А.В. Волкова до недобросовісних відносять «дії суб'єктів, які знали (могли або повинні були знати) реальні обставини справи, але навмисно реалізовували свої права, прикриваючись їх зовнішньою законністю. Конструкція «повинен був знати» покликана усунути посилання на фактичне незнання суб'єкта про певні обставини на 100% і якщо він не знав, то це лише утворює його вину у формі грубої недбалості. «Міг знати» означає м'якшу вину (просту недбалість), яка не вимагає фактичного знання, а достатньо більшої вірогідності такого знання, виходячи із фактичних обставин справи, а також вимог обачливості, турботливості, розумності» [230; с.141]. Таким чином, недобросовісність ототожнюється із поняттям винуватості.

Схожу позицію займає А.М. Канелас, який ототожнює грубу недбалість та недобросовісність [447].

На винуватий характер недобросовісності звертається увага й у Коментарі до ст. 2.1.15 (3) Принципів УНІДРУА,[142] який, зокрема, до недобросовісних відносить переговори під час яких одна із сторін навмисно або з необережності вводить в оману іншу сторону щодо характеру або умов запропонованого договору, що може виявлятися у викривленні або

[141] Одним із проявів нечесної підприємницької практики є «утворення, експлуатація або сприяння розвитку пірамідальних схем» (ст. 19 (3) (7) ЗУ «Про захист прав споживачів». Ознаки пірамідальної схеми визначені у Правовому висновку ВСУ. До них, зокрема, належать: а) здійснення сплати за можливість одержання учасником компенсації; б) компенсація надається за рахунок залучення учасником інших споживачів схеми; в) відсутність продажу або споживання товару» [569].

[142] Дана норма характеризує недобросовісність переговорів як вступ стороною у них чи їх продовження за відсутності наміру досягти угоди з іншою стороною.

нерозкритті фактів, які з урахуванням якості сторін або природи договору, повинні бути розкриті [180; с.60].

Суб'єктивна природа недобросовісності підкреслюється й у Постанові Пленуму ВСУ [567], яка, зокрема, встановлює, що про недобросовісність набувача може свідчити те, що набувач *знав чи міг знати* про наявність перешкод до вчинення правочину, в тому числі й те, що продавець не мав права відчужувати це майно.

Дещо іншу позицію займає А.А. Ізберг, який вважає, що недобросовісність характеризує суб'єктивну сторону поведінки особи, однак, при цьому він проводить відмежування між недобросовісністю та винуватістю [272]. На його думку, недобросовісність являє собою психічне ставлення особи до протиправного характеру своїх дій, коли особа усвідомлює їх протиправний характер і відсутність правових підстав для настання їх наслідків. Недобросовісність має місце не лише у тому випадку, коли особа усвідомлює протиправність своєї поведінки, але й тоді, коли вона не усвідомлює цього, хоча повинна усвідомлювати. На відміну від недобросовісності вина є психічним ставленням особи до шкоди, яка заподіюється суспільству чи конкретним особам в результаті її дій [272].

Інша точка зору полягає у тому, що недобросовісність має об'єктивне вираження та є однією із форм протиправної поведінки.

Зокрема, такий підхід до розуміння недобросовісності закріплений у ст. 1 ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції» [23], яка недобросовісною конкуренцією іменує будь-які дії у конкуренції, що суперечать торговим чи іншим чесним звичаям у господарській діяльності.

Цікавою є позиція Т.В. Дерюгіної, яка вважає, що недобросовісність розуміється як об'єктивна сторона поведінки учасників правовідносин. Однак об'єктивність у даному разі полягає не у порушенні норм законодавства, договору, звичаїв, у тому, що вона може бути виражена лише у діях. Для визначення недобросовісності поведінки найбільш важливою є її мета [246; с.173].

Коментар до Другого зводу договірного права США зазначає, що « недобросовісність може бути очевидною або полягати у бездіяльності…Визначення повного переліку проявів недобросовісності є неможливим, але судовою практикою до них були віднесені наступні: ухилення від духу правочину, відсутність турботливості, умисне здійснення неякісного виконання, зловживання можливістю визначати умови, створення перешкод або відмова від співпраці з іншою стороною під час реалізації нею виконання» [164].

Стаття 10 (1) ЦК РФ розглядає завідомо недобросовісне здійснення цивільних прав як одну із форм зловживання правом. Застосовуючи цю статтю, ВАС РФ кваліфікував як зловживання правом вимогу позичальника за договором кредиту про визнання кредитного договору недійсним через недоліки форми, у зв'язку із тим, що неналежне оформлення договору було викликано недобросовісними діями позичальника, що отримав і прийняв виконання від кредитора, але не виконав своїх зобов'язань із повернення кредиту та сплати відсотків [566].

Стаття 5 (2) Директиви 2005/29/ЄС Європейського парламенту і Ради Європи «Про недобросовісні способи ведення бізнесу у ділових відносинах між підприємцями і споживачами на внутрішньому ринку та про зміни Директиви 84/450/ЕЄС Ради Європи, Директив 97/7/ЕС, 98/27/ЄС и 2002/65/ЄС Європейського парламенту и Ради Європи, а також Постанови (ЄС) № 2006/2004 Європейського парламенту і Ради Європи» визначає спосіб ведення бізнесу як недобросовісний, якщо він, зокрема, суперечить вимогам професійної добросовісності, а також здійснює чи може здійснювати значний вплив на економічну поведінку середньостатистичного споживача, який його сприймає або на якого він спрямований, або середньостатистичного члена групи споживачів, у випадку, якщо спосіб ведення бізнесу спрямований на певну групу споживачів [96].

Стаття 2.1.15 (3) Принципів УНІДРУА пов'язує недобросовісність переговорів із тим, що вони починаються або продовжуються без наміру досягти згоди з іншою стороною.

На наш погляд, співвідношення понять «недобросовісність», «протиправність», «вина» значною мірою залежить від того, який зміст вкладається у кожне із цих понять.

При цьому слід відзначити відсутність єдиного підходу у юридичній доктрині щодо означених питань. Так, на думку В.В. Вітрянського, протиправність поведінки полягає у порушенні відповідними діями чи бездіяльністю норм права [220; с.706]. В.П. Грибанов протиправною вважав поведінку, яка порушує норми права або загальні правові принципи цивільного права або його окремих інститутів. Під порушенням норм або принципів права він розумів «недотримання особою юридичних обов'язків незалежно від того виникають ці обов'язки із заборон, приписів чи дозволів, є загальними чи конкретними». Порушення правил моралі та співжиття не розглядалися ним як протиправна поведінка [241; с.326].

Н.Д. Єгоров зазначає, що критеріями протиправності поведінки боржника повинні слугувати і деякі підстави виникнення зобов'язань. Якщо зобов'язання виникає з договору, то протиправною є поведінка боржника, яка порушує умови договору [240; с.537].

На наш погляд, під час визначення протиправності поведінки сторін міжнародного приватного договірного зобов'язання слід виходити з того, що є джерелом регулювання таких зобов'язань. До таких джерел доцільно віднести принципи права, договір, звичаї та практику, які застосовуються до відповідних договірних відносин, міжнародні договори, джерела національного права, застосовуваного до договору. Слід також враховувати й те, що порушення правил, встановлених зазначеними джерелами може відбуватися як шляхом вчинення певних дій так і бездіяльності. Виходячи з цього, протиправною поведінкою сторін міжнародного приватного договірного зобов'язання слід вважати порушення ними принципів права, умов договору, звичаїв, практики, яка склалася між ними, міжнародних договорів, джерел національного права, що застосовується до відповідних відносин.

За такого підходу недобросовісність може бути різновидом протиправної поведінки, або виходити за її межі.

У цивільному праві існують різні погляди щодо визначення вини.[143] Ми дотримуємося точки зору, що вина сторони МПДЗ полягає у її ставленні до своєї протиправної поведінки. Тому, недобросовісність – винна поведінка. Тобто, особа, яка діє недобросовісно або бажає настання шкоди для іншої особи (умисел) або не бажає, але передбачає настання шкоди для контрагента та ставиться до цього байдуже (груба необережність).

[143] Огляд існуючих точок зору – див., наприклад, [220; с.723-759].

Підсумовуючи, варто відзначити, що недобросовісність сторони міжнародного договірного зобов'язання полягає у вчиненні дій або бездіяльності, які за своєю суттю є зловживанням правами, введенням в оману іншу сторону договору, нечесним використанням своїх переваг, що створюють перешкоди для реалізації договірних прав та обов'язків іншої сторони, і, в результаті, наносять шкоду її правам або законним інтересам. Недобросовісність має одночасно суб'єктивний та об'єктивний прояви. Суб'єктивна сторона недобросовісності характеризується внутрішнім ставленням особи до вчинюваних нею дій або бездіяльності. Ознакою такого ставлення є те, що особа ставить свої інтереси вище за інтереси іншої договірної сторони, що призводить до вчинення нею дій, які наносять шкоду іншій стороні договору (або потенційній стороні договору). Недобросовісність – це завжди винна поведінка. Тобто, особа, яка діє недобросовісно або бажає настання шкоди для іншої особи (умисел) або не бажає, але передбачає настання шкоди для контрагента та ставиться до цього байдуже (груба необережність).

Об'єктивна сторона недобросовісності полягає у вчиненні певних дій або бездіяльності, що призводять до порушення прав або законних інтересів іншої сторони договору. При цьому об'єктивний вираз недобросовісності може бути протиправним (наприклад, якщо недобросовісна поведінка порушує правило, встановлене договором, звичаєм, нормою законодавства) або виходити за межі протиправності (наприклад, коли дії чи бездіяльність не порушують норми законодавства, звичаїв чи договору, але вчиняються винно і заподіюють шкоду іншій стороні договору).

4.2. Добросовісність - принцип тлумачення, актів, що регулюють МПДЗ.

Вимога добросовісного тлумачення міжнародних договорів встановлена перш за все ст. 31 (1) Віденської конвенції. Крім того, ряд конвенцій, предметом регулювання яких є міжнародні договірні зобов'язання, також проголошують добросовісність джерелом тлумачення своїх положень.[144]

Водночас, добросовісність, як принцип тлумачення міжнародних договорів не може використовуватися ізольовано від інших принципів тлумачення, зокрема міжнародного характеру відповідної конвенції та необхідності сприяти однаковості у її застосуванні.

Така позиція висловлюється багатьма коментаторами. Так, наприклад О.С. Комаров зазначає, що забезпечення однакового тлумачення тексту КМКП, і уникнення внутрішньої орієнтованого тлумачення, може бути досягнуто тільки шляхом забезпечення спеціального правового механізму, який повинен скеровувати усіх, хто застосовує правила, передбачені в тексті Конвенції, використовувати засоби, які відповідають її цілям. Критеріями для цього О.С. Комаров визначає міжнародний характер КМКП, необхідність сприяти однаковості в її застосуванні та дотримання добросовісності [493; с.76].

Зазначений підхід підтримується і прецедентним правом. Так, в одному із недавніх рішень суд посилаючись на ст. 7 КМКП зазначив, що вона повинна тлумачитися автономно, тобто виключно на підставі її власних умов та рішень, прийнятих на підставі застосування Конвенції у зарубіжних юрисдикціях [610].

Вимога щодо врахування міжнародного характеру КМКП забороняє використовувати технічні терміни і принципи внутрішнього права, особливо внутрішнього права правозастосовчого органу. Водночас, як зазначає П. Шлехтрайм суди і арбітражі, тлумачачи положення КМКП, повинні брати до уваги іноземні рішення та літературу, доступну через коментарі та бази, призначені для підтримки та інформування про уніфіковане тлумачення Конвенції. При цьому якщо питання, що охоплюється сферою дії КМКП, розглядалося по-суті найвищим судом країни-члена, тоді рішення повинно

[144] Зокрема, ст. 7 (1) КМКП [6], ст. 4 (1) Конвенції про міжнародний факторинг [177], ст. 6 (1) Конвенція про міжнародний фінансовий лізинг [178].

вважатися «переконливим прецедентом» судами на арбітражами, навіть якщо вони могли б схилятися до іншого тлумачення [532; с.48-49].

Тільки якщо певні положення КМКП перебувають явно під впливом певної правової системи, допустимим є звернення до цієї правової системи з метою тлумачення та розуміння відповідних положень[145].

Звичайно це не стосується поняття «добросовісність», що вживається у ст. 7 (1) КМКП, оскільки, як зазначалося, з одного боку концепція добросовісності використовується багатьма правовими системами, але з іншого боку відсутнє єдине її розуміння, так що не можна визначити під впливом якої правової системи дане поняття вживається у КМКП. Це підтверджується й історією створення Конвенції [468].

Вимоги КМКП щодо необхідності врахування її міжнародного характеру та досягнення однаковості у її застосуванні є підставою для висновку багатьох авторів про те, що відповідно до КМКП жодна національна концепція добросовісності не може застосовуватися. Натомість повинна застосовуватися концепція, придатна до застосування у міжнародних торгових відносинах [443; с.132]. Така ж позиція підтримується й судовою практикою [582], [625].

Визначаючи її, автори пропонують враховувати об'єктивні та суб'єктивні фактори. Так, У. Магнус зазначає, що «міжнародний стандарт» добросовісності, частково вже існує, може бути чітко виявленим і визначеним, принаймні у бізнес-галузях з тривалими традиціями, а частково повинен бути розроблений бізнес-колами, арбітрами та суддями для нових торгових галузей [506].

Б. Зеллер, аналізуючи зміст добросовісності, як принципу тлумачення КМКП, звертає увагу на суб'єктивні фактори. Зокрема, він зазначає, що вимога тлумачити КМКП в

[145] У якості прикладу такого положення наводиться ст. 74 (друге речення) Конвенції, яке встановлює, що «… збитки не можуть перевищувати збитків, які сторона, що порушила договір, передбачила чи повинна була передбачати у момент укладення договору». Обмеження відшкодування передбачуваними збитками є наслідком суворої відповідальності сторін. Модель суворої відповідальності, встановлена ст. 74 (перше речення) слідує англо-американській моделі, у якій боржник в принципі відповідальний за усі збитки спричинені невиконанням, незалежно від вини, якщо не звільниться від відповідальності на підставі ст.ст. 79, 80 Конвенції. Тому англо-американське право може братися до уваги під час тлумачення поняття «передбачувані збитки» [536; с.48].

дусі добросовісності стосується умонастрою (душевного стану) (state of mind) тих, хто його здійснює. Далі автор посилається на справу, що розглядалася німецьким судом. У цій справі суд розглянув взаємозв'язок між ст.ст. 49 і 48 КМКП.

Справа в тім, що застосування ст. 48 КМКП[146] (згідно з цією ж ст.) можливе лише в тому випадку, якщо дотримана ст. 49 Конвенції. Однак, суд зазначив, що ст. 49 підлягає переважному застосуванню лише, якщо поставка невідповідного товару становить істотне порушення договору. Важливою була думка суду про те, що навіть якщо дефект є серйозним, він не є істотним порушенням договору, якщо продавець готовий замінити товар без зайвої незручності для покупця. Така позиція суду, на думку Б. Зеллера, ясно вказує, що душевний (розумовий) стан суду був таким, що він автоматично в ході звичайної діяльності застосував добросовісність [562]. Таким чином, добросовісність має пріоритет над нормами КМКП.

Як зазначається у одному із судових рішень, принцип добросовісності, встановлений ст. 7 (1) КМКП, дозволяє здійснювати її автономне тлумачення, беручи до уваги усталені принципи національних правових систем Договірних Держав, які створені з метою конкретизації змісту принципу добросовісності. До таких принципів, зокрема, належить принцип, згідно з яким ніхто не може вступати у протиріччя із власними діями («venire contra factum proprium») [611].

В іншій справі, суд тлумачачи положення ст.ст. 38, 39 КМКП, посилався, серед іншого, на принцип добросовісності, передбачений її ст. 7 (1) КМКП. При цьому він відмовився застосовувати суб'єктивний підхід до розуміння добросовісності, властивий французькому праву (яке підлягало застосуванню, до питань, що не охоплюються сферою дії Конвенції) через те, що він не відповідає повною мірою підходу, властивому міжнародним конвенціям, які, на думку суду, передбачають використання об'єктивного підходу. У даній справі голландський суд тлумачив поняття «короткий строк», протягом якого покупець зобов'язаний оглянути товар (ст. 38 (1) КМКП), а також «розумний строк», протягом якого покупець повідомляє продавця про дефект товару. (Наслідком пропуску

[146] Ст. 48 КМКП встановлює право продавця усунути за власний рахунок будь-який недолік у виконанні його обов'язків.

даного строку є втрата покупцем права посилатися на невідповідність товару) (ст. 39 (1) КМКП). Застосування об'єктивного підходу до розуміння добросовісності призвело до того, що зазначені терміни були розтлумачені як такі, що означають «у момент здійснення поставки або незабаром після неї» [577].

Використання принципу добросовісності під час тлумачення ст.ст. 14 (1), 18 (1), 18 (3) та 19 КМКП обумовило висновок суду про те, що «стороні не дозволяється перешкоджати укладенню договору лише тому, що він їй більше не цікавий або у неї є можливість укласти договір, який буде краще окуповуватися» [625].

Крім того, що принцип добросовісності визнається як принцип тлумачення КМКП, поширеною є думка про те, що він є одним із загальних принципів, на яких вона заснована, і яким, відтак, в силу положень ст. 7 (2) КМКП слід керуватися при вирішенні питань, що входять до її сфери дії, але прямо в ній не вирішені [623; с.43].

Висновок про те, що добросовісність є одним з таких принципів, здійснюється з урахуванням формулювання ст. 7 (1) КМКП, а також з розташування цієї статті в системі Конвенції. (Стаття 7 є складовою частиною розділу «Загальні положення»), а також її фундаментальної важливості, яка іноді виходить за межі формулювання [507].

Водночас, вважається, що заповнення прогалин на підставі загальних принципів Конвенції не допускається, у тих випадках, коли розробники навмисно залишили прогалину і, таким чином, мали намір, щоб національне право підлягало переважному застосуванню. Прикладом є неповне регулювання ст. 78 КМКП, яке залишає суму відсотків і право, застосовуване до визначення цієї суми, відкритим [532; с.48-49].

Висновок про те, що добросовісність є загальним принципом, здійснюється й на підставі аналізу інших статей КМКП. Як зазначає Т. Кейлі, цей принцип пронизує Конвенцію, забезпечуючи стратегічну основу багатьох її положень. Зокрема, автор звертає увагу на те, що даний принцип не лише прямо передбачений ст. 7 (1) КМКП, але й виявляється також у положеннях, що стосуються: неможливості відкликати оферту, якщо для адресата оферти було розумним розглядати оферту як безвідкличну (ст. 16 (2) (b) КМКП); запізнілого акцепту, який був направлений «за таких умов, що якби пересилання було нормальним, акцепт був би отриманий своєчасно» (ст. 21(2) КМКП); неможливості

для сторони посилатися на положення договору про те, що зміна або скасування договору повинні бути в письмовій формі (ст. 29 КМКП); права продавця на усунення недоліків товару (ст. 37 КМКП); неможливості продавця посилатися на ст.ст. 38 і 39 КМКП, якщо невідповідність товару пов'язана з фактами, про які продавець знав або не міг не знати і про які він не повідомив покупця (ст. 40 КМКП); втрати права заявити про розірвання договору (ст.ст. 49 (2), 64 (2), 82 КМКП); обов'язків сторони вжити заходів для збереження товару (ст.ст. 85-88 КМКП) [490].

Відповідно до ст. 34 КМКП якщо продавець зобов'язаний передати документи, що стосуються товару, він повинен зробити це в строк, у місці й у формі, що передбачені за договором. Якщо ж договором таке місце не передбачене, то застосування принципу добросовісності до визначення місця передачі документів призводить до висновку про те, що продавець зобов'язаний передати їх покупцеві у місці, зручному для останнього [538].

Добросовісність використовується й для регулювання питань, які підпадають під сферу дії інших міжнародних конвенцій, але чітко у них не вирішені. Такий висновок випливає, зокрема, зі ст. 4 (2) Конвенції про міжнародний факторинг [177], ст. 6 (2) Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг [178]. Обидві норми згаданих Конвенцій встановлюють однакове правило відповідно до якого: « Питання, які стосуються питань, що регулюються цією Конвенцією, і які недостатньо чітко вирішені в ній, повинні вирішуватися відповідно до загальних принципів, на яких базується Конвенція, або, у разі відсутності таких, відповідно до права, що застосовується в силу дії норм міжнародного приватного права».

Висновок про те, що Конвенція про міжнародний факторинг базується на принципі добросовісності випливає, зокрема, з преамбули Конвенції, ст. 4 (1), ст. 6 (3) Конвенції, ст. 8, 10 та інших положень. Так, Преамбула до Конвенції підкреслює важливість створення правової бази, яка сприятиме міжнародному факторингу, «підтримуючи справедливу рівновагу інтересів між різними сторонами, які беруть участь у факторингових операціях». Ст. 4 (1) КМКП проголошує необхідність дотримання добросовісності у міжнародній торгівлі.

Відповідно до ст. 6 (3) Конвенції про міжнародний факторинг «Ніщо у пункті 1[147] не впливає на будь-які зобов'язання добросовісності постачальника перед боржником або будь-яку відповідальність постачальника перед боржником щодо відступлення вимоги, здійсненого з порушенням умов договору купівлі-продажу товарів».

Аналіз інших положень Конвенції про міжнародний факторинг дозволяє зробити висновок, що принцип добросовісності непрямо виражений і в інших положеннях Конвенції.

Добросовісність є принципом, на якому заснована й Конвенція про міжнародний фінансовий лізинг. Такий висновок випливає зі ст. 12 (3)[148], 13 (6)[149] та інших норм Конвенції.

Аналіз Принципів УНІДРУА є підставою для висновку про те, що добросовісність є джерелом тлумачення їх положень. Так, згідно зі ст. 1.6 Принципів УНІДРУА: «Під час тлумачення цих Принципів належить враховувати їх міжнародний характер та цілі, включаючи необхідність сприяти досягненню однаковості у їх застосуванні. Питання, які охоплюються сферою цих Принципів УНІДРУА, але які в них прямо не вирішені підлягають вирішенню відповідно до їх основних загальних принципів». Згідно із коментарем до ст. 1.6. дотримання добросовісності є однією із основоположних цілей Принципів УНІДРУА. Що стосується питань, які прямо не вирішені у Принципах УНІДРУА, то перш за все необхідно визначитися із тим, чи підпадає дане питання під сферу дії цього документу. Для цього необхідно проаналізувати як текст Принципів УНІДРУА так і коментарі до окремих положень. Якщо питання підпадає під сферу дії Принципів, але прямо у них не вирішене, до нього за аналогією можуть застосовуватися спеціальні положення Принципів УНІДРУА. Якщо у такий спосіб питання вирішити не

[147] Відповідно до ст. 6 (1) Конвенції про міжнародний факторинг «1.Відступлення права грошової вимоги постачальником фактору є дійсним, незважаючи на будь-яку угоду між постачальником і боржником, яка забороняє таке відступлення» [177].

[148] Відповідно до ст. 12 (3) Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг: «Лізингоодержувач має право затримувати лізингові платежі, належні до сплати згідно з договором лізингу, доти, доки лізингодавець не виправить становища, що склалося внаслідок його неспроможності запропонувати обладнання згідно з договором поставки, або доки лізингоодержувач не втратить права на відмову від обладнання» [178].

[149] Згідно зі ст. 13 (6) Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг: «Лізингодавець не має права стягувати збитки настільки, наскільки він не вжив усіх обгрунтованих заходів для зменшення своїх втрат» [178].

можливо, слід звернутися до основоположних загальних принципів, одним із яких є принцип добросовісності, проголошений ст. 1.7. Принципів УНІДРУА [180; с.17-18].

При цьому коментар до ст. 1.7. Принципів зазначає, що «добросовісність та чесне ведення справ у міжнародній торгівлі» не повинні застосовуватися відповідно до стандартів, розроблених різними національними правовими системами. «…такі національні стандарти повинні братися до уваги тією мірою, якою вони приймаються різними правовими системами…добросовісність та чесне ведення справ повинні тлумачитися у світлі особливих умов міжнародної торгівлі» [180; с.21].

Згідно зі ст. 1:106 (1) PECL: «Ці принципи повинні тлумачитися і розвиватися відповідно до їх цілей. Особливо варто враховувати дотримання принципів добросовісності та чесного ведення справ, визначеності у договірних відносинах та однаковості застосування». Як зазначає коментар до PECL, їх тлумачення та розвиток залежать від цілей та змісту статей. Метою норми 1:106 (1) PECL є уникнення строгого та вузького тлумачення. У якості прикладу застосування добросовісності до тексту PECL коментар пропонує тлумачення норми 9:102 (2) (b) PECL згідно з якою, виконання зобов'язання в натурі не можна вимагати, якщо виконання потягне нерозумні зусилля чи витрати боржника. Визнаючи неможливість встановлення точного правила для встановлення нерозумності зусилля чи витрат, коментар до PECL тим не менше, наводить наступну ілюстрацію застосовування даного правила: «А, який продав яхту «Еліза» В, обіцяв доставити її до місця проживання В. Під час доставки яхта зазнала удару судна, внаслідок чого вона затонула на 200 м. Вартість підняття яхти з такої глибини перевищує її вартість у сорок разів. Таким чином, виконання А обов'язку в натурі потягне нерозумні витрати».

Дуже подібною до змісту ст. 1:106 (1) PECL є ст. I. -1:102 (3) DCFR, згідно з якою «Під їх (DCFR – вставка моя) час тлумачення та розвитку необхідно сприяти: (a) однаковості застосування; (b) добросовісності та чесній діловій практиці, а також (c) правовій визначеності». Як пояснює коментар до DCFR включення добросовісності та чесного ведення справ до цієї норми пов'язане із тим, що вони відіграли важливу роль у розвитку багатьох корисних принципів та норм у національних системах приватного права [140; с.135].

Враховуючи те, що під час тлумачення та розвитку DCFR крім добросовісності та чесного ведення справ необхідно сприяти однаковості застосовування норм DCFR, слід зробити висновок про те, що добросовісність, про яку йдеться у даній нормі, повинна визначатися не на підставі національних стандартів.

Крім того, згідно зі ст. I. -1:102 (4) DCFR: «Питання, які охоплюються сферою дії цих правил, але прямо у них не вирішені, підлягають вирішенню, наскільки це можливо, відповідно до їх базових принципів». Як відомо одним із базових принципів DCFR є принцип безпеки, складовою частиною якого є принцип добросовісності. Значення цієї норми у тому, щоб «заохочувати розробників законодавства та контрагентів, які використовуватимуть цей інструмент, вирішувати нові проблеми способом, який би узгоджувався з його базовими принципами. Ці принципи… включають необхідність сприяння добросовісності та чесній діловій практиці» [140; с.135].

Підсумовуючи варто відмітити, що під час тлумачення міжнародних уніфікованих документів використовується міжнародний стандарт добросовісності, який створюється практикою окремих бізнес-галузей, а також арбітражами та судами під час вирішення міжнародних комерційних спорів. Водночас допустимим є врахування усталених принципів національних правових систем, які створені з метою конкретизації змісту принципу добросовісності. Одним із основних таких принципів є принцип, згідно з яким ніхто не може вступати у протиріччя із власними діями («venire contra factum proprium»).

Аналіз практики застосування норм КМКП дозволяє зробити висновок, що добросовісність має пріоритет над її нормами.

Добросовісність є не лише принципом тлумачення, але й одним із загальних принципів, на яких засновані КМКП, Конвенція про міжнародний факторинг, Конвенція про міжнародний фінансовий лізинг.

Слід відмітити неоднаковий підхід до використання принципу добросовісності у міжнародних уніфікованих документах під час регулювання питань, які охоплюються сферою їх дії, але чіткого регулювання у них не знайшли.

Відповідно до КМКП, Конвенції про міжнародний факторинг, Конвенції про міжнародний фінансовий лізинг добросовісність є орієнтиром, яким слід керуватися при вирішенні питань, що входять до сфери дії відповідного документу, але прямо у ньому не вирішені.

На перший погляд, ст. 1.6. Принципів УНІДРУА закріплює аналогічний підхід. Однак, з коментаря до цієї ст. випливає, що їх загальні принципи, одним з яких є принцип добросовісності, можуть бути застосовані, якщо неможливим є застосування спеціальних норм Принципів за аналогією.

Аналіз ст. 1:106 (1) PECL та ст. ст. I. -1:102 (3) DCFR є підставою для висновку про те, що дані документи прямо визначають добросовісність не лише як джерело тлумачення, але й як джерело розвитку їх положень.

Добросовісність є важливим джерелом тлумачення й міжнародних приватних договорів.

Безспірним є те, що належне виконання приватних договорів прямо залежить від розуміння сторонами договору його умов. Так само як і у разі виникнення спору із договірних відносин, його вирішення значною мірою пов'язано із усвідомленням договірних умов правозастосовчим органом. Вимога використання принципу добросовісності під час тлумачення міжнародних приватних договорів закріплена у багатьох міжнародних уніфікованих документах, а також випливає із серії рішень міжнародних арбітражів, які встановлюють загальний принцип тлумачення договорів відповідно до вимог добросовісності [545; с.14]. Необхідність добросовісного тлумачення підтримується й доктриною. Так, О.О. Мережко зазначає, що «тлумачення повинно бути добросовісним, тобто чесним. Його метою повинно бути не бажання обманути контрагента, а встановлення справжнього смислу договору, закріпленого у його тексті» [339; с.251]. Погоджуючись в цілому з цією точкою зору, варто зауважити, що справжній смисл договору може бути закріплений не лише у його тексті, але й випливати із тих чинників, що враховуються під час тлумачення договору.

Практика застосування КМКП свідчить про широке використання принципу добросовісності при тлумаченні договорів купівлі-продажу, що підпадають під сферу дії цієї Конвенції.

Необхідно звернути увагу на те, що КМКП не містить статті, присвяченої саме тлумаченню «умов договору». Однак, її ст. 8, що регулює тлумачення заяв, поведінки, намірів сторони, розуміється у тому числі як така, що призначена для тлумачення договору [553; с.18]. Така позиція пояснюється тим, що у КМКП укладення договору, зміна його умов розглядаються як обмін заявами, що виражають намір, а також як прояв певної поведінки (див., наприклад, ст.ст. 14, 18, 21, 29 Конвенції).

Стаття 8 КМКП закріплює використання двох критеріїв для тлумачення договору: 1) суб'єктивного (ст. 8 (1)); 2) об'єктивного (ст. 8 (2)).

Використання суб'єктивного критерію полягає у тлумаченні заяв та поведінки сторони (умов договору) «відповідно до наміру сторони, якщо інша сторона знала або не могла не знати, яким був цей намір».

При цьому, як зазначається у одному із судових рішень «метою ст. 8 (1) КМКП є встановлення справжнього наміру договірної сторони, але без психологічного дослідження. Це означає, що якщо умови договору були зрозумілими, необхідно дотримуватися їх буквального значення, не надаючи жодній із сторін права стверджувати, що її невисловлені бажання повинні превалювати» [618]. Вважається, що обов'язок доказування того, що інша сторона знала чи не могла не знати про намір першої сторони, покладається на сторону, яка заявляє відповідне твердження [621]. Застосування ст. 8 (1) КМКП вимагає, щоб сторони встановили у своїх взаємних відносинах практику і добре знали одна одну або, щоб заяви були дуже ясними [583]. Крім того, суб'єктивний намір сторони повинен бути виражений нею, так щоб інша сторона могла про нього знати [532; с.55].

В іншій справі суд дійшов висновку, що відповідно до ст. 8 КМКП поведінка оферента повинна тлумачитися відповідно до принципу добросовісності. Застосування останнього, зокрема, означає, що використання оферентом стандартних умов під час укладення договору покладає на нього обов'язок зробити їх доступними для іншої сторони. Невиконання цієї умови є порушенням принципу добросовісності у міжнародній торгівлі, оскільки у такому випадку адресат оферти несе ризик використання невідомих йому умов.

Крім того, у такому випадку порушується спільний для сторін обов'язок співпраці, що випливає із принципу добросовісності [635].

Ст. 8 (1) КМКП не може застосовуватися, якщо сторона, яка зробила заяву або вчинила певну дію, не мала наміру щодо певного питання або якщо інша сторона не знала і немає підстав вважати, що вона повинна була знати про існування наміру першої сторони [553].

У такому випадку застосовується ст. 8 (2) КМКП, яка передбачає, що тлумачення повинно здійснюватися «згідно з тим розумінням, яке мала б розумна особа, котра виступає в тій самій якості, що й інша сторона за аналогічних обставин», тобто, використовується об'єктивний критерій.

Для визначення того, яка особа діє «у тій самій якості» до уваги беруться такі фактори як вид діяльності, яким займається підприємство сторони; країна в якій, сторона має вирішальне місце ведення бізнесу («decisive place of business»); стандартні форми договорів, прийняті у цій країні, а також знання та досвід попередніх стосунків між тими ж сторонами [462].

«Аналогічними обставинами» можуть бути певні ситуації на ринку, а також певні форми ведення бізнесу (наприклад, укладення та виконання договору купівлі-продажу у рамках агентського договору)[462].

Розробники Конвенції зазначають, що встановлюючи намір сторони або «розумної особи, яка виступає у тій самій якості», перш за все необхідно звертати увагу на фактично використані слова або вчинені дії. Однак, аналіз не повинен обмежуватися лише цим, навіть якщо слова або дії видаються такими, що дають чітку відповідь на питання, що підлягає вирішенню. Це пояснюється тим, що призначення ст. 8 КМКП – встановити справжній зміст договору, в той час як слова, використані у ньому, можуть приховувати такий зміст, наприклад, внаслідок помилки, допущеної стороною (сторонами). Розробники Конвенції у зв'язку із цим наводять приклад, коли оферент пропонує адресату оферти придбати певну кількість товару за ціною 50 000 швейцарських франків. Проте, очевидним є те, що оферент мав на увазі 500 000 швейцарських франків, і адресат оферти знав і не міг не знати, що умова щодо ціни має тлумачитися як «500 000 швейцарських франків» [553].

Ст. 8 (3) КМКП призначена для того, щоб під час тлумачення вийти за межі очевидного значення слів чи поведінки. Саме тому, вона встановлює, що «необхідно враховувати всі відповідні обставини» і перелічує їх: переговори, будь-яку практику, яку сторони встановили у своїх відносинах, звичаї і будь-яку наступну поведінку сторін. При цьому розробники Конвенції підкреслюють, що даний перелік не є вичерпним [553].

Дана точка зору підтримується й судовою практикою. Так, наприклад, Комерційний суд Цюріха у одній із справ зазначив, що ст. 8 КМКП вимагає, щоб під час тлумачення заяв та поведінки сторони дотримувався принцип добросовісності [631].

Принцип добросовісності та чесного ведення справ відграє провідну роль у тлумаченні договорів згідно з Принципами УНІДРУА.

Правила тлумачення договорів містяться у ст.ст. 4.1. - 4.8. Принципів УНІДРУА. Статті 4.1.- 4.7. застосовуються для тлумачення у строгому сенсі цього поняття, тобто, з'ясування значення договірної умови, яка є неясною; ст. 4.8. – для заповнення прогалин у договорі [180; с.146]. При цьому не можливо не погодитися із твердженням, висловленим у одному із рішень Міжнародного арбітражного суду міжнародної торгової палати про те, що в основі усіх правил тлумачення договорів, які містяться у ст.ст. 4.1.- 4.8. Принципів УНІДРУА, - принцип добросовісності [630].

На відміну від КМКП, Принципи УНІДРУА розрізняють тлумачення: - договору (ст. 4.1.); - заяв та іншої поведінки сторін (ст. 4.2.).

Стаття 4.1. Принципів УНІДРУА встановлює два правила тлумачення договорів: 1) відповідно до спільного наміру сторін («суб'єктивний тест» (ст. 4.1. (1) Принципів УНІДРУА); 2) згідно із значенням, яке аналогічні сторонам розумні особи надавали б договору у таких самих обставинах («тест розумності») (ст. 4.1. (2) Принципів УНІДРУА). Друге правило використовується тоді, коли перше не може бути застосовано.

Як зазначає коментар до Принципів УНІДРУА, використання першого правила ст. 4.1. може призвести до того, що умові договору може надаватися значення, яке відрізняється як від її значення у буквальному розумінні, так і від значення, яке б надавалося умові розумною особою. Разом із тим, практичну значущість цього правила не слід переоцінювати, оскільки сторони договору навряд чи будуть використовувати терміни

у значенні, яке суттєво відрізняється від того, яке їм зазвичай надається. Крім того, у випадку виникнення спору буде складно довести, що значення, яке надається договірній умові однією із сторін, відповідало спільному наміру сторін у момент укладення договору [180; с.137].

Слід відзначити, що правило про те, що під час тлумачення не слід керуватися лише буквальним значенням слів було відомо ще у римському праві, яке використовувало принцип «Qui haeret in litera, haeret in cortice» («Той хто тримається букви, тримається на поверхні») [339; с.257].

Для встановлення того, чи мали сторони спільний намір щодо надання договірній умові певного значення, а також для з'ясування значення, яке аналогічні сторонам розумні особи надавали б договору у таких же обставинах, Принципи УНІДРУА рекомендують брати до уваги усі істотні для даної справи обставини, приблизний перелік яких наведений у ст. 4.3. цього документу. Згідно із даною нормою під час тлумачення договору, а також заяв та інших дій сторін до уваги повинні братися усі обставини, включаючи: 1) попередні переговори між сторонами; 2) практику, яку сторони встановили у своїх взаємовідносинах; 3) поведінку сторін після укладення договору; 4) характер та мету договору; 5) загальноприйняті у відповідній галузі підприємницької діяльності значення слів та виразів; 6) звичаї.

Хоча усі перелічені обставини можуть бути істотними для справи, перші три з них мають більше значення для застосування суб'єктивного тесту, в той час як останні дві є важливішими для використання тесту розумності [180; с.140-141].

При цьому слід звернути увагу на те, що англійські суди не підтримують посилання на попередні переговори з метою тлумачення договору (див. [634]).

Різниця між «загальноприйнятим у відповідній галузі підприємницької діяльності значенням умов та виразів» та «звичаями» полягає тому, що останні застосовуються лише, якщо вони відповідають вимогам ст. 1.9. Принципів УНІДРУА, в той час як «загальноприйняті … значення умов та виразів» можуть бути використані, навіть якщо вони вживаються у торговому секторі, до якого належить лише одна сторона або до якого

не належить жодна із сторін, за умови, що такі умова або термін є типовими у певному торговому секторі [180; с.141].

Разом із тим, в окремих випадках, наприклад, при використанні стандартних умов, суб'єктивний тест та тест розумності не завжди можна застосувати до тлумачення умов договору. Для таких випадків коментар до Принципів УНІДРУА пропонує тлумачити стандартні умови відповідно до розумних очікувань середнього користувача незалежно від значення, яке надається відповідній договірній умові тією чи іншою стороною договору або розумними особами, які діють у тій же якості що й сторони [180; с.138].

Як зазначається у одному із арбітражних рішень, тлумачення договору на підставі ст. 4.1(1) Принципів УНІДРУА полягає у з'ясуванні спільного наміру сторін з урахуванням природи та мети договору, добросовісності, чесного ведення справ та розумності [592]. В іншому рішенні арбітраж посилався на ст.ст. 4.1.-4.3. Принципів УНІДРУА для того, щоб додатково обґрунтувати правило про те, що договори повинні тлумачитися відповідно «до вимог добросовісності та чесного ведення справ з урахуванням звичаїв ділового обороту», встановлене ст. 200 ЦК Греції [576].

Міжнародні комерційні контракти можуть містити т.зв. застереження про поглинання («merger clauses»). Згідно з ст. 2.1.17 Принципів УНІДРУА вони визначаються як договірні положення, згідно з якими договір повністю охоплює умови, узгоджені сторонами у ньому, та не може бути оспорений чи доповнений шляхом представлення попередніх заяв чи домовленостей. Не зважаючи на існування застережень про поглинання, попередні заяви та домовленості можуть бути використані для тлумачення письмового договору (ст. 2.1.17 Принципів УНІДРУА).

Заяви та інші дії сторони тлумачаться: 1) згідно з намірами цієї сторони, якщо інша сторона знала або не могла не знати про ці наміри (ст. 4.2. (1) Принципів УНІДРУА); 2) згідно із значенням, яке розумна особа, яка діє у тій же якості, що й інша сторона, надала б їм у тих же обставинах.

Очевидно, що норми ст. 4.2. Принципів УНІДРУА повністю відповідають ст. 8 КМКП. Стаття 4.2. Принципів УНІДРУА призначена для тлумачення односторонніх заяв

чи дій сторін під час укладення договору, а також після нього, наприклад, повідомлень про недоліки товарів, припинення договору тощо [180; с.139].

У практиці ст. 4.2. Принципів УНІДРУА використовується в тому числі для обґрунтування думки про те, що тлумачення договору має відбуватися на підставі принципу добросовісності (див. [629]).

Стаття 4.4. Принципів УНІДРУА встановлює правило про те, що умови і вирази повинні тлумачитися у світлі усього договору чи заяви, де вони з'являються. По-суті це означає, що вираз, вжитий у договорі чи заяві, не повинен розумітися ізольовано від інших частин відповідного документу, але як його складова частина.

У коментарі до цієї статті особлива увага приділяється ієрархії договірних умов. За загальним правилом, значення певної договірної умови для тлумачення решти договору не залежить від місця її розташування у тексті. Однак, з цього правила є певні винятки. По-перше, заяви про наміри сторін, які містяться у преамбулі договору, можуть мати або не мати значення для тлумачення основної частини договору. По-друге, спеціальні положення підлягають переважному застосуванню порівняно із загальними. По-третє, договірна умова може мати пріоритетне значення по відношенню до інших положень, якщо сторони договору домовилися про це [180; с.143].

Наступне правило тлумачення, встановлене Принципами УНІДРУА, полягає у тому, що умови договору повинні тлумачитися таким чином, щоб їм усім надати сили та не позбавляти сили (сенсу) деякі з них (ст. 4.5.).

Дане правило може бути застосоване лише у тому випадку, якщо застосування загальних правил, встановлених ст.ст. 4.1.-4.3. Принципів УНІДРУА, залишає незрозумілою певну умову.

Яскравим виразом принципу добросовісності є правило тлумачення, встановлене п. 4.6. Принципів УНІДРУА. Згідно з ним якщо умови договору, висунуті однією стороною, не є ясними, перевага надається тлумаченню, яке протилежне інтересам цієї сторони. При цьому, чим менше обговорювалася відповідна умова під час переговорів, тим більшою є

вірогідність її тлумачення проти сторони, яка запропонувала включити її до тексту договору [180; с.144].

При цьому дана норма Принципів УНІДРУА в окремих країнах застосовується навіть у тих випадках, коли національне право, що підлягає застосуванню, передбачає більш обмежене застосування такого правила (див. [637]).

Принцип, встановлений ст. 4.7. Принципів УНІДРУА, є особливо важливим для міжнародних комерційних договорів, оскільки, як правило, вони укладаються декількома мовами. В результаті, значення окремих договірних умов може не співпадати у текстах договору різними мовами. Звичайно, деякі договори визначають, який із текстів підлягає переважному застосуванню у разі виникнення розбіжностей. Разом із тим, сторони не завжди можуть домовитися про такий спосіб тлумачення умов договору. Відтак, поширеним є формулювання про те, що кожен із текстів договору має однакову юридичну силу. У такому випадку Принципи УНІДРУА пропонують здійснювати тлумачення договору згідно із тим варіантом тексту, який був складений першим (див. [632]).

Разом із тим, якщо лінгвістичні розбіжності виявляються під час тлумачення договору, укладеного на основі міжнародного та добре відомого документу (наприклад, ІНКОТЕРМС або Правил та звичаїв для документарних акредитивів), доцільним є використання тієї версії відповідного документу, яка є найбільш зрозумілою, навіть якщо вона не є мовою договору. Коментар до Принципів наводить приклад договору, укладеного між компанією із країни Х та компанією з країни У, складеного трьома мовами: країни Х, країни У та англійською, причому усі три тексти є аутентичними. Договір містить посилання на ІНКОТЕРМС 2000. Однак, якщо французька версія ІНКОТЕРМС є зрозумілішою для вирішення спірного питання, можна звернутися до неї [180; с.146].

Як зазначалося, правило заповнення прогалин договору встановлене ст. 4.8. Принципів. Воно полягає у тому, що договір доповнюється умовою, яка є найбільш доцільною за даних обставин. Стаття 4.8. (2) Принципів УНІДРУА визначає невичерпний перелік факторів, які можуть бути взяті до уваги при встановлені умови, яка є найбільш

доцільною. Ними, зокрема, є наміри сторін, характер та мета договору, добросовісність та чесне ведення справ, розумність.

Разом із тим, ст. 4.8. Принципів УНІДРУА не використовується, якщо прогалина у договорі може бути заповнена шляхом використання правил, встановлених Принципами УНІДРУА (наприклад, якщо не вказано місце виконання зобов'язання можна скористатися ст. 6.1.6. Принципів, строк виконання зобов'язання – ст. 6.1.1. Принципів і т.п.), за винятком випадків коли їх загальний характер не дозволяє вирішити спірного питання з урахуванням очікувань сторін та особливої природи договору [180; с.147].

Принцип добросовісності та чесного ведення справ – основі положень PECL, що регулюють тлумачення приватних договорів .

Так, правила тлумачення договорів встановлені ст.ст. 5:101-5:107 PECL, відповідно до яких критеріями тлумачення договору згідно із PECL можуть виступати: 1) спільний намір сторін (ст. 5:101 (1)); 2) намір однієї із сторін (ст. 5:101 (2)); 3) значення, яке б надали договору схожі зі сторонами розумні особи за аналогічних обставин (ст.5:101 (3)).

Встановлюючи спільний намір сторін, суд повинен брати до уваги обставини, викладені у ст. 5:102 PECL[150].

Як зазначається у коментарі, спільний намір сторін може існувати у тому числі й у договорах приєднання, за умови, що сторона, яка не формулювала умови договору, мала достатні знання щодо них та приєдналася до договору. Разом із тим, пошук спільного наміру має відбуватися з урахуванням ст. 2:105 PECL.

Ст. ст. 5:101 (1) PECL містить важливе правило про те, що спільний намір сторін має пріоритет над буквальним значенням слів. Водночас, коментар до PECL застерігає про те, що суддя не повинен під виглядом тлумачення змінювати ясні та чіткі положення договору [502; с.288].

[150] Тобто, обставини, за яких договір укладався, включаючи попередні переговори; поведінку сторін у тому числі й після укладення договору; природу та ціль договору; тлумачення, яке вже було дано сторонами по відношенню до аналогічних положень, а також практику, що склалася між ними; значення, яке зазвичай надається умовам та формулюванням у даній сфері діяльності, а також тлумачення аналогічних положень, яке, можливо, вже мало місце раніше; звичаї; вимоги добросовісності та чесної ділової практики.

Якщо сторона договору використала неправильні слова для вираження свого наміру, і в результаті договірна умова не точно його відображає, інша сторона може розраховувати на розумне значення слів, використаних першою стороною. Однак, якщо буде встановлено, що одна сторона мала намір надати договору певне значення, і в момент укладення договору інша сторона не могла не знати про такий намір, згідно зі ст. 5:101 (2) PECL критерієм для тлумачення договору буде виступати намір першої сторони, а не розумне значення слів [502; с.289].

Якщо суддя не може встановити спільного наміру сторін щодо тлумачення договору, або якщо для цієї мети не може бути використаний намір однієї із сторін, застосовується правило ст. 5:101 (3) PECL, «тобто значення, яке б надали договору схожі зі сторонами розумні особи за аналогічних обставин».

Так само як і ст. 4.6. Принципів УНІДРУА, PECL закріплюють правило contra proferentem. Зокрема, відповідно до ст. 5:103 PECL у випадку сумнівів щодо значення спеціально не узгодженої умови договору, перевага надається тлумаченню, яке протилежне інтересам сторони, яка його запропонувала.

Ст. 5:104 PECL встановлює пріоритет узгоджених умов, тобто правило про те, що спільно узгоджені умови мають переважну силу над умовами, які спеціально не узгоджені. Як зазначає коментар до PECL, ця стаття підлягає застосуванню, якщо сторони договору, для укладення якого використовувалася стандартна форма, як виключення, спеціально домовилися про якусь умову. Наприклад, якщо у стандартну форму договору були внесені зміни вручну чи будь-яким іншим способом, можна припустити, що такі зміни були узгоджені і їм буде надана перевага у випадку конфлікту з іншими положеннями договору. Однак, ця презумпція може бути спростована [502; с.295].

Згідно зі ст. 5:105 PECL умови договору повинні тлумачитися у контексті усього договору. Дане правило, зокрема, означає, що один і той же термін не повинен мати різне значення у різних частинах договору. Тобто, в результаті договір повинен бути розтлумачений так, щоб його частини не суперечили одна одній. Коментар до PECL зазначає, що не зважаючи на те, що у договорі, як правило, немає ієрархії між його

частинами, особлива увага повинна приділятися визначенням термінів та преамбулі, якщо вони містяться у договорі [502; с.296].

Стаття 5:106 PECL закріплює важливий принцип тлумачення договору відповідно до якого перевага надається тлумаченню, згідно із яким умови договору є правомірними або дійсними, а не навпаки. Отже, якщо певне неоднозначне договірне положення може бути розтлумачено таким чином, який робить його недійсним і таким чином, що робить його дійсним, перевагу, слід віддати останньому. Ця ж стаття використовується для випадків, коли одне з двох можливих тлумачень може призводити до абсурдного результату [502; с.297].

Стаття 5:107 PECL присвячена мовним розбіжностям у договорах, складених двома і більше мовами, і повністю відповідає ст. 4.7. Принципів УНІДРУА. Тобто, у такому разі перевагу слід надавати тлумаченню згідно із первісною версією договору.

Правила тлумачення договорів, встановлені PECL, були перенесені до DCFR. Так, ст. 5:101 PECL відповідає ст. II. – 8:101 DCFR; ст. 5:102 PECL – ст. II. – 8:102 (1) DCFR; ст. 5:103 PECL – ст. II. – 8:103 (1) DCFR; ст. 5:104 PECL – ст. II. – 8:104 DCFR; ст. 5:105 PECL – ст. II. – 8:105 DCFR; ст. 5:106 PECL – ст. II. – 8:106 DCFR; ст. 5:107 PECL – ст. II. – 8:107 DCFR.

Водночас слід відзначити, що деякі правила тлумачення у DCFR зазнали певних змін. Так, якщо ст. 5:101(3) PECL передбачає застосування об'єктивного підходу у разі неможливості тлумачення договору відповідно до спільного наміру сторін чи однієї із них, то ст. II. – 8:101 (3) DCFR пропонує використовувати його ще й у випадку «якщо питання виникає у особи, яка не є стороною договору або особи, яка згідно із законом має ті ж права, що й сторона (буквально: не має кращих прав, ніж сторона), яка розумно і добросовісно покладалася на очевидне значення договору».

Порівняння підходів національних законодавств, із тим, що запропонований DCFR, призводить до висновку про те, що з одного боку DCFR відтворює підходи європейських правових систем до тлумачення умов договору, а з іншого боку пропонує нові підходи до регулювання цих питань.

Слід відзначити те, що у окремих європейський країнах правила тлумачення договорів визначені законодавчо, у той час як у інших країнах вони створені прецедентним правом та доктриною (наприклад, у Нідерландах, Данії, Фінляндії, Англії, Шотландії та ін. [140; с.583]).

Законодавче закріплення правил тлумачення може полягати у тому, що певний нормативний акт встановлює загальні правила тлумачення (пар. 133, 157 НЦУ), детальні правила (ст.ст. 1156-1164 ФЦК), а також містить комбінований підхід (встановлює загальні принципи та спеціальні правила) (ст.ст. 726-732 ЦК РМ).

Надання переваги «спільному наміру сторін», порівняно із буквальним значенням слів закріплене пар. 133 НЦУ [110], ст. 1156 ФЦК [65], пар. 914 АЦУ [61], ст. 725 (2) ЦК РМ [10] та у законодавствах інших країн[151].

Як зазначалося, англійське право дотримувалося традиційно інших підходів щодо тлумачення договорів. Вони були систематизовані Лордом Хофманом у 1998 році у рішенні по *справі Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society [594]* як 5 принципів або канонів тлумачення [477].

Правило тлумачення згідно із наміром однієї із сторін, про який знала інша сторона (або від неї розумно було очікувати такого знання), що міститься у ст. II.- 8:101 DCFR, також відоме національним правовим системам[152]. Правило про тлумачення згідно з наміром однієї із сторін закріплене й у ст. 29 (3) Зобов'язального закону Естонії [138].

Разом із тим, у Франції, Бельгії та Люксембурзі дане правило відкрито не застосовується у судовій практиці. Ці правові системи спираються на загальні правила тлумачення, включаючи добросовісність [140; с.585].

---

[151] Принагідно зазначимо, що ст. 213 (3) ЦК України [59] закріплює зовсім інший підхід: у першу чергу використовується буквальне тлумачення, і лише якщо це спосіб «не дає змоги з'ясувати зміст окремих частин правочину, їхній зміст встановлюється порівнянням відповідної частини правочину зі змістом інших його частин, усім його змістом, намірами сторін». Аналогічний підхід міститься у ст. 431 ЦК РФ [11], ст. 392 ЦК РК [9].

[152] Наприклад, воно було визначене у англійському праві у справі *Hartog v Colin & Shields* (див. [588]).

Використання об'єктивного критерію також відоме національним правовим системам. В одних країнах така можливість закріплена законодавчо. Так, наприклад, відповідно до ст. 29 (4) Зобов'язального закону Естонії : «Якщо дійсний спільний намір сторін не може бути встановлений, договір повинен тлумачитися відповідно до значення, яке б йому надали розумні особи, які перебувають у тому ж становищі, що й сторони» [138].

В інших країнах (наприклад, у Франції, ФРН, Бельгії) об'єктивний підхід до тлумачення договорів не закріплений на нормативному рівні, він використовується через застосування принципу добросовісності [140; с.586].

Проте, як зазначалося, DCFR пропонує використання об'єктивного підходу не лише тоді, коли тлумачення згідно із спільним наміром сторін або однієї сторони не є можливим, але й у випадках, коли договір впливає на третіх осіб. Використання об'єктивного критерію за таких умов властиве праву Нідерландів, у якому «об'єктивне тлумачення є основним підходом, що використовується у випадках, коли призначенням договору є вплив на третіх осіб, які не брали участі в укладенні договору і які, відтак, не знали намірів сторін» [140; с.586].

Однак, слід підкреслити, що підхід, запропонований DCFR, відрізняється від підходу голландського права. Як пояснює коментар до ст. II. – 8:101 (3) DCFR, вона повинна застосовуватися у питаннях з третьою особою, яка розумно та добросовісно покладається на об'єктивне значення договору. Від третіх осіб не можна очікувати, що вони будуть пов'язані спеціальними значеннями термінів, які були надані сторонами таємно.

Разом із тим, правило, встановлене ст. II. – 8:101 (3) DCFR, тлумачиться у тому числі так, що «…правонаступник має ті ж права по відношенню до іншої сторони договору, що й цедент. Дозволити правонаступнику скористатися перевагою очевидного значення терміну, якщо сторони надали йому іншого значення, означатиме дозволити одній стороні обманути іншу сторону за допомогою використання уступки вимоги. Це суперечитиме вимогам добросовісності та чесного ведення справ. Звичайно, якщо інша сторона договору брала

участь у шахрайстві по відношенню до правонаступника, останній може скористатися способами захисту, передбаченими на випадок шахрайства» [140; с.582].

Не можливо не помітити, що таке тлумачення ст. II. – 8:101 (3) DCFR, містить у собі певні суперечності, оскільки одночасно встановлює можливість застосування як об'єктивного підходу до тлумачення договору, так і тлумачення відповідно до наміру сторін. На наш погляд, якщо питання про тлумачення умов договору виникає після того, як одна із сторін, яка його укладала, була замінена правонаступником, або питання щодо тлумачення виникає щодо договорів, які впливають на третіх осіб, що не брали участі в укладенні договору, використовуватися може лише об'єктивний підхід, якщо не буде доведено, що правонаступники чи треті особи знали чи повинні були знати про спільний намір сторін, що укладали договір, надати термінам якогось спеціального значення або про намір однієї сторони.

DCFR також містить деякі правила, що не знайшли відображення у PECL. Наприклад, ст. II. – 8:102 (2) DCFR, присвячена обставинам, які слід враховувати під час тлумачення договору, спеціально розглядає ситуацію, коли потреба у тлумаченні виникає у особи, яка не є стороною договору, або правонаступника і, яка (який) розумно і добросовісно розраховувала (розраховував) на очевидне значення договору. У такій ситуації обставини, за яких договір укладався, включаючи попередні переговори, поведінка сторін договору, тлумачення, яке вже було дано сторонами по відношенню до аналогічних положень, а також практика, що склалася між ними можуть братися до уваги тією мірою, якою вони були відомі такій особі або «від неї розумно було очікувати, що вони були їй відомі».

Крім того, порівняно із PECL, DCFR ширше визначає правило contra proferentem. Так, якщо відповідно до ст. 5:103 PECL воно застосовується лише по відношенню до умов, які спеціально не були узгоджені, то згідно зі ст. II. – 8:103 (2) DCFR дане правило може бути застосоване й до інших умов, що були встановлені під домінуючим впливом однієї із сторін. Як зазначає коментар, це може мати місце у договорах між підприємцями та споживачами, а також деяких інших. Разом із тим, обидві частини ст. II. – 8:103 DCFR застосовуються лише у випадках, коли є сумніви щодо значення терміну. У першу чергу

застосуванню підлягають правила ст. ст. II. – 8:101- ст. II. – 8:102 DCFR (тлумачення на підставі спільного наміру сторін або однієї із них, а також об'єктивне тлумачення). І тільки, якщо використання цих способів залишає умову незрозумілою, можна використати правило contra proferentem.

Ст. II.-8:104 DCFR встановлює перевагу умов, які були окремо узгоджені, порівняно із тими, які не узгоджувалися окремо. Як зазначає коментар, існування цього правила обумовлено тим, що окремо узгоджена умова є виразом спільного наміру сторін, основного критерію тлумачення відповідно до ст. Ст. II.-8:101 (1) DCFR. При цьому коментар допускає, що узгодження відповідної умови може бути здійснено й усно [140; с.594].

Правило, встановлене ст. II.-8:105 DCFR, про те, що умови та вислови повинні тлумачитися у світлі усього договору, в якому вони присутні, повністю співпадає із правилом, встановленим ст. 5:105 PECL, однак, коментар до ст. II.-8:105 DCFR свідчить про те, що розробники цього документу мали на меті надати ширшу сферу дії такому правилу. Зокрема, ст. II.-8:105 DCFR рекомендовано застосовувати у тому числі до груп договорів. Наприклад, якщо сторони уклали рамковий договір і до нього серію договорів, то слова «у світлі усього договору» повинні розумітися як «у світлі усієї групи договорів» [140; с.596].

Норма, закріплена ст. II.-8:107 DCFR про перевагу тексту договору, який був складеним першим, відповідає правилу, встановленому ст. 5:105 PECL. Однак, коментар до цієї ст. встановлює важливі принцип застосування цього правила. По-перше, якщо перша версія договору складалася лише однією стороною, ст. II.-8:107 слід застосовувати разом із правилом contra proferentem. По-друге, якщо договір передбачає, що різні версії мають однакову юридичну силу, необхідно поважати волю сторін і застосовувати загальні правила тлумачення. За таких умов не можна просто віддати перевагу одній із версій. Необхідно з'ясувати, яка із версій точніше відповідає спільному наміру сторін. Якщо такий намір неможливо встановити, необхідно встановити значення, яке б надала умовам розумна людина [140; с.599].

Статті II.-8:101 - II.-8:107 DCFR призначені для застосування у тих випадках, коли договір містить умови, які є неоднозначними, розпливчастими, або суперечать одна одній. Якщо ж у договорі є прогалини, їх визначення регламентується ст. II.-9:101, відповідно до якої: «(1)Умови договору можуть випливати з явно вираженої або мовчазної угоди сторін, норм права або практики, встановленої між сторонами, або звичаїв. (2) Якщо необхідно врегулювати питання, яке сторони не передбачили, суд може мати на увазі додаткову умову, з урахуванням, зокрема: (a) характеру та мети договору; (b) обставин, за яких договір був укладений та (c) вимог добросовісності та чесного ведення справ. (3) Будь-яка умова, яка мається на на увазі відповідно до п. (2), повинна бути по можливості такою, яка б приводила в дію те, про що сторони б домовилися, якби передбачили цю умову. (4) Пункт (2) не застосовується, якщо сторони навмисно залишили питання непередбаченим, приймаючи наслідки цього» [140; с.604].

Як зазначається у юридичній літературі можливість врахування додаткової умови, встановленої з урахуванням вимог добросовісності та чесного ведення справ, є близькою до французької традиції[153].

Точка зору про те, що умови договору, які у ньому не прямо не виражені, можуть вважатися договірними умовами, висловлювалася й у доктрині. Так, А.Ф. Черданцев зазначає про те, що «умови договору, які маються на увазі, фактично співпадають з таким їх різновидом, як загальні умови. Вони маються на увазі тому, що прямо в документах… договору не виражені, не записані. Звичайні – тому, що звичайно властиві тому чи іншому типу договору і містяться в інших джерелах, а саме в нормативних актах і звичаях торгового, комерційного обороту…,що регулюють даний тип договору. Під час тлумачення договору умови, що маються на увазі, подумки включаються до змісту договору» [421; с.337].

А.Ф. Черданцев поряд із прямо вираженими умовами договору, до його змісту включає: 1) умови, прямо передбачені імперативними та диспозитивними нормами; 2)

[153] Відповідно до ст. 1135 ФЦК: «Угоди зобов'язують не лише до того, що у них виражено, але й до всіх наслідків, виконання яких відповідно до характеру зобов'язання вимагають справедливість, звичай чи закон» [65].

умови, передбачені звичаями ділового обороту; 3) за відсутності обставин, зазначених у попередніх двох пунктах, - умови, передбачені нормами, які регулюють схожі відносини; 4) за відсутності умов, передбачених у попередніх трьох пунктах, - умови, передбачені загальними началами і смислом цивільного законодавства або, інакше, принципами цивільного права і вимогами добросовісності, розумності та справедливості [421; с.338].

Як пояснює коментар до DCFR, у більшості випадків всі необхідні умови будуть визначатися угодою сторін (явно вираженої[154] або мовчазної[155]), правом, звичаями та практикою. Однак, якщо ці джерела залишають якість прогалини у правовому регулюванні договору, суд має право брати до уваги додаткові умови у таких виняткових обставинах, враховуючи чинники, встановлені ст. ст. II.-9:101 (2) DCFR. Такі додаткові умови можуть накладати додаткові зобов'язання, але вони не повинні цим обмежуватися. Вони можуть, наприклад, впливати на обставини чи спосіб, у який існуюче зобов'язання повинно виконуватися у непередбачуваних обставинах.

Звертає на себе увагу те, що на відміну від ст. 4.8. Принципів УНІДРУА, ст. II.-9:101 (2) DCFR встановлює вичерпний перелік факторів, які може враховувати суддя,визначаючи додаткову умову.

Умови, узгоджені у мовчазний спосіб на відміну від умов, які встановлюються судом на підставі ст. II.-9:101 (2) DCFR у тому, що перші – це умови, про які будь-який розумний спостерігач сказав би, що вони були мовчазно узгоджені, оскільки ці умови є такими звичайними і очевидними, що є самі по собі зрозумілими. Коментар зазначає, що при встановленні умов, про які сторони домовилися у мовчазний спосіб, до уваги можуть братися будь-які обставини, які враховуються під час тлумачення договору (ст. II.-8:102), тобто обставини, за яких договір укладався; поведінку сторін, включаючи поведінку після укладення договору; природу та мету договору; практику, що склалася між сторонами; звичаї, а також добросовісність та чесне ведення справ. Але взяття зазначених умов до

[154] Коментар підкреслює, що для того, щоб умови були явно вираженими вони не обов'язково повинні міститися у тексті договору. Вони можуть бути привнесені у договір шляхом посилання на інші умови, наприклад, стандартні умови, складені торговими асоціаціями чи аналогічними установами [140; с.606].

[155] У багатьох договорах кількість явно виражених умов є мінімальною. У таких договорах багато що залежить від мовчазної згоди. У якості прикладу коментар наводить договір купівлі-продажу газет у газетному кіоску, у якому може обумовлюватися лише назва газети, але зазвичай існує мовчазна згода, що газета має бути останнього випуску, а не минулого, і що ціна газети – ціна, позначена на ній [140; с.606].

уваги не є обов'язковим «у випадках, коли мовчазна згода є настільки очевидною, що немає необхідності досліджувати звичаї або практику».

Не зважаючи на те, що ст. II.-9:101 (2) DCFR надає суду право враховувати договірні умови, які не були узгоджені сторонами, звичайно, це не означає, що сторони обов'язково повинні звертатися до суду, якщо визначають, що якість питання неврегульовані у договорі, оскільки договір завжди може змінюватися чи доповнюватися за згодою сторін.

Водночас, існує небезпека надання судам занадто великих повноважень із заповнення прогалин, за допомогою яких можна просто «переписувати договір». У зв'язку із цим, ст. II.-9:101 (2) DCFR обмежує це повноваження випадками, коли регулювання питання, яке сторони, не передбачили, «є необхідним». При цьому як зазначає коментар, необхідність у даному випадку виконує дві функції: 1) дає зрозуміти, що повноваження, встановлені ст. II.-9:101 (2) DCFR, не можуть реалізовуватися, якщо регулювання відповідного питання випливає із одного із джерел, передбаченого ст. II.-9:101 (1) DCFR; 2) вказує на те, що суд не може використовувати свої повноваження просто задля того, щоб «покращити» договір. Визначення того, чи є додаткова умова необхідною, віднесено DCFR на розсуд суду. При цьому він повинен враховувати, зокрема, фактори, вказані у ст. ст. II.-9:101 (2) DCFR, а також те, чи буде договір «працювати» без цієї умови. Можуть бути випадки, за яких, в цілому, договір до певної міри може виконуватися без додаткової умови, але окреме питання є неврегульованим, що створює очевидну проблему або грубе спотворення у балансі договору.

Як зазначалося, одним із факторів, що дозволяють дійти висновку про договірну умову, «яка мається на увазі», є характер та мета договору (ст. II.-9:101 (2) (a) DCFR), які, зокрема, можуть визначатися шляхом звернення до умов, що містяться в аналогічних контрактах, або конвенціях, які стосуються аналогічних договорів [140; с.607]. Іншим фактором є умови, за яких договір був укладений (ст. II.-9:101 (2) (b) DCFR). До них, зокрема, належать переговори, оскільки вони можуть бути підтвердженням того, «про що сторони ймовірно домовилися б, якби передбачили випадок, який виник» [140; с.607]. Встановити таку умову можна й керуючись вимогами добросовісності та чесного ведення справ (ст. II.-9:101 (2) (c) DCFR). Це означає, що суд, заповнюючи прогалини у договорі,

повинен зважати на об'єктивне бачення того, що вимагає добросовісність та чесне ведення справ. Якщо питання, яке не було передбачене, створює неприйнятний ризик для однієї із сторін, в той час як умова «яка мається на увазі» надає такій сторін захист, відповідну умову можна застосовувати [140; с.607].

Умова «яка мається на увазі» повинна відповідати вимогам, встановленим ст. II.-9:101 (3) DCFR, тобто по можливості бути такою, якою вона була б, якби сторони її передбачили. В окремих випадках можуть існувати певні докази, які дозволяють встановити ймовірну згоду сторін з деякою часткою впевненості. Наприклад, сторони могли послідовно відхиляти один спосіб вирішення питання і обирати інший спосіб вирішення щодо низки прогнозованих проблем. За таких умов було б розумно зробити висновок про те, що вони ймовірно обрали б той самий підхід для непередбаченого питання. Проте в інших випадках оцінка того, на що сторони ймовірно погодилися б, повинна засновуватися на більш загальних міркуваннях. Наприклад, зазвичай буде допустимим вважати, що сторони хотіли б, щоб договір виконувався чесно, розумно та зручно [140; с.607].

Разом із тим бувають випадки, коли сторони передбачали певні обставини і навмисно залишили їх неврегульованими в договорі, приймаючи відповідні ризики, які виникають у зв'язку із цим. Сторони мають таку можливість в силу принципу автономії волі, відтак правила про заповнення прогалин, встановлені ст. II.-9:101 (2) DCFR, не повинні застосовуватися. Однак, таку ситуацію слід відрізняти від тієї, у якій сторони передбачали відповідну обставину і забули її врегулювати у договорі, не маючи наміру прийняти ризики такого неврегулювання [140; с.607].

Слід відзначити те, що DCFR не обмежує договірні умови, які маються на увазі. В юридичній літературі зустрічається й інша позиція. Так, А.Ф. Черданцев зазначає, що умови, які маються на увазі, можуть стосуватися найрізноманітніших аспектів договору крім істотних, згода щодо яких обов'язково повинна бути досягнута і у відповідній формі виражена [421; с.337].

Законодавство багатьох європейських країнах допускає, що умови договору можуть

бути як явно вираженими, так і мовчазними. Так, наприклад, відповідно до § 863 (1) АЦУ намір сторони може бути виражений не лише прямо словами і стандартизованими знаками, але й у мовчазний спосіб шляхом вчинення дій, які, з урахуванням усіх обставин, ясно показують наміри. § 863 (2) АЦУ встановлює, що для визначення того, чи є умова частиною договору на цій підставі, має бути ретельно проаналізована практика та звичаї, що застосовуються по відношенню до таких правочинів [61].

Схоже правило встановлене ст. 6: 248 (1) ЦК Нідерландів, відповідно до якої договір має не лише наслідки, обумовлені сторонами, але й наслідки, які у зв'язку з природою договору, випливають із закону, звичаїв чи вимог розумності та добросовісності [106]. Відповідно до ст. 1135 ФЦК угоди зобов'язують не лише до того, що в них виражено, але й до усіх наслідків, виконання яких відповідно до характеру цього зобов'язання вимагають справедливість, звичай чи закон [65]. Відповідно до ст. 1258 ЦК Іспанії договори укладаються простою згодою, і відтак, пов'язують сторони до виконання не лише питань, явно виражених у них, але й також до наслідків, які відповідно до їх природи, добросовісності, звичаїв та закону [168].

Французькому, іспанському та голландському праву невідоме поняття «умов, що маються на увазі». Проте, тут також є можливість заповнення прогалин у договорах, через використання конструкції «наслідків» зобов'язання, що вимагаються справедливістю, звичаями або законом [546; с.462].

Взагалі, як зазначає коментар до DCFR, фраза «умови, що маються на увазі» походить з англійського права. Підхід ст. 9:101 DCFR відповідає англійському праву за винятком того, що воно звичайно не посилається на вимоги добросовісності та чесного ведення справ. Крім того, англійські суди дуже неохоче припускають наявність умов в договорах. Особливо це стосується випадків, коли умова є незвичайною (умова, яка припускається в силу факту) , такою, яка не використовується у договорах даного типу. Існування умови буде припускатися тільки, якщо це необхідно для економічної дієвості договору або є настільки очевидним, що є само собою зрозумілим [140; с.608].

У ФРН відомим є «конструктивне тлумачення», правила застосування якого

створенні прецедентним правом. Воно полягає у тому, що суддя виявляє та бере до уваги те, що у світлі мети договору, сторони сказали б, якби передбачали і врегулювали певне питання відповідно до вимог добросовісності та чесної практики. До уваги беруться точки зору обох сторін, з тим, щоб визначити справедливий баланс інтересів, якого вони б досягли, діючи розумно і сумлінно [546; с.463].

Проявом принципу добросовісності є й те, що деякі переддоговірні заяви можуть розглядатися як умова договору (ст. II.-9:102 DCFR). Для визначення того, чи може переддоговірна заява розглядатися як умова договору, пропонується використовуватися об'єктивний підхід, критерії для використання якого встановлені ст. II.-9:102 (1) DCFR. Водночас, коментар визнає що навіть без цієї норми аналогічних результатів можна досягнути, використовуючи норми щодо односторонніх обіцянок та тлумачення оферти та інших юридичних актів. Аналогічних результатів можна досягти також застосовуючи норми про розумні очікування сторін певних договорів. Введення в оману однієї із сторін також може призвести до виникнення права на визнання договору недійсним та відшкодування збитків за неточну інформацію.

Підхід, запропонований ст. II.-9:102 (1) DCFR, не є новим. Його можна спостерігати у ст. 8 (3) КМКП.

Стаття II.-9:102 (2) DCFR встановлює загальне правило щодо переддоговірних заяв підприємців, які стосуються конкретних характеристик «того, що має бути поставлене за договором», тобто товарів чи послуг. Такі заяви розглядаються як договірні умови, незалежно від того, чи були вони адресовані контрагенту або невизначеному колу осіб. Підставами для незастосування цього правила є : 1) знання іншої сторони (або від неї розумно можна було очікувати знання) того, що заява була неправильною або що з інших причин дана заява не могла розглядатися як договірна умова. Це, зокрема, охоплює ситуації, коли реклама, яка містить помилку, була публічно виправлена до того, як договір був укладений. Також не можуть породжувати зобов'язань очевидно застарілі або дуже розпливчасті заяви, або такі, що містять попередження про те, що можуть застосовуватися спеціальні умови; 2) прийняття іншою стороною рішення незалежно від переддоговірної заяви, тобто відсутність причинно-наслідкового зв'язку між заявою та рішенням укласти

договір. Неправильна інформація у переддоговірній заяві або порушення зобов'язання, яке міститься у ній є підставою для застосування звичайних способів захисту за невиконання договірних зобов'язань.

В силу ст. II.-9:102 (3) DCFR правило про те, що переддоговірні заяви підприємців є договірними умовами поширюється й на випадки, коли переддоговірна заява, здійснена особою, яка займається рекламою або маркетингом від імені підприємця. Стаття II. -9:102 (4) DCFR поширює відповідальність підприємця за публічні заяви виробника, професійного дистриб'ютора чи іншої особи у бізнес-ланцюжку між виробником та споживачем. В основі даного положення ст. 2 (2) (d) Директиви 1999/44/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 25 травня 1999 року про певні питання продажу товарів для споживачів та пов'язані гарантії яка передбачала, що споживчі товари відповідають договору, якщо вони «показують якість та продуктивність, що є нормальними для товарів того ж типу і які споживач вправі розумно очікувати, з урахуванням характеру товарів і беручи до уваги будь-які публічні заяви щодо специфічних характеристик товарів, зроблених продавцем, виробником або його представником, зокрема, у рекламі або маркуванні» [93][156]. Правило ст. II.-9:102 (4) DCFR не застосовується, якщо підприємець у момент укладення договору не знав і від нього не можна розумно очікувати, щоб він знав про заяву, зроблену іншою особою, яка бере участь у бізнес-ланцюжку. У якості ілюстрації такої ситуації коментар наводить наступний приклад: «перед покупкою фібрового картону типу Z у S, B запитує виробника M, чи картон, який B збирається використовувати для будівництва будівлі, вогнетривкий. M помилково передає інформацію про фібровий картон типу T, який є вогнетривким. S, який нічого не знає про інформацію, надану B, не відповідає за помилку» [140; c.613].

Стаття II.-9:102 (5) DCFR надає підприємцю, який під час укладення договору не знав і від нього не можна розумно очікувати, що він знав про те, що заява здійснена виробником чи іншою особою у бізнес-ланцюжку була неправильною, має право на відшкодування шкоди від особи, яка зробила заяву, за будь-які зобов'язання, які виникли як

[156] Зараз ця Директива змінена. –Див. [92].

результат такої заяви.

Дану норму порівнюють зі ст. 4 Директиви 1999/44/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 25 травня 1999 року «Про певні питання продажу товару товарів для споживачів та пов'язані гарантії», яка встановлює, що: «У випадку якщо останній продавець повинен відповідати перед споживачем за брак невідповідності, який є результатом дії чи недбалості виробника, попереднього продавця чи будь-якого посередника, продавець може застосувати способи захисту проти відповідальної особи. Національне законодавство повинно встановити відповідального чи відповідальних, проти кого останній продавець може використовувати способи захисту, так само як і відповідні дії та умови їх виконання» [93].

В цілому слід відзначити, що за способом формулювання умов, які стосуються тлумачення договорів, міжнародні уніфіковані документи використовують наступні підходи: 1) встановлення загальних критеріїв тлумачення (КМКП); 2) встановлення загальних критеріїв тлумачення та спеціальних правил, застосовуваних у випадку, якщо умова договору є неясною або якщо у договорі є прогалина (Принципи УНІДРУА, PECL); 3) встановлення спеціальних правил тлумачення окремих умов (Правила ІНКОТЕРМС, UCP-600)[157].

Загальновизнаним є те, що результатом використання принципу добросовісності під час тлумачення договору має стати визначення його справжнього смислу. У зв'язку із цим досліджені міжнародні уніфіковані акти на перший план висувають необхідність використання суб'єктивного критерію. У КМКП використання даного критерію полягає у встановлені наміру сторони договору, у Принципах УНІДРУА, PECL, DCFR - спільного наміру сторін або наміру однієї сторони. При цьому Принципи УНІДРУА допускають, що використання такого критерію може призвести до надання умовам договору значення, яке відрізняється як від їх буквального значення так і від розуміння розумної особи.

[157] Так, наприклад, відповідно до ст. 3 UCP-600: «Вираз «дата чи приблизно» чи подібні йому повинні розумітися як застереження про те, що подія повинна статися протягом п'яти календарних днів до і п'яти календарних днів після вказаної дати, включаючи обидва останніх дня. Терміни «перша половина» і «друга половина» місяця будуть означати відповідно з 1 по 15 та з 16 до останнього дня місяця включно» [131].

Принцип добросовісності та чесного ведення справ вимагає, щоб намір сторони був визначальним для тлумачення умов договору лише якщо інша сторона знала або не могла не знати, яким був цей намір (ст. 8 (1) КМКП, ст. 4.2. (1) Принципів УНІДРУА). Таким чином, застосування вказаного принципу призводить до того, умовами використання наміру сторони для тлумачення договірних умов є добре знання сторонами одна одної, або високий ступінь ясності тверджень відповідної сторони, а також доступність наміру іншій стороні. У зв'язку із цим, можна стверджувати, що використання суб'єктивного критерію тлумачення заяв та поведінки сторони за КМКП вимагає їх певної об'єктивації. Водночас необхідність встановлення справжнього змісту договору обумовлює те, що тлумачення не обмежується аналізом використаних слів або вчинених дій, а вимагає врахування усіх відповідних обставин (ст. 8 (3) КМКП).

За неможливості встановити спільний намір сторін або намір сторони, КМКП, Принципи УНІДРУА, PECL, DCFR передбачають можливість використання об'єктивного критерію, який полягає у «встановленні розумінням, яке мала б розумна особа, котра виступає в тій самій якості, що й інша сторона за аналогічних обставин». Критерії визначення того, яка особа діє «у тій самій якості», а також аналогічних обставин встановлюються судовою та арбітражною практикою.

Крім того, слід відзначити, що DCFR встановлює необхідність використання об'єктивного критерію й тоді, коли договір впливає на права третіх осіб, які розумно та добросовісно покладаються на об'єктивне значення договору.

Особливістю Принципів УНІДРУА є те, що у випадку використання стандартних умов у договорі, вони допускають їх тлумачення «відповідно до розумних очікувань середнього користувача незалежно від значення, яке надається відповідній договірній умові тією чи іншою стороною договору або розумними особами, які діють у тій же якості що й сторони». Що також слід відмітити як прояв принципу добросовісності.

Для міжнародних уніфікованих актів (ст. 8 (3) КМКП, ст. 4.3. Принципів УНІДРУА, ст. 5:102 PECL, ст. II. – 8:102 (1) DCFR) характерним є те, що вони встановлюють приблизний перелік чинників, які слід враховувати як при з'ясуванні наміру

сторони або спільного наміру сторін так і під час визначення розуміння, яке б мала розумна особа.

Згідно з Принципами УНІДРУА до таких чинників належать, зокрема: 1) попередні переговори між сторонами; 2) практика, яку сторони встановили у своїх взаємовідносинах; 3) поведінка сторін після укладення договору; 4) характер та мету договору; 5) загальноприйняті у відповідній галузі підприємницької діяльності значення слів та виразів; 6) звичаї. При цьому перші три є більш важливими для з'ясування спільного наміру сторін або наміру сторони, а три останні – для встановлення розуміння, яке б мала розумна особа.

Порівняно із Принципами УНІДРУА, PECL, DCFR встановлюють більш широке коло чинників, які слід враховувати під час тлумачення договірних умов. Зокрема, даний документ прямо визначає необхідність врахування вимог добросовісності та чесної ділової практики, а також тлумачення сторонами аналогічних договірних положень, яке мало місце раніше.

Особливістю DCFR є те, що у ньому спеціально регулюються питання тлумачення договору, які виникають в осіб, які не були сторонами договору у момент його укладення, і стали такими лише згодом в силу правонаступництва.

Міжнародні уніфіковані документи не однаково ставляться до можливості використання попередніх заяв для тлумачення договорів. Так, і КМКП, і Принципи УНІДРУА, і PECL та DCFR включають попередні переговори до обставин, які можуть бути враховані для тлумачення договору. Водночас, Принципи УНІДРУА, PECL та DCFR допускають існування у комерційних контрактах застережень про поглинання. І якщо ст. 2.1.17 Принципів УНІДРУА встановлює, що попередні заяви та домовленості можуть бути використані для тлумачення письмового договору, не зважаючи на існування застереження про поглинання, ст. 2:105 (3,4) PECL, ст. II.-4:104 (3,4) DCFR допускають обмеження або виключення можливості використання попередніх заяв для тлумачення, якщо сторони спеціально це погодили або якщо інша сторона розумно покладалася на попередні заяви або поведінку.

Принцип добросовісності виявляється й у спеціальних правилах тлумачення, найяскравішим із яких є правило «contra proferentem» (ст. 4.6. Принципів УНІДРУА, ст. 5:103 PECL, ст. II. – 8:103 (1) DCFR).

Необхідно відзначити, що в українській доктрині О.А. Беляневич вносилися слушні пропозиції щодо запозичення правила «contra proferentem» із Принципів УНІДРУА та PECL «у разі відсутності усталених вітчизняних традицій щодо судового тлумачення господарських договорів» [212;с.523].

На наш погляд, дане правило доцільно використовувати не лише при тлумаченні господарських договорів, але й приватноправових договорів в цілому. Крім того, доцільно запозичити підхід, запропонований ст. II. -8:103 (2) DCFR, тобто, застосовувати правило contra proferentem не лише по відношенню до умов, які не були спеціально узгоджені, але й до усіх умов, що були сформульовані під домінуючим впливом однієї із сторін.

Крім того, на наш погляд, надання переваги буквальному значенню слів, закріплене у ст. 213 (3) ЦК України, в ряді випадків не дозволить визначити справжній зміст договірної умови, а відтак, призведе до порушення принципу добросовісності та чесного ведення справ. Саме тому, на наш погляд, підхід, запропонований дослідженими міжнародними уніфікованими документами та національним правом окремих європейських держав, щодо необхідності використання перш за все суб'єктивного критерію, є більш вдалим.

В український цивілістичній доктрині вносилися пропозиції віддання переваги дійсній волі сторін в усіх договорах, крім господарських [354; с.4].

На наш погляд, якщо воля (намір) сторін співпадає, їй повинна віддаватися перевага незалежно від того, чи є даний договір господарським.

Крім того, доцільним, на наш погляд, є й закріплення у ЦК України норми про те, що у певних випадках договір може тлумачитися й відповідно до наміру однієї із сторін. Об'єктивний критерій тлумачення повинен використовуватися за неможливості застосувати суб'єктивний критерій, а також, якщо потреба у тлумаченні договору виникає у

особи, яка не була його стороною у момент укладення. Доцільно також визначити у ЦК України перелік чинників, що повинні враховуватися під час тлумачення договору.

У зв'язку із цим, пропонуємо викласти ст. 637 ЦК України у наступній редакції: «1. Договір повинен тлумачитися відповідно до спільного наміру сторін, навіть якщо він відрізняється від буквального значення використаних слів. 2. Якщо одна із сторін у момент укладення договору мала намір надати договірним умовам певного значення, а інша сторона знала або не могла не знати про такий намір першої сторони, договірні умови тлумачаться відповідно до наміру першої сторони. 3. Якщо намір не може бути визначений відповідно до ч.ч. 1,2 цієї статті, або потреба у тлумаченні договірних умов виникає у правонаступника сторони договору, договірні умови тлумачаться відповідно до того значення, яке б йому надали схожі зі сторонами розумні особи за аналогічних обставин. 4. Під час тлумачення на підставі ч.ч. 1-3 цієї статті до уваги повинні братися усі обставини, включаючи: (а) попередні переговори між сторонами; (б) практика, яку вони встановили у своїх відносинах; (в) їх поведінка після укладення договору; (г) характер та мета договору; (д) для договорів, що укладаються між суб'єктами підприємницької діяльності – загальноприйняте у відповідній галузі значення слів та виразів; (е) звичаї; (є) добросовісність та чесне ведення справ. 5. Якщо потреба у тлумаченні умов договору виникає у особи, яка не була стороною договору у момент його укладення (правонаступника), обставини, зазначені у п.п. (а) і (б) ч. 4 цієї статті, враховуються тією мірою, якою вони були відомі такій особі або від неї можна розумно очікувати, що вони були їй відомі.»

Аналіз DCFR та Принципів УНІДРУА дозволяє визначити принципи заповнення прогалин у договорі, запропоновані цими документами.

Ст. 4.8. Принципів УНІДРУА ознакою договірною умови, яка у договорі прямо не виражена, але якою договір може бути доповнений, називає «найбільшу доцільність за даних обставин». При цьому зі ст. 4.8. (2) Принципів випливає, що добросовісність та чесне ведення справ є одним із факторів, які можуть бути взяті до уваги для визначення найбільш доцільної за даних умов обставини.

Можливість суду врахувати договірну умову, що не була спеціально передбачена, встановлюється й ст. ст. II.-9:101 DCFR. При цьому до такої договірної умови висуваються вимоги щодо того, що вона по можливості повинна бути такою, яку б сторони передбачили за даних обставин. Обмеженням застосування умов, що не були спеціально передбачені виступає принцип свободи договору. Тобто, суд не може застосовувати такі умови, якщо сторони навмисно залишили питання не врегульованим у договорі. Так само як і Принципи УНІДРУА, DCFR вказує на добросовісність та чесне ведення справ як один із факторів, що можуть матися на увазі при визначенні умови, яка не була визначена прямо у договорі.

4.3. Добросовісність як джерело виникнення обов'язків сторін договору.

Приватний договір виникає в результаті домовленості його сторін щодо певних питать, відтак ведення переговорів щодо визначення його умов має особливе значення. При цьому сучасні міжнародні уніфіковані документи та національне право багатьох держав серед вимог до ведення переговорів, вказують на необхідність дотримання принципу добросовісності та чесного ведення справ.

Добросовісність ведення переговорів найчастіше розуміється як виконання договірними сторонами певних обов'язків: інформувати іншу сторону з усіх питань, знання яких допоможе їй прийняти рішення та надати згоду на укладення договору, не проводити переговорів за відсутності наміру досягти згоди із іншою стороною, зберігати конфіденційну інформацію, отриману під час переговорів (щоправда цей обов'язок може тривати й після закінчення переговорів), не використовувати нечесно переваг під час переговорів, привертати увагу до умов договору, у розробці яких інша сторона не бере участі.

Дані обов'язки закріплені у міжнародних уніфікованих документах, відомі вони й національним правовим системам. Так, відповідно до ст. 2.1.15 (1,2) Принципів УНІДРУА: «(1) Сторона вільна проводити переговори та не несе відповідальності за недосягнення згоди. (2) Проте сторона, яка веде переговори або їх перериває недобросовісно, несе відповідальність за збитки, завдані іншій стороні» [180; с.59]. Стаття 2.1.15 (3) Принципів УНІДРУА пов'язує недобросовісність переговорів із тим, що вони починаються або продовжуються без наміру досягти згоди з іншою стороною. Водночас Коментар до цієї статті до проявів недобросовісної поведінки під час переговорів відносить також навмисне або недбале введення в оману однією стороною іншої сторони щодо природи та умов договору, яке може виявлятися у викривленні фактів або у нерозкритті фактів, які з урахуванням якості сторін або природи договору, повинні бути розкриті [180; с.60]. Якщо недобросовісність переговорів виявилася у їх проведенні без наміру укласти договір у потерпілої сторони виникає право на відшкодування збитків ст. (2.1.15 (2) Принципів УНІДРУА).

Під збитками, про які йдеться у даному випадку розуміють витрати, понесені для проведення переговорів іншою стороною, компенсацію втраченої можливості укласти договір з третьою особою. Однак упущена вигода, яку б сторона могла отримати, якби в результаті проведення переговорів договір був укладений, зазвичай відшкодуванню не підлягає.

За загальним правилом, встановленим ст. 2.1.15 Принципів УНІДРУА недобросовісне ведення переговорів не дає права на використання способів захисту, що застосовуються у разі невиконання договірних зобов'язань. Виключення складає випадок, коли сторони явно домовилися вести переговори добросовісно [180; с.59].

Так, у одній із справ, яка розглядалася Міжнародним арбітражним судом МТП, проведення переговорів без наміру їх укласти стало підставою для рішення арбітражу, яким сторони зобов'язувалися оперативно відновити переговори з метою укладення договору про поставку кабелів відповідно до параметрів, зазначених у попередній угоді. Винесення такого рішення стало можливим серед іншого й тому, що позивач (постачальник телекомунікаційних систем у США) та відповідач (виробник телекомунікаційних кабелів) уклали попередню угоду, за якою зобов'язалися вести переговори добросовісно [591].

Проявом недобросовісності є також розголошення чи використання неналежним чином конфіденційної інформації, наданої однією зі сторін у процесі переговорів (ст. 2.1.16 Принципів УНІДРУА).

За загальним правилом для того, щоб інформація набула статусу конфіденційної, сторона, яка повідомляє, повинна явно виразити свій намір щодо цього [180; с.63]. Однак, в окремих випадках обов'язок не розкривати інформацію може виникнути незалежно від вимоги сторони. Зокрема, це матиме місце, якщо з урахуванням особливого характеру інформації або професійних якостей сторін, розкриття інформації чи її використання для власних цілей стороною, яка її отримала, суперечитиме вимогам добросовісності та чесного ведення справ. Коментар до Принципів УНІДРУА наводить наступний приклад такої ситуації: «А зацікавлений в укладенні договору про спільну діяльність з В або С, які є виробниками автомобілів у країні Х. Під час переговорів з В, А отримав детальну інформацію, яка стосується нової моделі автомобіля. Хоча В не висловлював А прохання

поводитися з інформацією як конфіденційною, на А може покладатися обов'язок не розголошувати її С та не використовувати її у власному виробництві» [180; с.63].

Згідно зі ст. 2.1.16 Принципів УНІДРУА порушення обов'язку конфіденційності дає підстави для отримання компенсації, що базується на вигоді, отриманій іншою стороною. При цьому як зазначає коментар до Принципів УНІДРУА сума компенсації залежить від того, чи уклали сторони угоду про нерозголошення конфіденційної інформації. Якщо постраждала сторона не понесла жодних збитків, вона може отримати право на відшкодування стороною, яка порушила обов'язок конфіденційності, вигоди, яку остання отримала внаслідок розкриття інформації третім особам або використання її у власних цілях [180; с.64].

Безумовно, недобросовісними слід вважати також дії сторони, відповідальність за які передбачена ст. 3.2.7. Принципів УНІДРУА: нечесне використання стороною своєї переваги над іншою стороною, яка перебувала в залежності від неї, або у важкому економічному становищі, або ж мала надзвичайні потреби, або через її непередбачливість, незнання, недосвідченість і відсутність вміння ведення переговорів.

В окремих випадках характер та мета договору також можуть надавати одній стороні нечесну перевагу над іншою. Наприклад, договірна умова, яка встановлює надзвичайно короткий період для надання повідомлення про недоліки товарів або послуг може надавати або не надавати постачальнику значну перевагу в залежності від характеру товарів або послуг.

У випадку, коли недобросовісність виявилася у нечесному використанні своєї переваги іншою стороною, у постраждалої сторони виникає право: 1) відмовитися від договору або його окремої частини (ст. 3.2.7. (1) Принципів УНІДРУА); 2) вимагати від суду змінити договір або договірну умову так, щоб вони відповідали розумним комерційним стандартам чесного ведення справ (ст.3.2.7. (2) Принципів УНІДРУА).

Сторона, яка бажає відмовитися від договору на підставі ст. 3.2.7. (1) Принципів УНІДРУА, повинна надіслати іншій стороні повідомлення про це. При цьому сторона, яка отримала таке повідомлення, має право звернутися до суду з вимогою про зміну договірної умови або договору. Умовою задоволення цієї вимоги серед іншого, є повідомлення стороною-ініціатором іншої сторони про її звернення до суду здійснене до моменту, коли інша сторона вчинила якісь дії, покладаючись на своє повідомлення про відмову.

Різновидом недобросовісної поведінки є заперечення стороною домовленостей досягнутих під час переговорів з формальних підстав. Так, наприклад, Апеляційний суд Гента (Бельгія) визнав укладеним договір купівлі-продажу, що був оформлений як «Лист про наміри». Даний документ був підписаний бельгійським продавцем та французьким покупцем в результаті переговорів про продаж пластикових тримачів для пейджерів, що підлягали виготовленню у майбутньому. Зміни на ринку, що сталися після проведення переговорів, стали причиною заперечень покупця про існування договору та звернення до суду продавця у зв'язку із порушенням договору [587].

Рішення суду ґрунтувалося на ст. 7 (1) КМКП, яка, як відомо, буквально встановлює необхідність дотримання вимог добросовісності лише під час тлумачення Конвенції. Однак, сьогодні обов'язок сторін діяти добросовісно по відношенню до договору - загальновизнаний принцип у практиці застосування КМКП та доктрині, не зважаючи на те, що прямо він не зафіксований у тексті Конвенції, а також на те, що серед її розробників не було згоди щодо його фіксації у КМКП [532; с.52].

Стаття 2:301 PECL є аналогічною положенням ст. 2.1.15 Принципів УНІДРУА. Крім того, PECL закріплюють обов'язок сторін вести переговори добросовісно навіть після укладення договору. Мова йде про ситуацію, передбачену ст. 6:111 (2) PECL, відповідно до якої якщо виконання договору стало занадто обтяжливим у зв'язку із істотною зміною обставин, сторони зобов'язані вступити у переговори з метою зміни чи припинення договору. Відповідно до ст. 6:111(3) PECL суд може присудити відшкодування збитків в результаті відмови сторони вступити у такі переговори або їх зриву, здійснених з порушенням вимог добросовісності та чесного ведення справ.

Проявом принципу добросовісності на переддоговірній стадії у PECL називають також особливі обов'язки сторони, яка перебуває у домінуючому становищі [544; с.109]. До них, зокрема, належать: 1) обов'язок сторони привертати увагу іншої сторони до умов, які спеціально не узгоджувалися (ст. 2:104 PECL); 2) обов'язок не отримувати надмірну вигоду від договору чи несправедливу перевагу з договору (ст. 4:109 PECL), а також використання несправедливих умов (ст. 4:110 (1) PECL).

Крім того, не зважаючи на те, що PECL не встановлюють прямо обов'язку сторони розкривати іншій стороні інформацію, ст. 4:107 (1) надає стороні право відмовитися від договору, «якщо вона уклала його в результаті навмисного введення в оману іншою стороною, здійсненого як вербально, так і самою поведінкою або умисним нерозкриттям певної інформації, яку така сторона повинна була повідомити у відповідності з принципами добросовісності і чесного ведення справ». При визначенні того, чи повинна була сторона розкрити певну інформацію, необхідно враховувати всі обставини, включаючи наступні: (a) чи володіє сторона відповідним спеціальним досвідом; (b) вартість придбання відповідної інформації; (c) чи могла інша сторона отримати для себе таку інформацію на розумних підставах, а також (d) очевидну важливість такої інформації для іншої сторони (ст. 4:107 (3) PECL).

Обов'язок не розголошувати конфіденційну інформацію, отриману під час переговорів від іншої сторони та не використовувати її у своїх власних цілях встановлюється ст. 2:302 PECL. Даний обов'язок існує не залежно від того, чи був укладений договір в результаті переговорів. Наслідком порушення цього обов'язку є виникнення права у потерпілої сторони на відшкодування заподіяних збитків, а також повернення отриманої вигоди іншою стороною.

У DCFR добросовісності під час ведення переговорів присвячена ст. II.–3:301, відповідно до якої: «(1) Особа має право вести переговори і не несе відповідальності за недосягнення угоди. (2) Особа, яка веде переговори має обов'язок вести їх відповідно до вимог добросовісності і чесного ведення справ, та не переривати їх усупереч добросовісності та чесному веденню справ. Цей обов'язок не може бути виключений або обмежений договором. (3) Особа, яка порушує цей обов'язок несе відповідальність за будь-який збиток, заподіяний іншій стороні таким порушенням. (4) Добросовісності і чесному веденню справ суперечить, зокрема, те, що особа укладає чи продовжує переговори без реального наміру досягти угоди з іншою стороною».

Таким чином, DCFR з одного боку встановлює свободу вступати у переговори та переривати їх (за винятком випадків, коли закон зобов'язує до укладення певних договорів або забороняє вибір контрагента шляхом дискримінації інших), однак з іншого боку ця

свобода обмежується обов'язком вести переговори добросовісно та відповідно до вимог чесного ведення справ.

Коментар до DCFR наголошує на тому, що мова йде про «обов'язок», а не про «зобов'язання», що означає, що способи захисту, передбачені у випадку невиконання зобов'язань у даному випадку не застосовуються. Зокрема, неможливим є застосування таких способів захисту як виконання в натурі, а також відмова від виконання взаємних зобов'язань. Тобто, порушення однією стороною обов'язку вести переговори добросовісно не дає права іншій стороні не виконувати її обов'язку добросовісного ведення переговорів. Однак, у постраждалої сторони виникає право вимагати відшкодування збитків (ст. II.–3:301 (3) DCFR) [140; с.271].

Вважається, що збитки у даному випадку охоплюють: 1) витрати понесені для проведення переговорів (наприклад, дорожні витрати для того, щоб дістатися місця переговорів); 2) оплату роботи, виконаної з метою підготовки до переговорів (зокрема, підготовку документації); 3) збитки, які виникли внаслідок вчинення дій у розрахунку на очікуваний договір.

В окремих випадках допускається компенсація упущеної вигоди. Однак, потерпіла сторона не може претендувати на те, щоб перебувати у становищі, в якому вона була б, якби договір був належним чином укладений і зобов'язання із нього були належним чином виконані [140; с.273].

Відповідальність, передбачена даною статтею, виникає у випадку: 1) вступу у переговори усупереч добросовісності та чесному веденню справ, зокрема, коли особа (особливо професіонал), вступає у переговори завідомо знаючи, що вони ніколи не призведуть до укладення договору; 2) продовження переговорів усупереч добросовісності та чесному веденню справ (Особа вступає у переговори з наміром укласти договір. Через деякий час втрачає цей намір, однак при цьому вона не повідомляє іншу сторону про те, що не укладе договору. Таке рішення вона приймає тому, що інша сторона оплачує їй витрати на дорогу до місця ведення переговорів, у якому їй треба бути з інших, незалежних від

переговорів причин); 3) припинення переговорів усупереч добросовісності та чесному веденню справ [140; с.272].

Водночас, коментар до DCFR допускає, що якщо недобросовісність на стадії ведення переговорів виявлялася у введенні в оману, вона може стати підставою для деліктної відповідальності.

Крім того, DCFR встановлює обов'язки щодо розкриття певної інформації перед укладенням договору. Так, зокрема, ст. II.-3: 101 встановлює загальний обов'язок підприємця розкривати інформацію про товари, інше майно та послуги, які будуть постачатися за договором, іншій особі, на яку вона може розумно очікувати з урахуванням стандартів якості. Визначаючи те, розкриття якої інформації може розумно очікувати особа, необхідно враховувати, чи є інша сторона також підприємцем і чи ненадання такої інформації буде відхилятися від «хорошої комерційної практики».

Статті II. – 3:102 - II. – 3:108 DCFR встановлюють спеціальні обов'язки підприємця щодо інформування споживачів перед укладенням договору.

Стаття II. – 3:109 DCFR передбачає наступні наслідки порушення інформаційних обов'язків: 1) виникнення у споживача права на відмову від договору (При укладенні договору зі споживачем, який перебуває в особливо невигідному інформаційному становищі (зокрема, через технічні засоби, що використовуються для укладення договору, фізичної відстані між підприємцем та споживачем, природи правочину (ст. II. - 3:103 DCFR); 2) виконання підприємцем усіх обов'язків, яких від нього інша сторона розумно очікує внаслідок відсутності або неправильності інформації (за умови, що договір був укладений). Невиконання підприємцем цих обов'язків дає підстави для використання способів захисту, передбачених у випадку невиконання зобов'язань Книгою III, Глави 3 DCFR (виправлення боржником неналежного виконання, право вимагати виконання зобов'язання, відмова від виконання зустрічного зобов'язання, припинення договору, зниження ціни, відшкодування збитків та відсотків за невиконання грошового зобов'язання); 3) виникнення відповідальності підприємця за будь-які збитки, заподіяні іншій стороні невиконанням підприємцем інформаційних обов'язків. Причому

відповідальність виникає незалежно від того, чи був укладений договір чи ні. Цей спосіб захисту не використовується тією мірою, якщо можливим є використання способу захисту за невиконання договірного зобов'язання; 4) можливість анулювання договору, якщо невиконання інформаційних обов'язків призвело до помилки (ст. II. – 7:201 DCFR).

Важливим також є те, що у відносинах між підприємцем та споживачем сторони не можуть, на шкоду споживачеві, виключити застосування правил ст. II. – 3:109 DCFR або відступати від них або змінювати їх наслідки[158].

Обов'язок не розкривати конфіденційну інформацію та не використовувати її власних цілей встановлений ст. II. – 3:302 DCFR. Аналогічно PECL та Принципам УНІДРУА існування цього обов'язку не залежить від того, чи був договір укладений. Конфіденційною вважається така інформація, про яку сторона, яка її отримує знає, що вона є конфіденційною для іншої сторони із характеру такої інформації або з обставин, в яких вона була отримана. Згідно зі ст. II. – 3:302 DCFR сторона, яка розумно припускає порушення обов'язку конфіденційності, може отримати постанову суду, яка забороняє таке порушення. Крім того, сторона-порушник несе відповідальність перед іншою стороною за будь-який збиток, заподіяний іншій стороні і може бути зобов'язана сплатити іншій стороні будь-яку вигоду, отриману внаслідок порушення.

Обов'язок добросовісного ведення переговорів встановлений й у національному праві окремих країн.

---

[158] Обов'язок інформувати споживача не є новим для права ЄС, в якому досить давно містяться вимоги щодо змісту інформації, яка має бути надана споживачеві, способу її подачі та необхідності дотримання добросовісності. Так, ще п. 4.2. Директиви 97/7/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про захист прав споживачів в дистанційних контрактах» від 20 травня 1997 року встановлював, що інформація, якою забезпечується споживач до укладення будь-якого дистанційного контракту, подається чітко та у повному обсязі будь-яким способом, що відповідає засобам дистанційного зв'язку, що використовується, приділяючи належну увагу принципам добросовісності при здійсненні комерційних операцій та принципам, що регулюють захист тих, хто нездатний, згідно законодавству держав-членів, надати свою згоду (наприклад, неповнолітні) [94]. (Зараз Директива 97/7/ЄС замінена Директивою 2011/83/EU [92].

Стаття 3 (2) Директиви 2002/65/ЄС Європейського Парламенту та Ради «Про дистанційний маркетинг споживчих фінансових послуг і про внесення змін в Директиву Ради № 90/619/ЕЄС та Директиви № 97/7/ЄС та 98/27/ЄС», що встановлює вимоги до інформації, яку споживач повинен отримати до укладення дистанційного договору, визначає, що така інформація повинна мати чітко виражену комерційну спрямованість і повинна бути надана в ясній формі будь-яким способом, доцільним з урахуванням використовуваного засобу дистанційної комунікації. Дана інформація повинна враховувати принципи добросовісності, що застосовуються до комерційних правочинів, принципи захисту осіб, нездатних, відповідно до законодавства держав-членів, давати свою згоду, наприклад, неповнолітніх [95].

Так, наприклад, у німецькому праві питання щодо необхідності дотримання добросовісності ведення переговорів було підняте ще у 1861 р. Р. фон Ієрингом у статті «Culpa in contrahendo або відшкодування збитків із недійсних або договорів, які не були остаточно оформлені» («Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen»). У статті, зокрема, наголошувалося, що вступ у переговори створює спеціальне правовідношення, яке покладає на кожну сторону обов'язок бути обачливим. Порушення цього обов'язку є підставою для настання відповідальності.

Дана праця стала поштовхом до розвитку німецької судової практики та юридичної думки щодо застосування принципу добросовісності на переддоговірній стадії. В результаті реформи німецького зобов'язального права 2001 року до НЦУ були внесені зміни, які законодавчо закріпили необхідність дотримання добросовісності на переддоговірній стадії. Так, наприклад, відповідно до пар. 311 (2) НЦУ: «Зобов'язання, що містить обов'язки відповідно до абз. 2 пар. 241[159], виникає також внаслідок: 1) вступу у переговори про укладення договору; 2) підготовки договору, за яким одна із сторін, покладаючись на відповідні правовідносини із правочину, надає іншій стороні впливати на свої права, правові блага та інтереси або довіряє їй їх; 3) ділових контактів».

Правила використання принципу добросовісності на переддоговірній стадії, розроблені у німецькому праві, була запозичені правом інших держав, зокрема, Швейцарії. Хоча тут відповідальність за недобросовісне ведення переговорів не закріплена на законодавчому рівні, вона сприйнята судовою практикою та доктриною. Визнаним є те, що «як тільки сторони вступлять у переговори, вони повинні поводитися відповідно до вимог добросовісності та чесного ведення справ. Кожна сторона зобов'язана робити все, що можна очікувати від чесного партнера, і, на скільки можливо, уникати усього, що може заподіяти шкоду іншій стороні» [544; с.113].

Чинний ФЦК не містить спеціального положення про необхідність дотримуватися вимог добросовісності під час ведення переговорів. (Хоча Проект ФЦК містив положення про те, що «договори мають укладатися і виконуватися відповідно до вимог

[159] Відповідно до пар. 241 (2) НЦУ «Відповідно до змісту зобов'язання кожна сторона може бути зобов'язана враховувати права, правові блага та інтереси іншої сторони» [110].

добросовісності» [526; с.34]. Однак, цей підхід не був сприйнятий, і сьогодні ст. 1134 (3) встановлює лише те, що «Угоди мають виконуватися добросовісно»).

Враховуючи широке визнання обов'язку вести переговори у судовій практиці, *Пропозиції* встановили обов'язок дотримання вимог добросовісності під час переговорів. Так, ст. 1104 *Пропозицій* встановлює, що «Сторони мають право починати, продовжувати і припиняти переговори, якщо це відповідає вимогам добросовісності. Припинення переговорів може призвести до відповідальності тільки у тому випадку, якщо це пов'язано із недобросовісністю або необережністю однієї із сторін». Відповідно до ст. 1104-1: *Пропозицій* «Сторони можуть, згідно з принциповою домовленістю зобов'язатися провести переговори з приводу укладення договору, умови якого ще підлягають обговоренню, пізніше, і працювати добросовісно над врегулюванням його умов» [526; с.639-642].

Як зазначалося добросовісне ведення переговорів означає і відкриття важливої для укладення договору інформації. У французькому праві вважається, що переддоговірний обов'язок інформувати покладається на продавця. Підставою для такого правила стало рішення третьої судової колегії із цивільних справ Касаційного суду по справі Baldus від 3 травня 2000 року, у якому Касаційний суд зазначив, на покупця не покладається жодного обов'язку із надання інформації (У цій справі покупець не поінформував продавця про широку відомість автора фотографій, які були йому передані, а відтак, і про їх цінність) [353].

У *Пропозиціях* обов'язок інформувати встановлений ст.ст. 1110, 1110-1, 1113-1. Так, відповідно до ст. 1110: «Якщо одна зі сторін знає або повинна знати інформацію, про яку їй відомо, що вона має вирішальне значення для іншої сторони, вона зобов'язана повідомити про це іншу сторону. Однак зобов'язання інформувати існує тільки на користь особи, яка не могла самостійно отримати інформацію, або могла законно покладалися на іншу договірну сторону, в силу (зокрема) природи договору або відповідного становища сторін. Сторона, яка претендує на отримання інформації, має обов'язок доказування, що інша сторона знала або повинна була знати таку інформацію, але інша сторона повинна довести, що вона виконала свої зобов'язання, з тим щоб уникнути відповідальності. Інформація є відповідною, якщо вона має прямий і необхідний зв'язок із

предметом або каузою договору». Згідно зі ст. 1110-1: «За відсутності наміру ошукати, невиконання обов'язку інформувати призводить до відповідальності сторони, яка мала такий обов'язок». Ст. 1113-1 Пропозицій встановлює, що: «Обманом є також те, коли одна зі сторін навмисно приховує факт, який якби був відомий іншій стороні, утримав би її від укладення договору, принаймні на умовах, про які сторони погодилися» [526; с.643]. *Пропозиції* у створенні даних норм надихалися французькою судовою практикою [526; с.35].

Англійське право, в якому традиційно відіграють велику роль принципи свободи та правової визначеності, не поширює принцип добросовісності на ведення переговорів. Основним прецедентом з цього приводу вважається рішення Палати лордів, винесене у 1992 році по справі *Walford v. Miles*, в якому, зокрема, зазначається, що: «обов'язок вести переговори добросовісно в своїй основі суперечить змагальній позиції сторін на переговорах. Кожна зі сторін на переговорах має право переслідувати власний інтерес, до тих пір поки вона уникає введення в оману. Для просування цього інтересу сторона повинна мати право загрожувати відмовитися від подальших переговорів або просто відмовитися, сподіваючись, що протилежна сторона спробує відновити переговори, пропонуючи кращі умови» [628].

Однак, навіть в англійському праві відмова від застосування принципу добросовісності на переддоговірній стадії обмежена. Так, наприклад, існують деякі договори, які вимагають діяти добросовісно під час їх укладення через особливість їх предмету (зокрема, договори страхування, передачі акцій, купівлі-продажу землі, угоди у сфері сімейного та спадкового права) [544; с.115].

Відповідно до ст. 515 ЦК РМ сам факт ініціювання договору та ведення переговорів з метою його укладення є підставою для виникнення зобов'язань, які в свою чергу є підставою для виникнення права на отримання інформації.

Так, відповідно до ст. 516 ЦК РМ: «(1) Зобов'язальне відношення може породжувати право на інформування, хоча б це і не було прямо обумовлено. Надання інформації передбачає обов'язок видачі відповідних документів. (2) Право на інформування виникає

головним чином тоді, коли інформування має значення для визначення змісту зобов'язання, і може здійснюватися особою, від якої потрібно виконання, без ушкодження цим його прав. (3) Особа, яка вимагає інформування, має відшкодувати витрати, зроблені у зв'язку з цією особою, на якій лежить обов'язок інформування. Остання може вимагати здійснення стосовно себе забезпечувальних виконань» [10].

У багатьох національних правових системах недобросовісність ведення переговорів є причиною настання цивільної відповідальності. Однак, характер цієї відповідальності різниться у від країни до країни. Визначення характеру переддоговірної відповідальності набуває особливої значущості, якщо мова йде про міжнародні договірні зобов'язання, оскільки в залежності від відповіді на нього вирішується питання про використання колізійних норм, що застосовуються до договірних або деліктних зобов'язань.

У ФРН після реформи зобов'язального права 2002 року відносини, які виникають від початку переговорів до остаточного його укладення в силу положень пар. 311 (2) віднесені до договірних зобов'язань. Відповідно до пар. 241 (2) НЦУ договірні сторони пов'язані взаємними обов'язками турботливого ставлення до прав, майна та інтересів іншої сторони. Відтак, невиконання цих обов'язків є порушенням договору і підставою для застосування загальних правила пар. 280- 292 НЦУ. Потерпіла сторона може претендувати або на відшкодування заподіяної шкоди (пар. 280 (1), або на відшкодування, яке замінює виконання виконання договору (пар. 282) або на компенсацію понесених нею витрат (пар. 284) [110].

За французьким правом переддоговірна відповідальність належить до деліктної та регулюється ст.ст. 1382-1386 ФЦК. Якщо переговори відбувалися на підставі договору про переговори, то недобросовісна поведінка є підставою для договірної відповідальності. Такої ж точки зору дотримується судова практика Бельгії та Люксембургу [526; с.40].

У сучасному швейцарському праві Федеральним судом Швейцарської Конфедерації був був встановлений принцип відповідно до якого переддоговірна відповідальність заснована на «обманутій довірі» і має специфічну природу, відмінну як від договірної так позадоговірної відповідальності [526; с.41].

ЄСС, відповідаючи на питання Верховного касаційного суду Італії про те, чи підпадає позов про встановлення позадоговірної відповідальності під сферу дії положень ст. 5 (3) Брюсельської конвенції[160], виніс попереднє рішення, яким стверджувально відповів на дане запитання, зазначивши, зокрема, що «за відсутності зобов'язань, добровільно взятих на себе однією із сторін по відношенню до іншої у зв'язку із переговорами з метою укладення договору і можливого порушення норм права, зокрема, норми про те, що сторони зобов'язані діяти добросовісно під час переговорів, спір про переддоговірну відповідальність належить до спорів, що випливають із цивільних правовідносин, деліктів або квазіделітків у розумінні ст. 5 (3) Брюсельської конвенції» [579].

Дане твердження стало підставою для висновку європейських дослідників про те, що ЄСС допускає настання як договірної так і позадоговірної відповідальності у випадку недобросовісної поведінки сторони договору. Договірна відповідальність має місце, якщо одна із сторін «добровільно взяла на себе зобов'язання по відношенню до іншої сторони у зв'язку із переговорами з метою укладення договору», позадоговірна – якщо сторона добровільно не брала на себе такого зобов'язання [476; с.467]. «Добровільно взяте на себе зобов'язання» має місце тоді, коли сторони уклали попередню угоду, яка визначає права та обов'язки кожної із сторін на переддоговірній стадії [476; с.469].

Однак у справі *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH* цікавою також є точка зору відповідача, який зокрема, наголошував на тому, що переддоговірна відповідальність відрізняється від деліктної чи квазіделіктної, оскільки до останніх може бути притягнута будь-яка особа, яка заподіює шкоду іншим та порушує абсолютні права, в той час як до переддоговірної відповідальності – лише особа, яка перебуває у спеціальних відносинах із потерпілим, які виникають із переговорів договором.

У практиці укладення міжнародних приватноправових договорів використовуються багато видів попередніх угод: «заява про наміри», «меморандум про взаєморозуміння», «заява-зобов'язання» та ін.

[160] Відповідно до ст. 5 (3) Брюсельської конвенції особа, яка має доміцілій у Договірній державі, може бути відповідачем у іншій Договірній державі у спорах, що виникають з цивільних правовідносин, деліктів або квазіделіктів, - у судах за місцем нанесення шкоди [83].

Заслуговує уваги класифікація попередніх угод, запропонована Н. Хейг-Чахіне, на підставі аналізу існуючих у ЄС доктринальних підходів щодо попередніх угод. Зокрема, автор виділяє попередні угоди, які стосуються: 1) переговорів; 2) укладення договору. В свою чергу перший тип угод поділяють на угоди, що організовують переговори та угоди, які покладають на сторони зобов'язання вести переговори.

Попередні угоди, що організують переговори, містять правила, яких мають дотримуватися сторони під час ділових стосунків, що передують укладенню договору. Такі угоди мають на меті лише організувати переддоговірний процес та не визначають результату переговорів. За такими угодами сторони можуть брати на себе наступні переддоговірні зобов'язання: конфіденційності, розкриття інформації, виключності, дотримання певних строків та лояльності.

Попередні угоди, які покладають на сторони зобов'язання вести переговори, можуть встановлювати обов'язки: 1) вступати у переговори; 2) продовжувати переговори. Перший тип угод включає у себе угоди про початок переговорів та преференційні угоди. Останні визначаються як угоди, за якими одна сторона зобов'язується запропонувати укладення договору виключно іншій стороні, у випадку якщо вона вирішить вступити у переговори. Вона відрізняється від угоди про початок переговорів тим, що остання не надає стороні переважного права на укладення договору.

Попередні угоди, які покладають зобов'язання продовжувати переговори, встановлюють усі умови, домовлені між сторонами, які погоджуються продовжувати переговори з метою укладення остаточного договору. Виділяють два типи таких угод: 1) угода з відкритими умовами; 2) угода про переговори. Угода з відкрити умовами встановлює більшість умов договору і сторони погоджуються зобов'язатися за ними. Одночасно сторони беруть на себе зобов'язання продовжити переговори стосовно інших питань, щоб досягти згоди з інших умов, які лишилися відкритими, але які повинні міститися в остаточному договорі. Така угода має два правові наслідки для сторін. По-перше, сторони зобов'язані вести переговори добросовісно і можуть нести відповідальність, якщо їм не вдалося досягти згоди із «відкритих умов» у порушення цього зобов'язання. По-друге, якщо не зважаючи на продовження переговорів, сторони не досягли угоди із

відкритих умов, а відтак не уклали основного договору, вони пов'язані попередньою угодою, а її відкриті умови регулюються правилами, які визначає суд.

Угода про переговори являє собою угоду, у якій сторони сторони визначають істотні умови майбутнього договору, але не зобов'язуються за ними. На відміну від угоди з відкритими умовами, за цією угодою сторони пов'язані лише добросовісністю ведення переговорів. Тобто, якщо не зважаючи на переговори між сторонами остаточний договір не був укладений, сторони не пов'язані умовами попередньої угоди. Таким чином, сторони попередньої угоди про переговори несуть відповідальність лише за порушення їх обов'язку діяти добросовісно.

Попередні угоди, які стосуються укладення договору, «наближають сторони до укладення остаточного договору». Ці угоди впливають на результат переговорів, гарантуючи згоду із умовами остаточного договору. Виділяють два типи таких попередніх угод: 1) опціонні контракти, за якими одна сторона вже надала згоду «утримувати оферту протягом певного періоду часу, протягом якого інша сторона має право здійснити акцепт». Від преференційної угоди така угода відрізняється тим, що сторона, яка зобов'язується за останньою, лише погоджується зробити оферту, якщо інша сторона вступить у переговори. 2) угоди, за якими обидві сторони погоджуються укласти остаточний договір, але відкладають його укладення поки не будуть виконані певні формальності[476; с.480-482] .

Як видно, запропонована класифікація попередніх угод охоплює ширше коло угод, ніж, наприклад, ст. 635 ЦК України. На наш погляд, якщо сторони уклали попередню угоду, яка встановлює права та обов'язки сторін під час переговорів, недобросовісна поведінка сторони під час переговорів є підставою для настання договірної відповідальності. Якщо попередня угода встановлює лише умови майбутнього договору і порядок його укладення, недобросовісна поведінка під час проведення переговорів не може бути підставою настання договірної відповідальності, оскільки переговірний процес не був урегульований договором.

Отже, якщо між учасниками переговорів не існувало попередньої угоди щодо проведення переговорів, то недобросовісна поведінка під час ведення переговорів не є

договірним правопорушенням, однак вона не є різновидом делікту. У доктрині цивільного права загальновизнаним є те, що однією із характеристик делікту є порушення абсолютних прав особи, в той час коли недобросовісна поведінка на стадії ведення переговорів призводить до порушень відносних прав. З іншої сторони, на наш погляд, немає підстав стверджувати про наявність порушення договору, оскільки він ще не укладений. На наш погляд, недобросовісність ведення переговорів за відсутності угоди про проведення переговорів породжує позадоговірне зобов'язання особливого роду.

У більшості правових систем якщо недобросовісно припинені переговори проводилися без договору про переговори, потерпіла сторона має право лише на компенсацію шкоди. Судова практика не зобов'язує недобросовісну сторону поновити переговори з метою укладення договору [526; с.38]. Застосування примусового виконання за припинення переговорів є винятком. Такого підходу, зокрема, дотримується судова практика у Нідерландах, згідно з якою якщо переговори досягли достатньо «просунутої» стадії, потерпіла сторона може вимагати їх продовження і навіть примусового виконання укладення договору [526; с.39].

Що стосується видів шкоди, яка може бути відшкодована, то французьке право надає потерпілій від недобросовісних переговорів стороні право на відшкодування фінансових витрат, понесених нею у зв'язку із переговорами, вартість попередніх досліджень, витрати на консультації і т.п. Можливість відшкодування упущеної вигоди тривалий час була дискусійною у французькому праві. У результаті, як зазначає Б. Фоварк-Коссон, в рішенні по справі *Manoukian v. Stuck* торгова колегія Касаційного суду постановила, що учасник переговорів, який став жертвою неправомірного припинення переговорів, не може отримати відшкодування збитків, що полягають у втраті можливості отримання вигоди від укладення та виконання договору. У 2006 р. дане рішення було підтверджене третьою колегією у цивільних справах Касаційного суду [526; с.42-43].

У РФ переддоговірна відповідальність сторін за недобросовісне ведення переговорів наразі не регулюється. Разом із тим, пропонується внести до ЦК РФ статтю 434.1., ч. 2 та 3 якої містять диспозитивні норми про відповідальність за недобросовісне ведення чи переривання переговорів у вигляді відшкодування збитків, які охоплюють витрати,

понесені іншою стороною у зв'язку з веденням переговорів про укладення договору, а також у зв'язку з втратою можливості укласти договір з третьою особою. Якщо недобросовісність виявилася у неналежному використанні конфіденційної інформації, сторона, яка здійснила порушення, зобов'язана відшкодувати іншій стороні збитки, заподіяні таким порушенням [45].

Стаття 515 ЦК РМ надає можливість одній з договірних сторін «вимагати від іншої сторони відшкодування витрат, здійснених на підставі правомірної впевненості в укладенні договору, якщо з вини останньої договір не укладений». Стаття 703 ЦК РМ встановлює, що договір, укладений з порушенням даної іншій особі обіцянки укласти договір, може бути пред'явлений вигодонабувачеві обіцянки, не позбавляючи його права вимагати відшкодування збитків від особи, яка обіцяла укласти договір, і недобросовісної третьої особи, яка уклала договір з останньою [10].

У цивільному законодавстві України на сьогодні відповідальність сторін за недобросовісне ведення переговорів прямо не встановлена. У сучасній українській доктрині Н.І. Майданик висловлювалася пропозиція щодо нормативного закріплення переддоговірної відповідальності «шляхом введення до ЦК України норми про обов'язок добросовісно вести переговори і про відповідальність за його порушення» [325; с.104]. Редакція відповідної статті ЦК України була запропонована Д.Г. Павленком [357; с.116].

Підтримуючи необхідність доповнення ЦК України статтею, яка б встановлювала відповідальність за недобросовісну поведінку під час переговорів, слід відзначити, що, крім запропонованого Д.Г. Павленком тексту, вона має містити інформацію про те, які саме збитки можуть бути відшкодовані у такому разі, а також встановлювати можливість сторін у договірному порядку визначати інші санкції, ніж запропоновані нормою законодавства. Зокрема, до збитків, які можуть бути відшкодовані слід віднести витрати понесені для проведення переговорів, вартість роботи, виконаної з метою підготовки до переговорів, витрати, які виникли внаслідок вчинення дій у розрахунку на очікуваний договір.

Що стосується регулювання переддоговірної відповідальності на сучасному етапі, в умовах відсутності спеціального правового регулювання, то ми підтримуємо точки зору висловлені з цього приводу у доктрині цивільного права[161].

Крім того, недобросовісна поведінка під час переговорів щодо укладення міжнародних приватних договорів може породжувати питання щодо колізійного регулювання наслідків недобросовісної поведінки.

Сучасне законодавство України не регулює зазначеного питання. У зв'язку із цим важливим є вивчення досвіду інших держав у регулюванні цього питання. Так, наприклад, ст. 12 Регламенту Рим II містить колізійне регулювання зобов'язання Culpa in Contrahendo, яке п. 30 Преамбули Регламенту Рим II визначається як «автономне поняття, яке не повинно обов'язково тлумачитися у значенні національного права. Воно повинно включати порушення зобов'язання інформувати та зрив переговорів. Стаття 12 застосовується лише до позадоговірних зобов'язань, які безпосередньо пов'язані з діловими переговорами, що проводяться під час укладення договору» [159].

Вказівка п. 30 Преамбули Регламенту Рим II на «позадоговірні зобов'язання, які безпосередньо пов'язані з діловими переговорами» стала причиною дискусії з приводу того, які колізійні прив'язки повинні використовуватися до відповідальності за недобросовісні переговори, які проводилися на підставі угоди сторін про проведення переговорів. Очевидно, що у такому випадку виникають договірні зобов'язання, однак п. 10 Регламенту Рим I зазначає, що: «Зобов'язання, що виникають внаслідок ділових переговорів, які передують укладенню договору підпадають під сферу дії Регламенту Рим II. Відтак ці зобов'язання повинні бути виключені зі сфери дії Регламенту».

[161] Так, Н.І. Майданик, була висловлена обґрунтована точка зору про те, що неналежна поведінка сторони (сторін) на переддоговірному етапі (якщо договір був укладений) може стати підставою для визнання договору недійсним, внаслідок чого можуть відшкодовуватися збитки та моральна шкода на підставі ст. 216 ЦК України [325;102-105]. Д.Г. Павленко пропонує до недобросовісної поведінки під час ведення переговорів, якщо договір не був укладений, застосовувати: «(1) загально-цивілістичний принцип добросовісності, який розповсюджує свою дію на всі стадії договірних правовідносин (ст. 3 ЦК України), а також (2) норму про генеральний делікт (ст. 1166 ЦК України)» [357; с.115].

Таким чином, колізійне регулювання відповідальності, яка виникає внаслідок порушення добросовісності під час переговорів, що проводяться на підставі угоди сторін, не встановлене ні Регламентом Рим I, ні Регламентом Рим II.

У зв'язку із цим у європейському міжнародному приватному праві виникли декілька підходів щодо колізійного регулювання відповідальності, що виникає внаслідок порушення попередніх угод. Перший із них полягає у тому, що у такому випадку повинна застосовуватися ст. 12 Регламенту Рим I, оскільки зобов'язання, що виникають внаслідок ділових переговорів, які передують укладенню договору, виключені зі сфери дії Регламенту Рим I. Однак ця точка зору спростовується у зв'язку із тим, що Регламент Рим II регулює лише позадоговірні зобов'язання, а у даному випадку виникають договірні зобов'язання [476; с.483]. Другий підхід виключає відповідальність, що виникає внаслідок порушення попередніх угод, як зі сфери дії Регламенту Рим I, так і зі сфери дії Регламенту Рим II. Право, що застосовується до такої відповідальності повинно визначатися на підставі національного колізійного права. Ця точка зору спростовується тим, що вона вносить різноманіття у колізійне регулювання, у той час коли Європейське законодавство повинно забезпечувати однаковість. Крім того, п. 10 Преамбули Регламенту Рим I тлумачиться як такий, що виключає зі сфери дії цього регламенту лише зобов'язання, що врегульовані ст. 12 Регламенту Рим II, тобто позадоговірні зобов'язання, які виникають на стадії ведення переговорів [476; с.484].

Третій підхід полягає у тому, що відповідальність, яка виникає з порушення попереднього договору, повинна регулюватися на підставі Регламенту Рим I, однак при цьому зазначається, що кожна угода, яка має на меті укладення іншого договору, не повинна розглядатися як незалежний договір, а як «відгалуження задуманого договору», а відтак повинна регулюватися за правом, що застосовується до договору, що є предметом переговорів. Ця теорія також критикується перш за все через те, що у Регламенті Рим I немає положень, які б вказували на те, що попередні угоди автоматично повинні регулюватися на підставі права, яке буде застосовуватися до основного договору. Використання такого права можливе лише на підставі дуже вільного тлумачення ст. 4 Регламенту Рим I («Право, що підлягає застосовуванню за відсутності вибору»). По-друге,

воно не відповідає очікуванням сторін, якщо тільки вони у попередній угоді спеціально не зазначили, що до неї застосовується право, застосовуване до основного договору. По-третє, не зважаючи на те, що в деяких випадках питання існування основного договору та відповідальності, яка виникає із порушення попереднього договору, пов'язані (особливо, коли сторони уклали попередню угоду, яка впливає на укладення основного договору або преференційну угоду) – не правильно вважати, що застосовування права, що регулює основний договір, дозволяє досягти кращого результаті. Навпаки, доцільнішим є застосування права, яке регулює попередню угоду, до основного договору, зокрема, через те, що укладаючи попередню угоду, яка впливає на укладення майбутнього договору, сторони заклали правила, що регулюватимуть укладення майбутнього договору. Таким чином, застосування права, що регулює попередню угоду до основного договору є природним [476; с.486].

Четвертий підхід полягає у тому, що відповідальність за порушення попередньої угоди регулюється правом, яке застосовується до попередньої угоди. Не зважаючи на формулювання ст. 1 (2) (i) Регламенту Рим I,[162] таке право пропонується визначати виходячи з положень цього документу. Аргументом цієї точки зору є те, що ст. 1 (2) (i) повинна читатися разом із п. 30 Преамбули Регламенту Рим I, яка прямо виключає зі сфери дії Регламенту лише позадоговірні зобов'язання, які виникають на стадії ведення переговорів.

Таким чином, якщо сторони попередньої угоди обрали право, що застосовується до неї, відповідальність за порушення договору регулюється обраним правом. Якщо сторони не скористалися таким правом, воно повинно визначатися на підставі ст. 4 Регламенту Рим I. В силу ч. 2 цієї статті до попередньої угоди повинно застосовуватися право тієї сторони, яка має здійснити виконання, що має вирішальне значення для змісту договору.

У доктрині європейського МПрП звертається увага на те, що під час застосування цієї статті до попередньої угоди необхідно розрізняти ситуації, коли можна визначити сторону, яка повинна здійснити вирішальне виконання, та ті, у яких така сторона не може

[162] Дана норма виключає зі сфери застосування Регламенту зобов'язання, які виникають внаслідок ділових переговорів, що передують укладенню договору.

бути визначена. У другому випадку застосовуване право повинно визначатися на підставі ст. 4 (4) Регламенту Рим I, тобто ним є право, з яким попередня угода має найбільш тісні зв'язки. Наприклад, якщо сторони уклали угоду про організацію переговорів, кожна з них має однакові зобов'язання і неможливо визначити сторону, як здійснює вирішальне виконання. Вважається, що застосування цієї прив'язки у даному випадку вірогідно призведе до застосування права, що регулює основний договір. Підставою для такого висновку слугує п. 21 Преамбули Регламенту Рим I, у якому, зокрема, зазначається, що: «За відсутності вибору, коли право, що підлягає застосуванню, не може бути визначено внаслідок неможливості віднести договір до однієї з певних категорій або встановити місце проживання сторони, яка повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору, договір підлягає регулюванню за правом країни, з якою він має найбільш тісні зв'язки. Для визначення цієї країни слід враховувати, зокрема, наявність дуже тісних зв'язків договору з одним або декількома іншими договорами.»

Разом із тим, коментатори звертають увагу на те, що формулювання п. 21 Преамбули Регламенту Рим I не може автоматично призводити до застосування права, застосовуваного до основного договору, оскільки визначення права, яке має найтісніший зв'язок кожного разу повинно відбуватися з урахуванням усіх обстави справи.

У випадку, коли сторона, яка здійснює вирішальне виконання попередньої угоди, може бути визначена, право, що застосовується до попередньої угоди може співпадати або не співпадати із правом, що застосовується до основного договору.

Наприклад, якщо потенційний покупець товарів у попередній угоді зобов'язується дати відповідь на оферту протягом встановленого строку він є стороною, яка здійснює вирішальне виконання за попередньою угодою, хоча стороною, яка здійснює вирішальне виконання за основним договором, (купівля-продаж) є потенційний продавець.

Право, що регулює попередню угоду співпадає із правом, що регулює основний договір у двох випадках. По-перше, коли сторона, що здійснює вирішальне виконання за попередньою угодою одночасно є стороною, яка здійснює вирішальне виконання за основним договором.

По-друге, така ситуація може мати місце внаслідок застосування ст. 4 (3) Регламенту Рим I, відповідно до якої: «Якщо з усіх обставин справи випливає, що договір має явно найбільш тісні зв'язки із іншою країни, ніж та, що вказана у пар. 1 або 2, застосовується право цієї іншої країни». Вважається, що у більшості випадків застосовування цієї норми призведе до використання п. 20 Преамбули Регламенту Рим I, який, зокрема, встановлює, що: «У разі якщо договір має явно більш тісні зв'язки з іншою країною ніж та, яка вказана в пар. 1 або 2 ст. 4, умова про виключення повинна передбачати, що підлягає застосуванню право цієї іншої країни. Для визначення цієї країни слід враховувати, зокрема, наявність дуже тісних зв'язків договору з одним або декількома іншими договорами» [476; с.486-489].

До *позадоговірних зобов'язань*, які виникають внаслідок ділових переговорів, згідно зі ст. 12 Регламенту Рим I застосуванню підлягає право, яке застосовується до основного договору незалежно від того, чи був договір фактично укладений чи ні.

Якщо визначити застосовуване право у цей спосіб неможливо, воно визначається як: a) право країни, де настає шкода, незалежно від того, в якій країні стався юридичний факт, що тягне настання шкоди, і в якій країні або в яких країнах наступають непрямі наслідки даного юридичного факту; або b) коли сторони мають своє звичайне місце проживання в одній країні у момент, коли відбувається юридичний факт, що тягне настання шкоди, - право цієї країни; c) коли з усіх обставин справи випливає, що позадоговірне зобов'язання, що виникає внаслідок ділових переговорів, що передують укладанню договору, має явно більш тісні зв'язки з іншою країною, ніж та, яка вказана в пунктах «a» і «b», - право цієї іншої країни.

Формулювання п. 30 Регламенту Рим II є підставою для висновку, що його ст. 12 регулює відповідальність за порушення переддоговірних обов'язків надавати інформацію, конфіденційності та добросовісності. Характерними рисами цих обов'язків є те, що вони автоматично покладаються на тих, хто вступає переговірний процес. При цьому вони відрізняються від зобов'язань із попередніх угод тим, що виникають не з договору, а із факту вступу у переговори. Крім того, зобов'язання дотримуватися конфіденційності може тривати довше, ніж переговори. Однак, навіть якщо порушення обов'язку конфіденційності сталося після завершення переговорів, вважається, що колізійне регулювання

відповідальності у зв'язку із ним повинно здійснюватися на підставі ст. 12 Регламенту Рим II [476; с.496].

На наш погляд, досвід ЄС щодо колізійного регулювання відповідальності, яка виникає із порушення переддоговірних зобов'язань, а також аналіз пов'язаних із ним проблем, можуть бути використані для розробки колізійних норм українського законодавства.

При розробці колізійних норм у даному випадку слід виходити із того, що на переддоговірній стадії можуть виникати як договірні так і позадоговірні зобов'язання. Сторони попередньої угоди повинні бути наділені можливістю здійснювати вибір права. За відсутності такого вибору до попередньої угоди слід застосовувати право, яке має найтісніший зв'язок із договором. Останнє має визначатися з урахуванням суті, умов попередньої угоди, усіх обставин справи. За неможливості визначити право у такий спосіб правом, що має найтісніший зв'язок із договором, повинно вважатися право, що застосовується до основного договору. При цьому вважаємо, що можливість використання критерію «сторони, яка здійснює вирішальне виконання для договору» залежить від умов попередньої угоди. Застосування права сторони, яка здійснює вирішальне виконання, можливо, якщо буде обґрунтовано,що умови попередньої угоди чи обставини справи свідчать про те, що саме воно має найтісніший зв'язок із попереднім договором.

У зв'язку із наведеним, пропонуємо доповнити ЗУ «Про міжнародне приватне право» статтею 44-1 наступного змісту: «Право, що застосовується до попереднього договору за відсутності згоди сторін про вибір права. 1. У разі відсутності згоди сторін попереднього договору про вибір права, що підлягає застосуванню до нього, застосовується право відповідно до частини другої статті 32 цього Закону. 2. Якщо інше не передбачено або не випливає з умов, суті попереднього договору або сукупності обставин справи, то попередній договір найбільш тісно пов'язаний із правом держави, що застосовується до основного договору».

Під час переговірного процесу можуть виникати зобов'язання внаслідок порушення обов'язків надавати інформацію, зберігати конфіденційність та дотримуватися вимог

добросовісності та чесного ведення справ. Для визначення права, що застосовується до таких зобов'язань, вважаємо за доцільне запозичити підхід Регламенту Рим II, тобто регулювати дані позадоговірні зобов'язання правом, яке підлягає застосуванню до основного договору або підлягало б застосуванню до нього, якби він був укладений. Застосування цього права обумовлюється міркуваннями зручності, передбачуваності для сторін (якщо вони обрали право, що застосовується до основного договору), а також пов'язаністю переговірного процесу з договором, що є його предметом. Якщо з якихось причин неможливо визначити право, що застосовується до основного договору, на наш погляд, застосовуване право,слід визначати аналогічно праву, що застосовується до зобов'язань заподіяння шкоди. Крім того, необхідно щоб сторони такого позадоговірного зобов'язання мали можливість вибору права, що застосовується до нього. При цьому слід враховувати те, що зобов'язання, які виникають із порушення переддоговірних обов'язків, мають зв'язок як договірними зобов'язаннями, так і з зобов'язаннями із заподіяння шкоди. Їх пов'язаність із першим видом зобов'язань обумовлює те, що вибір права не повинен обмежуватися правом країни суду. Пов'язаність із другим видом зобов'язань вказує на те, що можливість вибору права повинна бути обмежена часом. Зокрема, вибір права можливий лише після виникнення відповідного зобов'язання. Водночас, для юридичних осіб, а також фізичних осіб-підприємців, доцільно використати підхід Регламенту Рим II, та не обмежувати укладення угоди про вибір права у часі.

З урахуванням наведеного пропонуємо доповнити ЗУ «Про міжнародне приватне право» статтею 49-1 наступного змісту: «Позадоговірні зобов'язання, які виникають внаслідок порушення переддоговірних обов'язків. 1. До зобов'язань, які виникають внаслідок порушення переддоговірних обов'язків надавати інформацію, зберігати конфіденційність та дотримуватися вимог добросовісності та чесного ведення справ,застосовується право, яке підлягає застосуванню до основного договору, а якщо договір не був укладений – право, яке б до нього застосовувалося якби він був укладений. 2. Якщо застосовуване право не може бути визначене відповідно до частини першої цієї статті, право, що підлягає застосуванню визначається за правилами частин першої та другої статті 49 цього Закону. 3. Сторони позадоговірного зобов'язання, яке виникає внаслідок

порушення переддоговірних обов'язків, можуть укласти угоду про вибір права застосовуваного до такого зобов'язання після настання відповідного порушення. 4. Якщо сторонами позадоговірного зобов'язання, яке виникає внаслідок порушення переддоговірних обов'язків, є юридичні особи та (або)фізичні особи-підприємці угода про вибір права, застосовуваного до позадоговірного зобов'язання, яке виникає внаслідок порушення переддоговірних обов'язків може бути укладена до настання відповідного порушення».

Дотримання обов'язку добросовісного ведення переговорів серед іншого **пов'язують із необхідністю привертати увагу сторони до умов договору, у створенні яких вона не брала участі.** Мова йде про так звані стандартні чи загальні умови, які розраховані на багаторазове використання у договорах.

При цьому слід звернути увагу на те, що міжнародні уніфіковані документи та законодавство різних країн **по-різному визначають поняття таких умов**. Так, відповідно до ст. 2.1.19 (2) Принципів УНІДРУА стандартні умови - це положення, заздалегідь підготовані для загального і багаторазового використання однією зі сторін, та які фактично використовуються без переговорів з іншою стороною [180; с.66].

Стаття 2:209 (3) PECL під стандартними умовами договору розуміє умови, які були сформульовані заздалегідь для необмеженої кількості договорів певного виду і які спеціально не узгоджувалися сторонами [174]. Таким чином, розуміння стандартних умов у Принципах УНІДРУА та PECL є схожим. Однак, PECL, на відміну від Принципів УНІДРУА не вимагає, щоб стандартні умови були підготовані однією зі сторін.

DCFR визначає стандартні умови як: «Умови, які сформульовані заздалегідь для декількох правочинів між різними сторонами, які не обговорювалися сторонами окремо» (ст. II. -1:109 DCFR, Додаток до DCFR [140; с.4793]).

Таким чином, на відміну від PECL, DCFR не вказує на те, що стандартні умови обов'язково стосуються договорів певного виду.

Крім стандартних умов DCFR вирізняє умови, «які не були індивідуально узгоджені». Характеристикою таких умов є те, що «інша сторона не мала можливості впливати на їх зміст, зокрема, тому що вони були розроблені заздалегідь, незалежно від

того, чи є вони стандартними» (ст. II. -1:110 (1) DCFR). Як зазначає коментар до цієї статті, вона стосується не лише договірних умов, але й умов, що містяться в інших документах, наприклад, довіреностях, розписках, заявах, що є за свою суттю офертами тощо [140; с.206].

Вважається, що можливість впливати на зміст умов існує, якщо між сторонами відбувалися переговори, які надавали реальну можливість змінювати умови договору чи іншого документу. Крім того, для того, щоб умова вважалася «індивідуально узгодженою», переговори щодо неї повинні відбуватися між «певними сторонами». При цьому єдині переговори між тими ж сторонами є достатніми, щоб охопити декілька використань однієї умови, якщо відповідні юридичні обставини є однаковими. Тому, як зазначає коментар до DCFR, постійне використання однієї і тієї ж стандартної форми у триваючих ділових відносинах між певними особами, призводить до того, що умови цієї стандартної форми вважаються індивідуально узгодженими [140; с.207].

Важливо ще звернути увагу на те, що ст. II. -1:110 (1) DCFR до неузгоджених відносить умови, які «…були розроблені заздалегідь, незалежно від того, чи є вони стандартними». Коментар зазначає, що умова вважається розробленою заздалегідь, якщо вона фіксується до переговорів із питання, яке регулюється цією умовою. Стандартна умова, в якій зазначено, що «індивідуальні переговори мали місце» є недостатньою, щоб кваліфікувати умови як «індивідуально узгоджені» [140; с.207].

Відповідно до ст. II.-1:110 (2) DCFR якщо одна сторона пропонує вибір умов іншій стороні, умова не буде розглядатися як індивідуально узгоджена лише тому, що інша сторона обирає умову із певного вибору умов, «оскільки свобода визначати зміст договору у даному випадку обмежена вибором однієї чи декількох умов, наданих іншою стороною». Так, наприклад, не буде індивідуально узгодженою умова, яка пропонує можливість укладення договору строком на 5 або 10 років. Така умова є «заздалегідь розробленою», тому що можливий вибір визначений стороною, яка пропонує набір умов.

Інша ситуація матиме місце, якщо одна сторона надасть можливість іншій стороні самостійно визначити тривалість договору, наприклад, шляхом заповнення пропуску у певному документі [140; с.208].

Стаття II. -1.110 (3,4) DCFR стосуються обов'язку доказування того, що умова була індивідуально узгодженою. Стаття II. -1.110 (3) DCFR встановлює загальне правило, ст. II.

-1.110 (4) DCFR – правило, що підлягає застосуванню у відносинах між підприємцями та споживачами.

Згідно зі ст. II. -1.110 (3) DCFR обов'язок доказування того, що умова, запропонована однією із сторін як частина стандартних умов, є індивідуально узгодженою, покладається на цю сторону.

Відповідно до ст. II. -1.110 (4) DCFR у договорах між підприємцем та споживачем, обов'язок доказування того, що умова, запропонована підприємцем, була індивідуально узгоджена, покладається на підприємця.

Згідно зі ст. II. -1.110 (5) DCFR у договорах між підприємцем та споживачем, умови, розроблені третьою особою, розглядаються як такі, що запропоновані підприємцем, якщо тільки вони не були внесені до договору споживачем.

Стаття 2.1.20 Принципів УНІДРУА встановлює наслідки використання у договорі т. зв. «неочікуваних умов». Останні є різновидом стандартних умов договору, однак є такою, що інша сторона не могла б її розумно передбачити. При визначенні того, чи є умова неочікуваною слід враховувати її зміст, формулювання та спосіб подачі.

Як пояснює коментар до цієї статті, сторона, яка приймає стандартні умови іншої сторони, пов'язана ними не залежно від того чи знала вона насправді їх зміст детально. Виняток із цього правила стосується ситуації, коли сторона, яка приєднується, не могла розумно очікувати таких умов, через їх зміст, мову або спосіб подачі. Зміст умови надає їй характеру «неочікуваної», якщо розумна особа, яка діє у тій самій якості, що й сторона, яка приєднується, не очікувала б такої умови у договорах цього виду. При визначенні того, які положення є звичайними для стандартних умов, увагу слід звертати, з одного боку, на стандартні умови, що загалом використовуються у певному торговому секторі, а з іншого боку, на те, про що сторони домовлялися під час переговорів.

В результаті, умова, яка, наприклад, виключає або зменшує відповідальність однієї із сторін може розглядатися або не розглядатися як «неочікувана» [180; с.68].

Незрозуміла мова стандартних умов, а також дрібний шрифт, яким вони надруковані також можуть стати причиною їх «неочікуваності» у розумінні ст. 2.1.20 Принципів УНІДРУА. Для визначення «неочікуваності» з цих підстав коментар до Принципів УНІДРУА рекомендує брати до уваги не стільки формулювання та спосіб

подачі інформації, що зазвичай використовуються у таких стандартних умовах, але професійні навики до досвід осіб, які діють у тій же якості що й сторона, яка приєднується. Таким чином, одне й те саме формулювання може бути незрозумілим і зрозумілим, в залежності від того, чи належить сторона, що приймає умови, до тієї ж професійної категорії, що й сторона, яка пропонує такі умови [180; с.69].

У міжнародних комерційних договорах деякі умови можуть бути неочікуваними для сторони, яка їх приймає, оскільки від неї «не можна розумно очікувати, що вона повною мірою оцінить усі їх наслідки»[163].

Законодавство окремих країн також визначає поняття та вимоги загальних (стандартних) умов.

Так, ст. 6:231 ЦК Нідерландів підкреслює, що загальними умовами є одна чи декілька письмових умов, що підлягають включенню до певної кількості договорів, за виключенням умов, які стосуються суті виконання зобов'язання [106].

На відміну від ЦК Нідерландів, НЦУ не містить вимог щодо письмової форми загальних умов, навпаки пар. 305 (1) НЦУ спеціально зазначає, що немає значення, чи складають загальні умови «зовнішньо відокремлену частину договору або вони включені до документу, що містить текст договору, який їх обсяг, яким шрифтом вони виконані, в якій формі, укладений договір». Немає тут і обмеження щодо кола питань, які можуть регулюватися загальними умовами. НЦУ визначає загальні умови як: «усі такі умови договору, які заздалегідь сформульовані у розрахунку на багаторазове використання в договорах, про які одна сторона (сторона, яка використовує загальні умови) заявила іншій стороні під час укладення договору» (пар. 305 (1) НЦУ) [110].

Стаття 712 (1) ЦК Молдови під стандартними договірними умовами розуміє усі складені заздалегідь для безлічі договорів умови, які одна зі сторін договору (користувач) надає іншій стороні під час укладення договору. При цьому не має значення складають ці умови окремий документ чи лише частину документу, що є договором, так само як не має значення кількість умов та форма договору [10].

[163] Приклади таких умов – див. [180; с.69-70].

Цивільне законодавство України не містить визначення стандартних (загальних) умов договору, хоча ст. 634 ЦК України визначає поняття договору приєднання.

Обов'язок сторони, яка пропонує використовувати стандартні (загальні) умови для регулювання договірних відносин, закріплений у міжнародних уніфікованих документах та законодавстві багатьох країн.

Так, ст. II. – 9:402 (1) DCFR, яка має назву «Обов'язок прозорості умов, які не були індивідуально узгоджені» встановлює, що: «Особа, яка пропонує умови, які не були індивідуально узгоджені, повинна забезпечити, щоб вони були сформульовані та повідомлені просто та зрозумілою мовою.».

Відповідно до ст. II – 9:407 (1) DCFR дотримання обов'язку прозорості, встановленого ст. II. – 9:402 DCFR є одним із факторів, які слід враховувати для оцінки несправедливості договірних умов.

У зв'язку із цим, слід звернути увагу на те, що DCFR визначає не лише несправедливі умови у договорах між підприємцями та споживачами (ст. II. – 9:403), але й у договорах між сторонами, жодна із яких не є підприємцем (ст. II. – 9:404), а також договорах, укладених між підприємцями (ст. II. – 9:405 DCFR).

Умови, які несправедливими не зобов'язують сторону, яка їх не пропонувала (ст. II.-9:408 DCFR).

PECL не встановлюють позитивного обов'язку привертати увагу іншої сторони до стандартних (загальних умов), однак ст. 4:110 (1) PECL надає право стороні відмовитися від умови «яка не була окремо узгоджена», якщо усупереч вимогам добросовісності та чесного ведення справ, вона викликає значну невідповідність прав та обов'язків сторін, що виникають із договору на шкоду інтересам цієї сторони, враховуючи при цьому характер виконання, яке має бути здійснено за договором, усі інші умови та обставини, що існували у момент його укладення. Як пояснює коментар до цієї статті, загальні умови, що використовуються у низці договорів, як правило, не є окремо узгодженими [502; с.269].

Під значною невідповідністю у цій статті розуміється невідповідність економічного або юридичного характеру. У першому випадку економічні наслідки укладення такого договору для іншої сторони є надзвичайно жорстокими, у другому випадку – договір надає права лише одній стороні [502; с.269].

Принципи УНІДРУА так само не встановлюють обов'язку «прозорості умов, які не були індивідуально узгоджені», однак, ст. 2.1.20 Принципів УНІДРУА встановлює, що неочікувана умова є недійсною, крім випадку, коли вона була явно прийнята іншою стороною.[164] Як пояснює коментар до Принципів УНІДРУА «явне прийняття» матиме місце,зокрема, після того, як сторона, яка пропонує стандартні умови, зверне увагу іншої сторони на них [180; с.70].

Непривернення уваги контрагента до стандартних умов має певні правові наслідки. Так, пар. 305 НЦУ передбачає, що положення стандартних ділових умов стають частиною договору лише тоді, коли під час укладення договору сторона, яка їх використовує: 1) вкаже на них іншій стороні прямо або за допомогою ясно помітної об'яви у місці укладення договору; 2) надасть іншій стороні договору можливість ознайомитися з їх змістом прийнятним для неї способом, враховуючи відомі стороні, яка використовує стандартні умови, фізичні недоліки іншої сторони, і якщо інша сторона згодна з їх застосуванням.

Якщо положення стандартних ділових умов усупереч вимогам доброї совісті ставлять контрагента сторони, яка використовує такі умови, у надзвичайно невигідне становище, вони є недійсними. Надзвичайно невигідне становище може бути наслідком того, що положення стандартних ділових умов є неясними та незрозумілими (пар. 307 НЦУ). При цьому для німецького права характерним те, що пар. 307 НЦУ застосовується незалежно від статусу сторони, яка опинилася у невигідному становищі [544; с.120].

Визнання положень загальних умов недійсними передбачене також ст. 6:233 ЦК Нідерландів. Зокрема, така можливість виникає, якщо: «положення є занадто обтяжливим для іншої сторони у зв'язку з природою та змістом договору, способом встановлення цього положення, взаємно очевидними інтересами сторін та іншими обставинами даної справи; та якщо користувач загальних умов не надав іншій стороні належної можливості ознайомитися із загальними умовами» [106]. Дана норма захищає споживачів та дрібних підприємців [502; с.151].

[164] Подібний підхід спостерігається й у національному законодавсті окремих країн. Так, наприклад, відповідно до ст. 715 ЦК РМ положення стандартних договірних умов, які в залежності від обставин, вокрема в залежності від зовнішньої форми і подання договору, настільки незвичні, що сторона, яка укладає договір, не повинна передбачати їх наявності, не стають умовами договору [10].

Вважається, що користувач загальних умов надав іншій стороні можливість ознайомитися із загальними умовами, якщо 1) він вручив іншій стороні документ із загальними умовами до або під час укладення договору; або 2) якщо, на розумних підставах не уявляється можливим вручити такий документ, він до укладення договору, повідомив іншу сторону про те, що із загальними умовами можна ознайомитися у нього або у вказаній ним Торговій палаті або, що вони депоновані у секретаріаті суду, а також, що вони можуть бути відправлені іншій стороні за її запитом (ст. 6:234 ЦК Нідерландів) [106].

У Франції правила застосування стандартних умов були розроблені Касаційним судом. Тут стандартні умови пов'язують сторони лише у тому випадку, якщо з одного боку договір мітить посилання на такі умови і розглядає їх як прийняті, а з іншого боку - у приймаючої сторони була можливість належного консультування щодо цих умов. Крім того, якщо умова, яка є частиною загальних умов, була доведена до відома приймаючої сторони після укладення договору, вона не має жодного ефекту. Простого додавання стандартних умов не достатньо для того, щоб вони набули зобов'язуючого ефекту, якщо їх існування не було доведено до відома іншої сторони договору [544; с.120].

У англійському праві правила застосування стандартних умов були розроблені прецедентним правом. Так, у справі *Parker v South Eastern Railway* Апеляційний суд Англії та Уельсу зазначив, що особа не може уникнути договірної умови на тій підставі, що вона не прочитала договір, однак, сторона, яка бажає послатися на виключне застереження («exclusion clause») повинна вжити розумних заходів, щоб довести їх до відома іншої сторони [615].

ЦК РМ прямо не покладає на сторону, яка пропонує стандартні умови, обов'язку доведення їх до відома іншої сторони, однак, воно є однією із умов набуття чинності такими стандартними умовами. Зокрема, відповідно до ст. 712 (3) ЦК РМ стандартні умови стають частиною договору лише у тому випадку, якщо сторона, яка запропонувала їх, у момент укладення договору прямо довела їх до відома іншої сторони або забезпечує їй іншим чином, з урахуванням обмеженої здатності сприйняття, можливість ознайомитися з їх змістом і коли інша сторона погоджується прийняти їх.

Стаття 716 (1) ЦК РМ встановлює, що: «Стандартна умова не має сили, якщо нею усупереч принципу добросовісності наноситься неспівмірна шкода іншій стороні договору.

У цьому розумінні враховуються зміст договору, обставини, за яких умова включена до договору, взаємні інтереси та інші обставини».

Подібний підхід був запропонований й Директивою Ради № 93/13/ЕЕС, ст. 6 (1) якої зобов'язала держави-учасниці Співтовариства встановити, що несправедливі умови, використані у договорі (якими у тому числі можуть бути стандартні умови), не є зобов'язуючими для споживача за їх національним законодавством[165].

ЦК України не містить обов'язку привертати увагу іншої сторони до стандартних умов. Стаття 634 (2) ЦК України лише встановлює можливість зміни або розірвання договору приєднання на вимогу сторони, яка приєдналася, якщо вона позбавляється прав, які звичайно мала, а також якщо договір включає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання або містить умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася.

Стаття 233 (1) ЦК України надає можливість визнати правочин, вчинений особою під впливом тяжкої для неї обставини і на вкрай невигідних умовах недійсним залежно від того, хто був ініціатором правочину.

При цьому ЦК України не визначає поняття «тяжка обставина», про яку йдеться у згаданій нормі. На доктринальному рівні вдале визначення цього терміну було запропоновано Я.М. Романюком, як «будь-які поважні надзвичайні обставини (крайня нужденність, важка хвороба, загроза втрати єдиного житла…) які змусили особу вчинити правочин на вкрай невигідних умовах» [380; с.168].

---

[165] При цьому слід відзначити те, що ЄСС у декількох справах підкреслював, що споживачі не повинні самостійно досліджувати несправедливість договірних умов. Зокрема, по справі Océano Grupo (п. 26) ЄСС зазначив, що мета ст. 6 Директиви не може бути досягнута, якщо на споживачів покладається обов'язок самостійного оспорення несправедливості договірних умов. Ефективний захист споживача, на думку ЄСС, може бути досягнутий лише тоді, коли національний суд також буде розглядати несправедливість договірних умов за власною ініціативою [598]. У рішенні ЄСС по справі Mostaza Claro (п. 38) постановив, що споживачі мають право на захист відповідно до Директиви навіть, якщо вони не оспорюють несправедливість договірної умови через те, що не знають своїх права, або відмовляються від їх реалізації зв'язку із можливими витратами. Тому національний суд повинен розглядати несправедливість договірних умов ex oficio і усувати існуючий між споживачем і підприємцем дисбаланс [599]. При цьому, як зазначає проф. О. Бєлоглавек, національний суд зобов'язаний розглядати питання щодо несправедливості договірної умови ex oficio, якщо він має необхідну для цього інформацію про обставини справи та правові аспекти. Однак, Директива не покладає на національний суд обов'язку виключити застосування несправедливої умови, якщо споживач, який отримав роз'яснення від суду, не має наміру оспорювати несправедливий характер умови і вимагати, щоб вона не була для нього зобов'язуючою [209; с.127].

З огляду на таке розуміння поняття «тяжкої обставини» викликає сумніви, що не звернення уваги сторони на стандартні умови договору завжди може бути кваліфіковано як «тяжка обставина». Відтак, ст. 233 ЦК України до таких ситуацій швидше за все застосовуватися не буде.

Між тим, лише зміна або розірвання договору, у випадку недоведення стандартних умов до відома приймаючої їх сторони, є недостатнім. Так, наприклад, сторона може не мати наміру змінювати договір, а бажати повернутися у попереднє становище. Крім того, розірвання або зміна договору, за загальним правилом, встановленим ст. 653 (4) ЦК України не надає сторонам права вимагати повернення того, що було ними виконане за зобов'язаннями до моменту зміни або розірвання. Відтак, на наш погляд, доречним є закріплення у ЦК України можливості визнати недійсними договірні умови, які не обговорювалися індивідуально та усупереч вимогам добросовісності та чесного ведення справ ставлять сторону, яка до них приєдналася у надзвичайно невигідне становище. Правові наслідки визнання недійсними таких умов мають визначатися ст. 216 ЦК України.

Крім того, як відомо, ст. 634 ЦК України встановлює різні правові режими зміни або розірвання договору для договорів, у яких сторона, що приєдналася до договору здійснила таке приєднання: 1) не здійснюючи підприємницької діяльності (ст. 634 (2) ЦК України); 2) у зв'язку з підприємницькою діяльністю (ст. 634 (3) ЦК України).

На наш погляд, правове регулювання наслідків використання стандартних умов у договорах повинно здійснюватися незалежно від того, чи займається сторона, яка приєднується підприємницькою діяльністю. Визначальним тут має бути те, чи діяла сторона, яка пропонує умови добросовісно, та чи не ставлять такі умови контрагента у надзвичайно невигідне становище.

Для законодавства окремих країн характерним є те, що воно встановлює ознаки, наявність яких дозволяє стверджувати про порушення добросовісності, а також створення надзвичайно невигідного становища контрагента, у випадку використання стандартних умов. До них, наприклад, належать незрозумілість та нечіткість умов (ст. 716 (2) (c) ЦК Молдови), їх невиправданість (пар. 307 (1) НЦУ), несумісність з важливими основами

законодавчого регулювання (пар. 307 (2) (1) НЦУ), або основними принципами положень, від яких вони відступають (ст. 716 (2) (a) ЦК Молдови), настільки обмежують права та обов'язки, які виникають з природи договору, що це ставить під загрозу мету договору (пар. 307 (2) (2) НЦУ, ст. 716 (2) (b) ЦК Молдови).

Крім того, законодавство окремих країн встановлює перелік стандартних умов, які є недійсними (наприклад, пар. 308, 309 НЦУ [110]; ст. 718, 719 ЦК РМ [10]).

На наш погляд, з метою спрощення визначення того, чи не порушує використання стандартних умов добросовісності, ставлячи тим самим контрагента у надзвичайно невигідне становище, слід запозичити досвід інших країн та визначити законодавчо відповідні критерії та переліки умов, що є такими, що порушують добросовісність.

Стаття 13 (6) ЗУ «Про захист прав споживачів» встановлює обов'язок продавця повідомляти споживача перед укладенням договору про стандартну умову у договорі про можливість заміни товару в разі його відсутності іншим товаром.

В українській доктрині пропонувалося внести зміни до ЗУ «Про захист прав споживачів», зокрема, визначивши, що несправедливими договірними умовами є, ті, що не були окремо узгоджені [357; с.126,127].

Однак, дослідження законодавства різних країн та міжнародних уніфікованих актів дозволяє говорити про те, що сучасною тенденцією правового регулювання стандартних умов як на міжнародному так і на національному рівні є закріплення обов'язку привертати увагу сторони до умов договору, яка не брала участі в їх обговоренні, а також наслідків його невиконання не залежно від статусу сторін договору.

Таким чином, аналіз міжнародних уніфікованих актів та внутрішнього законодавства окремих держав дозволяє виявити риси загальних (стандартних) умов договорів спільні для них, а також їх характеристики, що вказуються лише в окремих документах. Спільними для усіх досліджених актів рисами загальних (стандартних) умов слід визнати їх створення заздалегідь для загального та багаторазового використання.

Разом із тим, можна виокремити специфічні вимоги до загальних (стандартних) умов, що згадуються лише у окремих документах.

Так, наприклад, PECL передбачає, що вони мають бути підготовані однією із сторін договору. Натомість DCFR допускає використання стандартних форм, підготованих третіми особами. Принципи УНІДРУА взагалі не визначають, ким повинні бути підготовані стандартні умови. Тому можна припустити, що стандартні умови, про які йдеться у Принципах УНІДРУА можуть бути підготовані як стороною договору так і третіми особами.

Специфічною рисою стандартних умов згідно із PECL є також є те, що вони розроблені для договорів певного виду.

Особливістю DCFR є те, що вони окремо виділяють поняття неузгоджених індивідуально умов. При цьому такі умови не обов'язково мають бути стандартними. Як зазначалося, однією із характерних рис стандартних умов є те, що вони розроблюються для багаторазового використання у договорах між різними сторонами. За такого підходу, умови підготовані заздалегідь однією із сторін для використання лише у певному договорі, не є стандартними. Однак, вони можуть бути індивідуально неузгодженими, якщо інша сторона не мала можливості впливати на їх зміст.

Для DCFR характерним є те, що він не обмежує індивідуально неузгоджені умови лише договірними умовами, оскільки такі умови можуть міститися і в інших документах.

Індивідуальна узгодженість умов може виникати лише тоді, коли обидві сторони мали реальну можливість визначати зміст відповідних умов.

Умова, яка обирається з певного, заздалегідь визначеного набору умов, не вважається індивідуально узгодженою.

Згідно із DCFR обов'язок доказування індивідуальної узгодженості умов покладається на сторону, яка запропонувала такі умови; у споживчих договорах – на підприємця, якщо тільки споживач не вніс до договору умов, сформульованих третіми особами.

Принципи УНІДРУА виділяють окремий вид стандартних умов – «неочікувані умови». Останніми є умови, які розумна особа, яка діє у тій самій якості, що й сторона, яка приєднується, не очікувала б у договорах цього виду. Критеріями для визначення очікувань розумної особи виступають стандартні умови, що є характерними для даного сектору торгівлі, а також домовленості сторін у ході переговорів. Про неочікуваність умови може свідчити її зміст, формулювання та спосіб подачі.

Досліджені міжнародні уніфіковані акти не встановлюють спеціальних вимог щодо форми загальних (стандартних) умов.

Натомість національне законодавство окремих держав приділяє цьому питанню окрему увагу. Так, наприклад, ЦК Нідерландів підкреслює, що загальні умови – це письмові умови. На відміну від нього, НЦУ, ЦК Молдови допускають використання загальних умов у будь-якій формі.

Як зазначалося, цивільне законодавство України не містить визначення стандартних (загальних) умов договору, хоча визначення договору приєднання (ст. 634 ЦК України), в чомусь подібне до визначення індивідуально неузгоджених умов, про які йдеться у DCFR. Так, спільним між договором приєднання за ЦК України і неузгодженими умовами за DCFR, є те, що вони встановлюються однією зі сторін, а інша сторона не може вплинути на їх зміст.

Однак, слід звернути увагу на те, що ст. 634 ЦК України стосується лише «договору в цілому», тобто ситуація, коли одна сторона пропонує лише частину частину стандартних умов до включення у договір, а інша частина договірних умов узгоджується між сторонами, прямо ЦК України не врегульована.

На наш погляд, за таких умов можливим є застосування правил ст. 634 ЦК України за аналогією закону, передбаченою ст. 8 (1) ЦК України. Однак, бажано було б закріпити у чинному законадавстві України визначення стандартних (загальних) умов, форм їх вираження, а також наслідки незвернення уваги стороною, яка пропонує такі умови, іншої сторони договору.

Як зазначалося, одним із проявів принципу добросовісності є обов'язок привертати увагу сторони договору до умов, у формулюванні яких вона не брала участі. У DCFR цей обов'язок закріплений прямо, у інших документах (PECL, Принципах УНІДРУА) встановлені лише наслідки порушення такого обов'язку.

Наслідком невиконання обов'язку привертати увагу іншої сторони до умов, у формулюванні яких вона не брала участі, згідно із DCFR, є можливість віднесення даної умови до категорії «несправедливих». Якщо це має місце під час укладення договору між підприємцем та споживачем, такі умови завжди будуть вважатися несправедливими.

Таким чином, DCFR встановлює інший підхід до віднесення умов до несправедливих, ніж, наприклад, ст. 3(1) Директиви № 93/13/ЄЄС. Нагадаємо, що згідно із зазначеною нормою Директиви для визнання договірної умови несправедливою, тільки необговорення цієї мови індивідуально, є недостатнім. Необхідно ще, щоб такі умови усупереч вимогам добросовісності створювали значну невідповідність у правах та обов'язках сторін, на шкоду споживачеві.

На наш погляд, підхід Директиви є більш вдалим порівняно із DCFR, оскільки якщо умова не створює дисбалансу сторін, на шкоду споживачеві, то немає підстав відносити умову до несправедливої, не зважаючи на те, що вона не обговорювалася індивідуально.

Інші підходи використовуються DCFR для віднесення до несправедливих умов договорів між підприємцями та особами, жодна з яких не є підприємцем у випадку порушення обов'язку привертати увагу іншої сторони до умов, у формулюванні яких вона не брала участі.

Так, порушення даного обов'язку під час укладення договорів між підприємцями, призведе до визнання відповідних умов несправедливими лише, якщо їх використання значно відхиляється від хорошої комерційної практики, що суперечить добросовісності та чесному веденню справ.

Порушення цього ж обов'язку під час укладення договорів, у яких жодна із сторін не є підприємцем, призведе до визнання умов несправедливими, якщо такі умови ставлять іншу сторону у надзвичайно невигідне становище усупереч добросовісності та чесному веденню справ.

Наслідком віднесення умов до несправедливих згідно із DCFR є те, що вони не мають зобов'язуючого характеру для сторони, яка їх не пропонувала.

Відповідно до PECL не узгодження певної договірної умови надає право стороні відмовитися від неї, лише якщо вона викликає значну невідповідність прав та обов'язків сторін, що виникають із договору на шкоду інтересам цієї сторони. Невідповідність існує тоді, коли наявні надзвичайно жорсткі економічні наслідки для сторони або коли догові надає права лише одній стороні.

Неочікуваність умов відповідно до Принципів УНІДРУА є підставою для визнання їх недійсними.

Згідно з НЦУ привернення уваги сторони, яка приймає стандартні умови, є підставою для того щоб ці умови стали частиною договору. Стандартні умови, що усупереч вимогам доброї совісті ставлять контрагента сторони, яка використовує такі умови, у надзвичайно невигідне становище, є недійсними. Аналогічні наслідки передбачені правом Нідерландів, Франції, Молдови.

Враховуючи наведене пропонує викласти ст. 634 ЦК України у наступній редакції.

«Стаття 634. Стандартні договірні умови. (1) Стандартними договірними умовами є умови, сформульовані заздалегідь для використання у багатьох договорах, які одна сторона (користувач) надає іншій стороні під час укладення договору. Договір може складатися цілком або частково із стандартних умов. (2) Стандартні договірні умови стають частиною договору у випадку, якщо сторона, яка їх запропонувала у момент укладення договору прямо доводить їх до відома іншої сторони або надає їй можливість ознайомитися із стандартними умовами іншим способом, враховуючи відомі стороні, яка використовує стандартні умови, фізичні недоліки іншої сторони, і якщо інша сторона погоджується прийняти такі недоліки. (3) Стандартні умови, зміст, форма або спосіб подачі є настільки незвичними, що інша сторона не могла розумно очікувати їх наявність, не стають умовами договору. (4) Стандартна умова є недійсною, якщо усупереч вимогам добросовісності та чесного ведення справ вона викликає значну невідповідність прав та обов'язків сторін, що виникають із договору на шкоду інтересам сторони, яка приймає стандартні умови, враховуючи при цьому характер виконання, яке має бути здійснено за договором, усі інші умови та обставини, що існували у момент його укладення. У цьому випадку

застосовуються наслідки недійсності, встановлені ст. 216 ЦК України. (5) Якщо не доведено іншого, стандартні умови є такими, що викликають значну невідповідність у правах та обов'язках сторін, на шкоду інтересам сторони, яка приймає стандартні умови, якщо вони: 1) є несумісними із загальними засадами цивільного законодавства або 2) настільки обмежують права або обов'язки, що випливають договору, що ставлять під загрозу досягнення мети договору; 3) є незрозумілими та неясними».

Одним із призначень принципу добросовісності та чесного ведення справ є «запобігання стороні, на чиї заяви або поведінку розумно розраховувала інша сторона, зайняти позицію, що не відповідає таки заявам або поведінці» [502; с.114]. Вважається, що це завдання виконують, у тому числі, норми про безвідкличність оферти [544; с.151]. Такі норми встановлені міжнародними уніфікованими документами, а також визнані національним правом багатьох країн.

Так, згідно зі ст. 16 (2) КМКП, а також ст. 2.1.4 Принципів УНІДРУА оферта не може бути відкликана: «a) якщо в оферті зазначено шляхом встановлення певного строку акцепту чи іншим чином, що вона є безвідкличною; або b) якщо для адресата оферти було розумно очікувати, що оферта є безвідкличною й адресат оферти діяв відповідно» [6], [180; с.39].

Як зазначає коментар до ст. 2.1.4. Принципів УНІДРУА «розумне очікування» сторони може базуватися на поведінці оферента або на характері оферти. У якості прикладу наводиться оферта, чиє прийняття вимагає тривалого і дорогого вивчення з боку адресата оферти або оферта, здійснена з огляду на те, що адресат оферти зробить в свою чергу пропозицію третій стороні. До дій, які адресат оферти, як правило, виконує «розумно очікуючи, що оферта з безвідкличною» відносять, зокрема, здійснення підготовки до виробництва, купівлю чи оренду матеріалів чи устаткування, понесення витрат, за умови, що такі дії можуть розглядатися як звичайні у відповідній галузі торгівлі, або з інших причин повинні бути передбачувані або відомі оференту [180; с.41-42].

Стаття 2:202 (3) PECL передбачає, що "Повідомлення про відкликання оферти недійсне, якщо: (a) в оферті зазначено, що вона є безвідкличною; або (b) офертою встановлено певний строк для її акцепту; або (c) з боку адресата оферти було розумно

очікувати, що оферта є безвідкличною, і адресат оферти діяв відповідно до отриманої оферти» [174]. Аналогічною є ст. II. – 4:202 (3) DCFR [140; с.325].

Підставами безвікличності оферти згідго зі ст. 6:219 (1) ЦК Нідерландів є встановлення у ній строку для акцепту, а також «якщо неможливість відкликання іншим чином випливає із оферти».

У німецькому праві за загальним правилом оферта є безвідкличною, якщо тільки оферент у ній не вказав, що вона є відкличною (пар. 145 НЦУ). Відповідно до пар. 146 НЦУ оферта втрачає силу, якщо оферент отримав відмову від неї, або якщо акцепт не був здійснений у належний строк (належність строку визначається пар. 147-149 НЦУ) [110].

Згідно із французькою судовою практикою оферент має право відкликати оферту до тих пір поки вона не буде прийнята. Разом із тим, він може явно або неявно (наприклад, вказуючи строк для відповіді) обіцяти не відкликати оферту. Така обіцянка може також випливати із обставин справи або із звичаю. У французькій доктрині не існує єдиного підходу щодо наслідків відкликання безвідкличної оферти. Одна із точок зору полягає у тому, що договір у такому випадку є неукладеним, але оферент повинен нести відповідальність за шкоду. Інша думка зводиться до того, що відкликання оферти є недійсним, а договір –укладеним [140; с.329].

За англійським правом оферта може бути відкликана до тих пір, поки вона неприйнята іншою стороною. Суд в кожному окремому випадку вирішує, чи була оферта відкликана до акцепту і чи був адресат оферти своєчасно повідомлений про її відкликання. Можливість відкликати оферту у будь-який момент до її прийняття є правом особи, яка запропонувала укласти договір. Разом із тим, вона може пов’язати себе зобов’язанням не відкликати оферту протягом певного строку, яке виникає в силу особливого договору, для якого необхідна взаємна згода та зустрічне задоволення (consideration). Якщо такого особливого договору немає, оферент не обмежується у праві відкликати оферту. Якщо в оферті вказаний строк, протягом якого вона діє, це означає лише те, що акцепт повинен слідувати не пізніше цього строку. Оферта може бути відкликаною у будь-який момент до сплину вказаного строку [410; с.129].

В українському праві, за загальним правилом, встановленим ЦК, оферта може бути відкликана у будь-який момент до отримання її адресатом оферти або навіть у цей момент (ст. 641 (3) (перше речення). Згідно зі ст. 641 єдиним випадком, коли оферта не може бути відкликаною, є зазначення у ній строку для відповіді, «якщо інше не вказане у пропозиції або не випливає з її суті чи обставин, за яких вона була зроблена». Тобто, якщо у оферті, у якій вказаний строк для відповіді зазначено, що вона є відкличною, вона може бути відкликана «до моменту або в момент її одержання адресатом». Аналогічним є підхід ст. 436 ЦК РФ, ст. 395 ЦК РК. ЦК РМ визначає безвідкличну оферту як: «Застереження, яким одна сторона зобов'язується укласти договір з іншою стороною за її вимогою» (ст. 684). Крім того, із ст. 683 (1) ЦК РМ випливає, що безвідкличною є оферта, якщо у ній міститься строк для акцепту або, коли вона не може бути відкликана з інших підстав. При цьому будь-яка оферта, у тому числі, безвідклична, може бути відкликана, якщо відзив поступив до адресата раніше або одночасно з офертою (ст. 683 (2) ЦК РМ). Інші правила встановлені для відкликання оферти, отриманої адресатом. Така оферта не може бути відкликана протягом строку, встановленого для її акцепту, або, якщо цей строк не встановлений або є необґрунтовано коротким, - протягом часу, необхідного для того, щоб адресат міг висловити свою згоду і щоб відповідь могла дійти до оферента відповідно до обставин справи, що склалася між сторонами практикою і звичаями (ст. 683 (3) ЦК РМ) [10].

Таким чином, КМКП, Принципи УНІДРУА, PECL та DCFR пов'язують безвідкличність оферти із: 1) встановленням у ній певного строку для відповіді; 2) зазначенням у ній, що вона є безвідкличною іншим чином, тобто вживанням слів у оферті, які свідчать про намір оферента не відкликати оферти доти, поки він не отримає відповіді від адресата оферти; 3) розумним очікуванням адресата оферти її безвідкличності, а також вжиттям ним певних дій, пов'язаних із підготовкою до виконання договору. Ці дії повинні бути «звичайними у відповідній галузі торгівлі, або з інших причин передбачувані або відомі оференту».

Підходи національних правових систем до безвідкличності оферти різняться.

По-перше, слід відмітити неоднаковість підходів до визначення моменту, до якого оферта може бути відкликана. Він може пов'язуватися із прийняттям оферти (французьке, англійське право) або отриманням оферти (право України, РФ, РК).

Законодавство Молдови використовує обидва критерії. Однак, при цьому підходи до їх використання різняться. Так, відкликання недотриманої адресатом оферти або щойно отриманої можливе незалежно від її статусу (безвідклична, відклична). Відкликання отриманої оферти можливе лише, якщо вона є відкличною. Якщо у оферті встановлений строк для відповіді, момент з якого вона може бути відкликана визначається моментом її прийняття або «часом, необхідним для того, щоб адресат міг висловити свою згоду і щоб відповідь могла дійти до оферента».

За німецьким правом оферта може бути відкликаною лише у тому випадку, якщо тільки у ній встановлена така можливість.

Протилежним є підхід англійського права, за яким оферта може бути відкликана завжди, якщо тільки оферент шляхом укладення особливого договору не зобов'язався не відкликати оферту протягом певного строку.

По-друге, практично усі досліджені національні правові системи вважають оферту, у якій зазначений строк для відповіді, безвідкличною (виняток складає англійське право). Водночас право України, РФ та РК допускають відкличність такої оферти, якщо про це зазначено у самій оферті або випливає з її суті, або обставин, в яких вона була зроблена.

По-третє, окремі із досліджених правових систем (Нідерландів,Франції Молдови) допускають безвідкличність оферти «з інших підстав».

По-четверте, на відміну від досліджених міжнародних документів, проаналізовані національні джерела правового регулювання не визначають критерієм безвідкличності оферти розумне очікування адресата оферти її безвідкличності, а також вжиття ним певних дій у розрахунку на таку безвідкличність.

4.4. Принцип добросовісності під час реалізації договірних зобов'язань у національних законодавствах та міжнародних уніфікованих документах.

Вимога діяти добросовісно під час реалізації прав та обов'язків сторін детально врегульована у ст. III.- 1:103 (1) DCFR, яка встановлює необхідність діяти добросовісно на всіх етапах реалізації договірних прав та обов'язків: «(1) Особа має обов'язок діяти відповідно до добросовісності та чесного ведення справ виконуючи зобов'язання, реалізуючи право на виконання, використовуючи способи захисту від невиконання, або реалізуючи право припинення зобов'язання або договірного відношення».

Не зважаючи на те, що принцип добросовісного виконання договірних зобов'язань не закріплений прямо у PECL, вважається, що він випливає зі слів ст. 1:102 про те, що «сторони є вільними вступати у договір і визначати його зміст, дотримуючись вимог добросовісності та чесного ведення справ» [544; с.133].

Принципи УНІДРУА встановлюють лише загальний обов'язок діяти відповідно до вимог добросовісності та чесного ведення справ у міжнародній торгівлі (ст. 1.7. (1). Однак, коментар до цієї статті вказує на те, що навіть за відсутності спеціального положення у Принципах, яке прямо чи непрямо вимагає застосування принципу добросовісності, поведінка сторін «протягом життя договору», включаючи переговірний процес, повинна відповідати добросовісності та чесному веденню справ [180; с.19].

Необхідність дотримання принципу добросовісності під час реалізації прав та обов'язків сторін договору визнана національним законодавством багатьох країн. Так, наприклад, ст. 1134 ФЦК прямо встановлює, що угоди повинні виконуватися добросовісно. Пар. 242 НЦУ буквально зазначає, що «боржник повинен здійснювати виконання добросовісно», однак загальновизнаним є те, що дана норма стосується також і кредитора, який в свою чергу повинен реалізовувати свої права з урахуванням законних інтересів боржника [544; с.11].

Аналізуючи склади поведінки, що суперечать пар. 242 НЦУ, на підставі німецької судової практики Г.Т. Бекназар-Юзбашев серед інших складів вказує на здійснення формального права, що не відповідає призначенню норми закону чи договору, з якого воно випливає [207; с.94-95].

Стаття 6:2 ЦК Нідерландів передбачає, що кредитор та боржник зобов'язані дотримуватися вимог розумності та справедливості у взаємних відносинах [106]. Згідно зі ст. 7 ЦК Іспанії права повинні реалізовуватися відповідно до вимог добросовісності [168]. Стаття 513 ЦК РМ встановлює, що боржник і кредитор повинні виявляти добросовісність і старанність під час виникнення, в період існування, в момент виконання і припинення зобов'язання [10].

Оскільки національне право, як правило, не містить конкретних вказівок щодо застосування принципу добросовісної реалізації прав та обов'язків сторін, у юридичній літературі відмічається особлива роль судової практики у вироблені орієнтирів його використання.

В результаті вважається, що у багатьох правових системах добросовісність вимагає, щоб сторони користувалися правами та договірними умовами відповідно до мети, що виправдовує їх справжнє встановлення [544; с.135]. Таким чином, сторона може скористатися умовою договору тільки, якщо це відповідає її заявами або природі та змісту договору. Тобто, умова не може застосовуватися лише тому, що вона міститься у договорі, якщо її дія буде несумісною з поведінкою сторони [544; с.132].

Добросовісність виконання договірних зобов'язань означає також те, що сторони не повинні робити нічого такого, щоб поставило під загрозу належне виконання договору [544; с.132].

Стаття 509 (3) ЦК України передбачає, що «Зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості». У доктрині вважається, що ця норма «передбачає, що зобов'язання мають виконуватися добросовісно» [357; с.67]. Однак, беручи до уваги схильність до буквального тлумачення у сучасному правозастосуванні в Україні, на наш погляд, існує ризик того, що не всі особи, які застосовуватимуть цю норму зрозуміють її саме так. У зв'язку із цим, необхідно, щоб вимога добросовісного виконання зобов'язань була прямо закріплена у ЦК України. Крім того, наш погляд, доцільно скористатися досвідом міжнародних уніфікованих документів і закріпити імперативність таких вимог. Порушення вимог діяти добросовісно та відповідно до вимог чесного ведення справ повинно повинно перешкоджати порушникові у можливості реалізації його прав, що

виникають в силу договору або закону. Договірна сторона має право вимагати від контрагента добросовісної реалізації договірних зобов'язань. Відтак, недобросовісність є порушенням прав сторони договору. Її наявність є підставою для використання способів захисту цивільних прав та інтересів.

У зв'язку із наведеним пропонуємо доповнити ЦК України статтею 509-1 наступного змісту: «Добросовісність та чесне ведення справ у зобов'язанні. 1. Сторони зобов'язання повинні діяти відповідно до добросовісності та чесного ведення справ виконуючи зобов'язання, реалізуючи право на виконання, використовуючи способи захисту цивільних прав та інтересів, реалізуючи право припинення зобов'язання. 2. Вимога, встановлена частиною першою цієї статті, не може бути обмежена або виключена договором. 3. Порушення вимоги, частини першої цієї статті, виключає можливість реалізації прав, які б в іншому випадку могла реалізувати сторона договору. Порушення вимоги, частини першої цієї статті, надає право потерпілій стороні скористатися способами захисту цивільних прав та інтересів, передбачених ст. 16 ЦК України».

Принцип добросовісного виконання договірних зобов'язань є основою для заборони використовувати т. зв. «спеціальні застереження»[166], якщо інша сторона розумно покладалася на заяви чи поведінку, що виключають застосування таких застережень.

Так само як і правила про безвідкличну оферту, норми, що забороняють використання подібних застережень створені для того, щоб запобігти стороні, на чиї заяви або поведінку розумно розраховувала інша сторона, зайняти позицію, що не відповідає таким заявам або поведінці.

Зокрема, заяви або поведінка сторони можуть позбавити її можливості претендувати на застосування застереження про поглинання або про застереження про зміну договору лише у письмовій формі тією мірою, якою інша сторона розумно покладалася на такі заяви або поведінку. Це правило передбачене ст.ст. II. – 4:104, II. – 4:105 DCFR, ст.ст. 2:105, 2:106 PECL. Принципи УНІДРУА встановлюють його лише стосовно застережень про зміну договору у письмовій формі (ст. 2.1.18).

[166] Під спеціальними затереженнями у даному випадку розуміються «застереження про поглинання» та «застереження про зміну договору лише у письмовій формі» [544; с.151].

Коментар до DCFR наводить наступний приклад «розумного покладання сторони» на заяву чи поведінку іншої сторони у даному випадку: «Договір підряду містив умову, яка встановлювала, що «Цей договір може бути змінений лише письмово за підписами обох сторін». Пізніше сторони домовилися усно про деякі зміни до договору на користь замовника. Зобов'язання виконувалися згідно із зміненими умовами. Пізніше підрядник вимагає застосування іншої усної домовленості, здійсненої на його користь, однак замовник посилається на умову, яка забороняє вносити усні зміни до договору. Якщо підрядник здійснив виконання згідно з першою усною домовленістю, він може розумно покладатися, що друга усна домовленість зобов'яже замовника» [140; с.312].

Стаття 29 КМКП допускає укладення договору у будь-якій формі, крім випадків, коли застосовується застереження стосовно форми (ст. 11,12, 96) або якщо сторони не домовилися про інше. Якщо застосовується ст. 96, то зміни стосовно яких досягнута лише усна домовленість є недійсними [623; с.27].

Сторони, жодна із яких не мають комерційного підприємства у державі, що зробила застереження на підставі ст. 96 КМКП, можуть тим не менше, письмово домовитися про те, що угода про зміну або припинення договору буде здійснюватися лише у письмовій формі. Однак, в силу ст. 29 (2) (друге речення) КМКП поведінка сторони може виключити для неї можливість посилатися на положення про зміну або припинення договору лише у письмовій формі тією мірою, якою інша сторона розраховувала на таку поведінку.

Подібний підхід спостерігається й у деяких національних правових системах. Так, у шведському, датському та фінському праві навіть якщо сторони домовилися, що зміна їх договору не матиме сили, якщо не здійснена у письмовій формі, вони можуть усно домовитися не зважати на це застереження. Однак, сторона, яка має намір скористатися такою усною домовленістю має довести її [140; с.313].

П. Шлехтрайм зазначає, що іноді у німецькій судовій практиці використовується формула про те, що письмова вимога стосовно форми, погоджена сторонами, може бути змінена ними без використання письмової форми [532; с.47].

Г.Т. Бекназар- Юзбашев звертає увагу на те, що у судовій практиці ФРН існує позиція згідно з якою «сторона, яка наполегливо підкреслювала свій намір виконати договір, укладений із порушенням форми, запевнюючи це своїм статусом та репутацією і

звертаючись до своїх звичаїв ведення бізнесу, не може відмовитися від договору, не порушуючи принципу добросовісності» [207; с.98].

Стаття 1341 ФЦК є підставою для висновку, що право цієї країни відмовляється визнавати неписьмові докази існування цивільно-правових договорів. Зміни до договорів також мають здійснюватися у письмовій формі [140; с.313].

При цьому у національному праві неможливість використання застережень про поглинання або застережень про зміну договору лише у письмовій формі стороною, якщо інша сторона розумно покладалася на заяви чи поведінку, що виключають застосування таких застережень, може: 1) безпосередньо встановлюватися законодавчо; 2) випливати із заборони зловживання правами; 3) бути наслідком застосування принципу «venire contra factum» (ніхто не може суперечити своїй попередній поведінці); 4) випливати із застосування принципу добросовісності та чесного ведення справ [140; с.315].

Загальні правила зміни або розірвання договору встановлені статтею 654 ЦК України, яка передбачає, що зміна або розірвання договору встановлюється у тій самій формі, що й договір, що змінюється або розривається, якщо інше не встановлено договором або законом або не випливає із звичаїв ділового обороту.

Таким чином, заборона використання застережень про поглинання або застережень про зміну договору лише у письмовій формі стороною, якщо інша сторона розумно покладалася на заяви чи поведінку, що виключають застосування таких застережень, безпосередньо чинним законодавством України не передбачена. На наш погляд, застосування цієї заборони можливе шляхом використання ст. 509 (3) ЦК України, а в разі прийняття запропонованих змін до ЦК України, що стосуються безпосередньо добросовісного виконання зобов'язань, - норм відповідної статті.

Принцип добросовісного виконання зобов'язань відображається у тому, що **не можна вимагати виконання негрошового зобов'язання, якщо воно буде нерозумно обтяжливим або дорогим.**

Даний підхід виник останнім часом у деяких країнах континентальної Європи, для яких примусове виконання зобов'язання в натурі традиційно було основним способом захисту порушених прав кредитора (див. ст. 3: 296 (1) ЦК Нідерландів, ст. 1184 (2) ФЦК).

Перевага виконання зобов'язання в натурі пояснюється значущістю принципу «pacta sunt servanda», а також властивій континентальному праву «моралізації» цивільного права, яка полягає у «великій ролі, яку від початку тут відігравали такі фактори, як необхідність дотримання слова і виконувати обіцянки, які багато в чому йдуть у глиб християнської етики» [288; с.44].

Однак, оскільки виконання зобов'язання в натурі не завжди є можливим, у міжнародних уніфікованих документах та законодавстві окремих європейських країн передбачаються виключення із застосовування правил про виконання зобов'язань у натурі.

Так, наприклад, відповідно до ст.III-.3:302 (3) DCFR примусове виконання негрошового зобов'язання не може вимагатися, якщо таке виконання є нерозумно обтяжливим чи дорогим, незаконним або неможливим, або виконання має настільки особистий характер, що буде нерозумно вимагати його примусового виконання [140; с.850].

Дуже подібною за змістом є норма ст. 9.102 (2) (b) PECL, яка передбачає, що «Виконання в натурі не може бути отримане, якщо воно б потягнуло нерозумні зусилля чи витрати боржника»[167], а також норма ст. 7.2.2. (b) Принципів УНІДРУА, відповідно до якої «Якщо сторона, обов'язок якої полягає не у сплаті грошей, не виконує його, інша сторона може вимагати виконання, крім випадків, коли …(b) виконання, або у відповідних випадках, примусове виконання, є нерозумно обтяжливим чи витратним»[168].

Коментар до DCFR зазначає, що мова йде не лише про фінансові складнощі, які можуть виникнути у зв'язку із виконанням зобов'язання. Дана норма охоплює «будь-які непропорційно великі зусилля, чи щось, що викликає серйозні проблеми чи незручності». Крім того, підкреслюється, що застосування ст. III-.3:302 (3) (b) не обмежується випадками, що регулюються ст. III. -1:110 DCFR (Зміна або припинення судом у зв'язку із зміною обставин) [140; с.852].

[167] Іншими підставами для виключення виконання зобов'язання в натурі є його протиправність або неможливість, особистий харатер робіт чи послуг, що є предметом виконання або залежність виконання від особистих відносин, а також можливість постраждалої сторони розумно отримати виконання від інших осіб (ст. 9:102 (2) (a,c,d) PECL) [174].

[168] Серед інших підстав для відмови від примумового виконання зобов'язаня: юридична або фактична неможливість такого виконання; можливість розумного отримання виконання з інших джерел; виключно особистий характер виконання; не пред'явлення стороною вимоги про виконання протягом розумного строку після того, як вона дізналася чи могла дізнатися про невиконання (ст. 7.2.2. (a,c, d, e) Принципів УНІДРУА [180].

Право боржника не виконувати зобов'язання в натурі, якщо воно потягне надзвичайні витрати чи зусилля відоме й національному праву окремих держав. Так, відповідно до пар. 275 (2) (3) НЦУ «2. Боржник може відмовитися від виконання, якщо воно вимагатиме витрат, які, беручи до уваги зміст зобов'язання і вимоги добросовісності, перебувають у грубій невідповідності з інтересами кредитора у виконанні. Під час визначення передбачуваних зусиль боржника, необхідно також враховувати, чи відповідає боржник за обставини, що перешкоджають виконанню. 3. Боржник може відмовитися від виконання, яке він повинен виконати особисто, якщо під час оцінки обставин, що перешкоджають виконанню, та інтересів кредитора у виконанні, воно виявиться непосильним для боржника».[169]

У німецькій доктрині для пояснення «витрат», про які йдеться у ст. 275 (2) НЦУ наводиться приклад, що стосується боржника який, маючи обов'язок передати перстень, випадково випускає його з рук в озеро. «Жодна розумна людина не буде передбачати, що боржник зробить спробу дістати цей перстень. Хоча ця спроба не видається заздалегідь приреченою на невдачу, вона все-таки передбачає значні зусилля…і перебуває у кричущій невідповідності з інтересами кредитора» [426; с.197]. Відмовитися від виконання на підставі ст. 275 (3) НЦУ може, наприклад, «співачка, яка не приходить на свій виступ через те, що її дитина лежить при смерті» [426; с.198].

Відповідно до ст. 108 (2) (2) Зобов'язального закону Естонії виконання негрошового зобов'язання не вимагається, якщо воно є нерозумно обтяжливим або дорогим для боржника.[170] У судовій практиці Франції були випадки, коли суди виносили рішення про відшкодування збитків, не зважаючи на те, що вимагалося виконання в натурі. Підставою для винесення таких рішень, як правило, були нерозумна обтяжливість та витратність виконання для боржника) [140; с.857].

---

[169] Іншою підставою для виключення обов'язку виконання в натурі згідно з НЦУ є неможливість виконання (пар. 275 (1) НЦУ). У разі відмови боржника від виконання зобов'язання в натурі, кредитор має право на відшкодування збитків, заподіяних порушенням обов'язку, витрат здійснених кредитором, звільнення від зустрічного виконання і відмову від договору (пар. 275 (4) НЦУ) [110].

[170] Іншими підставами для невиконання негрошового зобов'язання у натурі є: неможливість виконання; можливість кредитора «розумно досягти бажаного результату виконання в іншій формі»; те, що виконання полягає у наданні послуг особистого характеру (ст. 108 (2) (1,3,4) Зобов'язального закону Естонії) [138].

Згідно зі ст. 622 ЦК України боржник звільняється від обов'язку виконання зобов'язання в натурі, якщо: 1) кредитор відмовився від прийняття виконання, яке втратило для нього інтерес; 2) передання відступного; 3) односторонньої відмови кредитора від договору. Таким чином, можливість звільнення від виконання зобов'язання в натурі у зв'язку із тим, що воно є нерозумно обтяжливим або дорогим для боржника ЦК України не передбачено. Разом із тим, можуть виникати ситуації, коли боржник не зможе виконати зобов'язання в натурі саме з цим причин і принцип добросовісності вимагає, щоб у боржник мав право звільнитися від виконання зобов'язання в натурі. Крім того, такий підхід відповідає позиції міжнародних уніфікованих документів та права окремих європейських держав.

Відтак, пропонуємо доповнити ст. 622 ЦК України ч. 4 наступного змісту: «Боржник звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, якщо виконання є для нього нерозумно обтяжливим чи витратним».

Добросовісність виконання зобов'язання лежить в основі правил про те, що **сторона вправі відмовитися від запропонованого дострокового виконання,** крім випадків, коли прийняття такого виконання нерозумно б нанесло шкоду її інтересам (ст. III. – 2:103 DCFR, ст. 7:103 (1) PECL). Як пояснює коментар до PECL, зазвичай виконання планується відповідно до діяльності та можливостей кредитора, дострокове виконання може створити значні витрати чи незручності кредитора. З іншого боку, добросовісність може бути використана для того, щоб запобігти зловживанням з боку кредитора, якщо дострокове виконання не спричинить йому жодних незручностей.

У коментарі наводиться приклад, коли продавець мав поставити покупцеві 10 тон швидкопсувних продуктів до 10 жовтня. Не зважаючи на це, продавець просить покупця прийняти товар 20 вересня. Якщо у покупця є складське приміщення, а продавець готовий понести ризик зберігання товару від 20 вересня до 1 жовтня, покупець зобов'язаний прийняти дострокове виконання, оскільки відмова від нього суперечитиме добросовісності [502; с.334].

Згідно зі ст. 6.1.5. Принципів УНІДРУА, кредитор може відмовитися від дострокового виконання, крім випадків, коли він не має законного інтересу у виконанні зобов'язання у строк, передбачений договором. При цьому додаткові витрати, заподіяні

кредитору достроковим виконанням, покладаються на боржника. Принципи УНІДРУА не пояснюють значення поняття «законний інтерес», однак із ілюстрації, яка наводиться до цієї норми, можна зробити висновок, що законний інтерес у кредитора виникатиме, наприклад, якщо виконання зобов'язання у певний строк має для нього особливу значущість [180; с.186].

Підходи національних законодавств з приводу дострокового виконання договору різняться. Так, у деяких країнах кредитор може відмовитися від нього. Так, наприклад, відповідно до ст. 1127 ЦК Іспанії якщо визначений строк виконання зобов'язання, передбачається, що він встановлений на користь як кредитора так і боржника, якщо із умов цього зобов'язання чи обставин справи не випливає, що він встановлений на користь однієї сторони. Дане положення є підставою для висновку про те, що кредитор не може бути змушений прийняти дострокове виконання [140; с.755].

Схожий підхід закріплений пар. 1413 АЦУ, відповідно до якого проти своєї волі кредитор не може бути змушений прийняти щось інше, ніж те, що він повинен прийняти, а боржник – вчинити щось інше, ніж він зобов'язувався зробити. Це також стосується часу, місця та способу виконання зобов'язання [61].

Відповідно до ст. 6:39 ЦК Нідерландів якщо визначений час виконання, то вважається, що це перешкоджає лише більш ранньому виконанню. Оплата раніше строку платежу визнається необґрунтованою [106].

За законодавством інших країн кредитор зобов'язаний прийняти дострокове виконання. Так, у французькому праві підставою для такого висновку є ст. 1187 ФЦК, відповідно до якої вважається, що строк завжди обумовлюється у договорі на користь боржника, крім тих випадків, коли з угоди або обставин не випливає, що він встановлений сторонами на користь кредитора. Водночас грошові зобов'язання із сплати відсотків не можуть бути виконані раніше [140; с.756].

Згідно з пар. 271 (2) НЦУ якщо встановлений строк виконання зобов'язання, у разі сумніву слід вважати, що кредитор не має права вимагати виконання, але боржник може виконати його до настання вказаного строку.

Водночас дострокове повернення грошових кредитів із фіксованою відсотковою ставкою є можливим лише у виняткових випадках. При цьому боржник повинен

компенсувати кредитору шкоду, заподіяну достроковим припиненням договору (пар. 490 (2) НЦУ). Разом із тим, за договорами споживчого кредиту боржник може виконати свої зобов'язання у будь-який час дострокового повністю чи частково (пар. 500 (2) НЦУ). При цьому таке погашення боргу відбувається без сплати компенсації кредитору [140; с.756].

Законодавство деяких країн дозволяє кредитору відмовитися від дострокового виконання зобов'язання, покладаючи на нього одночасно певні обов'язки потурбуватися про інтереси боржника, що є одним із проявів принципу добросовісності та чесного ведення справ.

Так, згідно зі ст. 575 (2) ЦК РМ боржник може виконати зобов'язання раніше встановленого строку, якщо у кредитора немає обґрунтованих причин для відхилення виконання. Відхилення дострокового виконання зобов'язання кредитором покладає на нього обов'язок повідомити про це боржника та вжити усіх заходів, щоб запобігти заподіянню збитків боржнику [10].

У деяких країнах боржник має право виконати зобов'язання достроково, за умови що інше не передбачено законом, іншими правовими актами, умовами зобов'язання або не випливає з його суті (ст. 315 ЦК РФ, ст. 279 (1) ЦК РК). Водночас у цих країнах дострокове виконання зобов'язань, пов'язаних із здійснення підприємницької діяльності, можливе лише у тих випадках, коли це передбачено законом, іншими правовими актами чи умовами зобов'язання, або випливає із звичаїв ділового обороту чи суті зобов'язання (ст. 315 ЦК РФ, ст. 279 (2) ЦК РК).

На відміну від законодавства РФ та РК, законодавство України обмежує право боржника виконати обов'язок достроково, не лише положеннями актів цивільного законодавства, суттю зобов'язання, але й умовами договору та звичаями ділового обороту (ст. 531 ЦК України, ст. 193 (5) ГК України).[171]

Позитивно оцінюючи наявність норми, яка дозволяє боржникові виконати зобов'язання достроково, слід відзначити, що вона не передбачає наслідків відмови

[171] Разом із тим, ст. 236 (1) ГК України за дострокове виконання боржником зобов'язання без згоди іншої сторони встановлює оперативно-господарську санкцію у вигляді відмови від оплати за зобов'язанням. Таким чином, існує певна колізія між ст. 193 (5) та ст. 236 (1) ГК України, вдале вирішення якої було запропоновано Т.В Боднар [218; с.177].

кредитора від дострокового виконання, якщо у нього виникає це право відповідно до умов договору, актів цивільного законодавства, суті зобов'язання та звичаїв ділового обороту. Крім того, дострокове виконання може спричинити незручності чи певні втрати кредитора, які, наш погляд, повинен відшкодувати боржник.

У зв'язку із цим пропонуємо доповнити ст. 531 ЦК України ч.ч. 2, 3 наступного змісту: «2. Відмова від дострокового виконання зобов'язання кредитором покладає на нього обов'язок повідомити про це боржника та вжити усіх заходів, щоб запобігти заподіянню збитків боржнику. 3. Боржник зобов'язаний відшкодувати кредитору усі витрати, понесені кредитором у зв'язку із достроковим виконанням або вжиттям заходів щодо запобігання заподіянню збитків боржникові у зв'язку із відмовою кредитора прийняти дострокове виконання».

Принцип добросовісності лежить в основі правила про те, що сторона може розірвати договір, якщо невиконання договору іншою стороною є істотним. Відповідно розірвання договору у разі незначного порушення може розглядатися як прояв недобросовісності[172] (ст. III. – 3:502 (1) DCFR, ст. 9:301 PECL).

Відповідно до ст. 8:103 PECL істотне невиконання має місце якщо: «(a) суворе дотримання зобов'язання має істотне значення для договору; (b) невиконання значною мірою позбавляє іншу сторону того, на що вона мала право розраховувати відповідно до договору, якщо тільки інша сторона не передбачала і не могла розумно передбачити такого результату; або (c) невиконання є навмисним і дає постраждалій стороні підставу вважати, що вона не може розраховувати на надання виконання іншою стороною у майбутньому».

Згідно із DCFR порушення договору вважається істотним якщо: 1) воно значною мірою позбавляє кредитора того, на що він мав право розраховувати на підставі договору стовно усього або частини виконання, якщо тільки у момент укладення договору боржник не передбачав або від нього не можна розумно очікувати, щоб він передбачав такий результат; або 2) воно вчинено навмисно або необережно і дає кредитору підставу вважати, що він не може покладатися на майбутнє виконання боржника (ст. III.-3:502 (2) DCFR).

[172] Цікаво, що навіть англійське право, яке, як відомо, не визнає загального принципу добросовісного виконання договірних зобов'язань, відмовляє у розірванні договору стороні, яка намагається використати незначне порушення договору для розірвання договору [502; с.117-118].

Таким чином, розуміння «істотного невиконання» згідно із PECL та DCFR має певні відмінності. Так, DCFR не згадує «суворого дотримання зобов'язання, що має істотне значення для договору», про яке йдеться ст. 8:103 (a) PECL. Коментар до DCFR пояснює це тим, що питання «істотного значення для договору» визначатиметься на розсуд суду і може призвести до виникнення у сторони права розірвати договір, навіть якщо невиконання зобов'язання не мало для неї серйозних наслідків. Разом із тим, коментар допускає, що сторони у договорі можуть обумовити використання такого критерію для визначення істотності невиконання, або це може бути передбачене звичаєм у відповідній галузі торгівлі [140; с.873].

Для визначення того, на що «мав право розраховувати кредитор» важливими є звичаї та практика. В окремих випадках може бути вирішальною мета договору. Так, наприклад, у договорі поставки квітів на весілля кредитор має право розраховувати, що поставка здійснена у день весілля, а не на наступний день. В інших ситуаціях кваліфікація та досвід іншої сторони дають право очікувати певної майстерності з його боку [140; с.873].

Визначення того, чи передбачав (повинен був передбачати) боржник істотність свого невиконання залежить від обставин справи. У зв'язку із цим коментар до DCFR наводить два приклади.

У першому випадку одна сторона (виконавець) зобов'язується встановити систему контролю температури у винному погребі іншої сторони (замовника). Недоліки системи призводять до того, що вино стає непридатним для споживання. Невиконання зобов'язання у даному випадку вважається істотним, оскільки виконавець знав або від нього можна розумно очікувати, що він знав про ймовірні наслідки недоліків системи. Крім того, замовник значно був позбавлений того, на що він мав право розраховувати [140; с.874].

У другому випадку виконавець зобов'язується встановити центральне опалення у приватному будинку замовника із системою контролю температури, що дозволить підтримувати температуру висотою 20 градусів за Цельсієм. Виконавцеві невідомо, що у одній і кімнат зберігаються рідкісні рослини. Тому, якщо в результаті дефекту труб у одній із кімнат температура падає на 2 градуси (що призводить до загибелі усіх рослин) невиконання не може вважатися істотним, оскільки виконавець не міг передбачити, що такі незначні температурні коливання призведуть до таких тяжких наслідків [140; с.874].

Слід звернути увагу також на те, що DCFR встановлює, що для віднесення невиконання до істотного, боржник повинен передбачати наслідки такого виконання (або від нього можна розумно очікувати, що він передбачав) у момент укладення договору.

Істотне порушення договору є підставою припинення договору відповідно до ст. 7.3.1. Принципів УНІДРУА. Згідно зі ст. 7.3.1. (2) Принципів критеріями визначення того, чи є невиконання істотним є: 1) істотність позбавлення постраждалої сторони того, на що вона мала право сподіватись відповідно до договору, якщо вона при цьому не передбачала і не могла розумно передбачити такого результату; 2) наскільки суворе дотримання невиконаного зобов'язання є істотним для даного договору; 3) чи невиконання є умисним або вчиненим через самовпевненість; 4) чи дає невиконання постраждалій стороні підстави вважати, що вона не може сподіватись на майбутнє виконання іншою стороною своїх зобов'язань; 5) чи не завдасть розірвання договору стороні, яка не виконала зобов'язання, непропорційних збитків, пов'язаних із виконанням нею зобов'язань чи підготовкою їхнього виконання.

Таким чином, на відміну від PECL та DCFR, Принципи УНІДРУА при визначенні істотності невиконання серед інших чинників враховують наслідки розірвання для іншої сторони. Зокрема, розірвання не повинно завдавати їй непропорційних збитків.

Істотність порушення договору є підставою для його розірвання відповідно до ст. ст. 49 (1) (a), 50, 64 (1) (a), 72 КМКП. Крім того, ст. 72 (1) передбачає, можливість подачі заяви про розірвання договору стороною договору «якщо до встановленої для виконання договору дати стає очевидно, що одна із сторін вчинить істотне порушення договору».

Істотне порушення договору визначається ст. 25 КМКП [6]. Ця стаття є підставою для висновку про те, що «Для того щоб порушення віднести до ряду істотних, воно повинно мати певний характер і вагу. Потерпіла сторона повинна понести такий збиток, щоб вона значною мірою позбавлялася того, на що мала право розраховувати на підставі договору.

Таким чином, порушення повинно повністю зводити до нуля або в значній мірі знецінювати виправдані очікування потерпілої сторони від договору. Питання про те, які очікування є виправданими, залежить від конкретного договору і розподілу ризиків,

передбаченого положеннями договору, від застосовуваних звичаїв і від додаткових положень Конвенції» [623; с.118].

Істотне порушення договору є підставою для розірвання договору відповідно до національного права окремих держав. Зокрема, французькою судовою практикою підтримується позиція про те, що дуже грубе порушення, яке не викликало сумнівів у неможливості подальшого співробітництва, є підставою для розірвання договору [288; с.46]. При цьому підставою для відмови кредитору у реалізації цього права є зловживання ним правом на розірвання, що виявляється у його недобросовісних діях, коли він намагається використати незначне порушення боржника для того, щоб звільнитися від договору, який став для нього менш вигідним, ніж у момент укладення договору [288; с.50].

НЦУ не визначає істотність порушення як критерій можливості розірвання договору. Разом із тим такі формулювання НЦУ як «неприйнятність виконання» (пар. 324), «незацікавленість кредитора» (пар. 323 (5) (перше речення) НЦУ), дають підстави для висновку, що по-суті істотність порушення є підставою для розірвання договору за німецьким правом (зокрема, у випадку часткового виконання) [288; с.76]. При цьому слід звернути увагу на те, що неістотність порушення є підставою для виключення права кредитора на відмову від договору.[173]

Істотне порушення є однією із підстав для його зміни або розірвання відповідно до ст. 651 (2) ЦК України. При цьому істотним визнається порушення, внаслідок якого інша сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору. Однак, в силу цієї ж норми договір може бути змінений або розірваний також за рішенням суду «в інших випадках, встановлених договором або законом».

Принцип добросовісності та чесного ведення справ запобігає виключенню чи обмеженню способів захисту у випадку порушення договірного зобов'язання.

Так, згідно зі ст. III.–3:105 DCFR : « (1) Умова договору чи іншого юридичного акту, що має на меті виключити або обмежити відповідальність із відшкодування шкоди за тілесні ушкодження (включаючи смертельні травми) внаслідок умислу або грубої необережності є нікчемною. (2) Умова, що виключає або обмежує спосіб захисту за

[173] Так, відповідно до пар. 323 (5) (друге речення) НЦУ: «Якщо боржник здійснив виконання, що не відповідає умовам договору, кредитор не може відмовитися від договору, якщо порушення не є істотним» [110].

невиконання зобов'язання, навіть якщо вона є дійсною за інших умов, з урахування правил про несправедливі договірні умови Книги II, Глави 9, Розділу 4, може, тим не менше, не застосовуватися, якщо це суперечитиме добросовісності та чесному веденню справ».

Коментар до цієї статті звертає увагу на те, що критерієм застосування ч. (2) є суперечливість використання умови добросовісності та чесному веденню справ. Відтак, вона може застосовуватися незалежно від того, чи обговорювалася умова індивідуально під час переговорів і чи суперечило добросовісності та чесному веденню справ її включення до договору. Оскільки саме включення умови до договору може не порушувати принципу добросовісності, а використання – суперечитиме [140; с.819-820].

Не зважаючи на те, що з усіх способів захисту найчастіше обмежується відповідальність за заподіяння різних видів шкоди, ст. III.–3:105 DCFR може застосовуватися і в тих випадках, коли обмежуються чи виключаються інші способи захисту, які можуть використовуватися у випадку порушення зобов'язань (припинення у випадку істотного невиконання, зменшення ціни і т.д.) [140; с.819].

Подібною до ст. III.–3:105 DCFR є ст. 8:109 PECL, відповідно до якої застосування способу правового захисту у випадку невиконання може бути виключено або обмежено, якщо таке виключення чи обмеження не буде суперечити принципам добросовісності та чесного ведення справ.

Звертає на себе увагу те, що дана норма також стосується обмеження чи виключення способів захисту (якими згідно з Главою 9 PECL є право на виконання, право на призупинення виконання, припинення договору, зменшення ціни, відшкодування збитків та відсотків).

У якості прикладу порушення принципу добросовісності, і відтак, застосування ст. 8:109 PECL наводиться приклад, коли за договором підряду відповідальність за прострочення у виконанні обов'язків підрядника була обмежена сумою 10 000 євро за тиждень. Підрядник не виконав вчасно обов'язків у зв'язку із тим, що завершував іншу роботу, в результаті чого замовник поніс збитки у сумі 20 000 за тиждень. Підрядник у даному випадку не може посилатися на обмеження відповідальності, тому що навмисно проігнорував виконання договору [432; с.387].

На відміну від DCFR та PECL, Принципи УНІДРУА встановлюють правило незастосування лише застереження про обмеження або звільнення від відповідальності, або про виконання у суттєво відмінний спосіб. Так, згідно зі ст. 7.1.6 Принципів УНІДРУА: «Застереження, яке обмежує чи виключає відповідальність однієї зі сторін за невиконання, або яке дозволяє одній зі сторін здійснити виконання в суттєво відмінний спосіб від того, який інша сторона розумно очікує, не може застосовуватися, якщо воно є значною мірою несправедливим, зважаючи на мету договору».

Коментар до цієї статті наводить різні приклади застережень, які обмежують чи звільняють від відповідальності за порушення виконання зобов'язання. В одних випадках, такі застереження встановлюють фіксовану суму, максимальну межу відшкодування, відсоток вартості виконання тощо.

При цьому договірна умова, яка встановлює, що сторона, яка не виконала договірного зобов'язання повинна сплатити певну суму постраждалій стороні за таке невиконання (т.зв. узгоджений платіж за невиконання (ст. 7.4.13 Принципів УНІДРУА) також може бути умовою, що обмежує відповідальність, а тому може бути реалізована у тому випадку, коли вона задовольняє вимоги ст. 7.6.1. Принципів УНІДРУА [180; с.234].

Натомість застереження, які обмежують сферу відповідальності договірної сторони не є предметом регулювання ст. 7.6.1. Принципів УНІДРУА (наприклад, застереження про те, що власник готелю відповідає за автомобілі, що зберігаються у гаражі готелю, але не відповідає за речі, які залишені у них) [180; с.234] .

До застережень, які дозволяють «одній зі сторін здійснити виконання в суттєво відмінний спосіб від того, який інша сторона розумно очікує» Принципи УНІДРУА відносять такі, метою яких є дозволити виконавцю зобов'язання в односторонньому порядку змінити характер виконання так, щоб «трансформувати договір». Прикладом цього є застереження у договорі про надання послуг із проживання у спеціально визначених дорогих готелях про те, що туроператор може змінити місце проживання клієнта, якщо цього вимагають обставини. Якщо туроператор поселить клієнта у готель другого класу, він буде нести відповідальність за це перед клієнтом, оскільки останній очікував, що його поселять у готель іншого класу [180; с.234].

Умовами незастосування застережень, про які йдеться у ст. 7.6.1. Принципів УНІДРУА є їх «значна несправедливість, зважаючи на мету договору». Значна несправедливість матиме місце, якщо вона призвела до очевидного дисбалансу у виконанні сторін. Стаття 7.6.1. Принципів УНІДРУА, зокрема, є підставою для незастосування умов, що виключають чи обмежують відповідальність, якщо невиконання сталося у результаті грубої недбалості боржника [180; с.235].

У національному праві спостерігається, як правило, неможливість виключення або обмеження цивільно-правової відповідальності (а не усіх способів захисту).

У Франції судовою практикою був вироблений підхід відповідно до якого, умови, що обмежують відповідальність не можуть застосовуватися, якщо наявна груба недбалість або умисел сторони, яка намагається ними скористатися. В основі такого підходу твердження про те, що «дозволити винній особі скористатися обмеженням її відповідальності – суперечить вимогам добросовісності» [544; с.136]. Слід погодитися з цією точкою зору, оскільки недобросовісність – це завжди винна поведінка.

Схожий підхід спостерігається у німецькому праві. Так, відповідно до пар. 276 (3) НЦУ боржник не може бути звільнений від відповідальності заздалегідь за наявності умислу [110].

Згідно зі ст. 1102 ЦК Іспанії відповідальність за умисне порушення наступає для усіх видів зобов'язань. Відмова від дій, що забезпечують це, є недійсною. Стаття 1476 цього ж документу встановлює, що будь-яка умова, що звільняє продавця від відповідальності є недійсною, якщо він діяв недобросовісно [168].

Відповідно до ст. 614 (3) ЦК України правочин, яким скасовується чи обмежується відповідальність за умисне порушення зобов'язань є нікчемним.

Слід відзначити широке застосування даного підходу у міжнародних транспортних конвенціях. Так, однією із найхарактерніших рис відповідальності перевізника є, як відомо, її обмежений характер.[174] Водночас, правила про обмеження не застосовуються, що доведено, що шкода виникла в результаті дій або упущень перевізника, вчинених або з

[174] Див., наприклад, ст. ст. 21, 22 Монреальської конвенції [80], ст.ст. 7, 8 Афінської конвенції [4], ст.ст. 30 (2), 34 ЦІВ [79], ст. ст.30-33 ЦІМ [79].

наміром заподіяти шкоду або через самовпевненість, з усвідомленням можливого заподіяння шкоди.[175]

Принцип добросовісності - в основі правил про те, що сума, яка сплачується за невиконання постраждалій стороні може бути зменшена, якщо вона надзвичайно перевищує витрати, понесені в результаті невиконання зобов'язання.

Мова йде про т. зв. «узгоджені суми, як сплачуються за невиконання зобов'язання» . Так, відповідно до ст. 9:509 (1) PECL «У випадку, якщо в договорі передбачено, що сторона, яка не виконала зобов'язання, повинна виплатити певну суму постраждалій стороні за таке невиконання, постраждалій стороні виплачується така сума незалежно від фактично понесених втрат». Аналогічною є ст. 7.4.13 (1) Принципів УНІДРУА та ст.III.-3:712 DCFR.

Як зазначає коментар до Принципів УНІДРУА під «узгодженими сумами» в даному випадку розуміються заздалегідь оцінені збитки, відомі у загальному праві, а також суми штрафів, неустойки [180; с.284]. Коментар до DCFR вказує на те, що «немає нічого поганого у тому, що сторони погодили штраф за невиконання зобов'язань, за умови, що вони повною мірою усвідомлюють, що роблять і не вчиняють несправедливо» [140; с.977].

Можливість стягнення неустойок, штрафів, передбачена й у багатьох національних правових системах. Так, наприклад, можливість стягнення неустойки передбачена пар. 339-345 НЦУ [110], ст.ст. 6:91-6:94 ЦК НІДЕРЛАНДІВ [106]; ст.ст. 549-552 ЦК України [59]; ст.ст. 330-333 ЦК РФ [11]; ст.ст. 624-630 ЦК РМ [10]; ст.ст. 293-298 ЦК РК [9]. Стаття 1152 ФЦК, встановлює право на встановлення певної суми збитків у договорі, що підлягають оплаті у разі порушення зобов'язання [65].

При цьому національне законодавство встановлює певні обмеження щодо використання неустойки та інших способів захисту, а також сум неустойки.

Так, згідно з пар. 340 (1) НЦУ кредитор може вимагати сплати неустойки замість виконання, якщо боржник зобов'язаний сплатити неустойку у випадку невиконання зобов'язання. Однак, якщо кредитор заявляє вимогу про сплату неустойки, то вимога про виконання виключається. У випадку неналежного виконання кредитор може вимагати сплати неустойки на додаток до виконання (пар. 341 (1) НЦУ). Разом із тим, якщо кредитор

[175] Див. ст. 13 Афінської конвенції [4], ст. 22 (5) Монреальської конвенції [80], ст. 48 ЦІВ [79], ст. 36 ЦІМ [79].

прийняв виконання, він може вимагати неустойки лише, якщо він «залишив за собою право зробити це після прийняття виконання» (пар. 341 (2) НЦУ).

Якщо кредитор має право вимагати відшкодування збитків за невиконання або неналежне виконання зобов'язання, він може вимагати сплати неустойки у розмірі мінімальної суми збитків. Вимога додаткових збитків не виключається (пар. 340 (2), пар. 341 (2) НЦУ) [110].

Однак, при цьому за німецьким правом у вимозі про стягнення неустойки може бути відмовлено на підставі загальної умови про добросовісність, передбаченої пар. 242 НЦУ або правил про несправедливі умови (пар. 307 НЦУ та наступні) [140; с.980].

Ст. 6:92 ЦК Нідерландів виключає одночасне виконання зобов'язання та сплату неустойки, а також відшкодування збитків, передбачене законом, та сплату неустойки. Так, згідно з ч.ч.1,2 згаданої ст. ЦК Нідерландів кредитор не може вимагати виконання як неустойки, так і зобов'язання, до якого неустойка стосується. Те, що підлягає виконанню внаслідок неустойки, заміняє відшкодування шкоди, передбаченої законом [106].

Цікаве рішення щодо співвідношення вимог виконання та сплати неустойки, запропоноване ст. 1153 ЦК Іспанії. Так, з одного боку ця норма передбачає те, що боржник не може бути звільнений від виконання зобов'язання у зв'язку із сплатою неустойки, якщо це право прямо не зазначено. Але з іншого боку кредитор не може вимагати одночасно виконання зобов'язання та сплати неустойки, якщо тільки таке повноваження не було йому явно надано [168].

За французьким правом, якщо угода встановлює, що особа, яка її не виконала повинна сплатити певну суму у якості збитків, то сума, що призначається, не може бути не більше, ні менше суми (понесених збитків) (ст. 1152 (перше речення) ФЦК). У грошових зобов'язаннях, заходи із компенсації збитків, що виникають внаслідок прострочення у виконанні, завжди виражаються лише у присудженні до сплати відсотків, визначених законом, за виключенням особливих правил, що стосуються торгівлі та поручительства (ст. 1153 ФЦК) [65].

За законодавством України боржник, який сплатив неустойку і відшкодував збитки не звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, якщо інше не встановлено договором або законом (ст. 622 (1) ЦК України).

Крім того, за загальним правилом, якщо за порушення зобов'язання встановлено неустойку, вона підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків. Разом із тим, допускається встановлення у договорі іншого співвідношення збитків та неустойки (ст. 624 ЦК України).

Стаття 551 (3) ЦК України встановлює можливість зменшення розміру неустойки за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків та за наявності інших обставин, що мають істотне значення. Крім того, ст. 18 (3) (5) ЗУ «Про захист прав споживачів» встановлює несправедливість умови договору про сплату споживачем непропорційно великої суми компенсації (понад п'ятдесят відсотків вартості продукції) у разі невиконання ним зобов'язань за договором [24].

Дані норми використовуються у судовій практиці для зменшення суми неустойки (Див., наприклад, [570]; [572]; [574]).

ЦК РМ забороняє вимагати одночасно виконання зобов'язання і сплати неустойки у випадку неналежного виконання зобов'язання боржником (особливо у випадку невиконання зобов'язання у встановлений строк (ст. 626 (1)). Що стосується співвідношення збитків та неустойки, то за загальним правилом, кредитор може вимагати відшкодування збитків в частині, непокритій неустойкою. Однак, законом чи договором можуть встановлюватися альтернативна, штрафна або виключна неустойка (ст. 626 (2) ЦК РМ.

Разом із тим, ст. 630 ЦК РМ передбачає можливість винесення рішення про зменшення неспівмірно великої неустойки. При цьому повинні братися до уваги не лише майнові, але й інші охоронювані законом інтереси кредитора. Крім того, не допускається зменшення неустойки, якщо вона уже сплачена [10].

Можливість зменшення розміру неустойки, яка є явно неспівмірною наслідкам порушення зобов'язання передбачена ст. 333 ЦК РФ, 297 ЦК РК.

Принцип добросовісності та чесного ведення справ вимагає також від **сторін утримуватися від дій, які б перешкоджали належному виконанню договору**. І міжнародні і національні правові акти закріплюють правила про те, що те, що умова визнається такою, що настала, навіть якщо її настанню перешкодила інша сторона, яка діяла з порушенням принципу добросовісності та чесного ведення справ, якщо настання

умови було невигідним для неї. І навпаки: якщо сторона сприяла настанню умов, порушуючи принципи добросовісності та чесного ведення справ і співробітництва, якщо відповідні умови були для неї вигідними, вони визнаються такими, що не настали (ст. III. – 1:106 (4) DCFR, ст. 16:102 (2) PECL, ст. 5.3.3. Принципів УНІДРУА)[176].

Принцип добросовісності та чесного ведення справ вимагає від сторони не використовувати несумісні способи захисту у випадку порушення договірних зобов'язань [544; с.151]. Так, відповідно до ст. III. – 3:102 DCFR та ст. 8:102 PECL у поєднанні один з одним можуть використовуватися способи правового захисту, які не є несумісними. Зокрема, сторона не позбавляється права на відшкодування збитків під час використання свого права на будь-який інший засіб правого захисту. У якості прикладу несумісних способів захисту наводяться вимоги про розірвання договору та виконання зобов'язання в натурі.

Однак, кредитор, що обрав один спосіб захисту, може змінити його в подальшому, навіть якщо другий спосіб захисту не є сумісним із першим (за певними виключеннями). Наприклад, якщо після висунення вимоги про виконання зобов'язання в натурі, кредитор дізнався, що боржник не виконав його або вірогідно не виконає його протягом розумного строку, він може розірвати договір у зв'язку із істотним невиконання.

В інших випадках вибір певного способу захисту виключає вибір іншого способу захисту у подальшому. Так, наприклад, сторона, яка вимагала розірвати договір, не може вимагати у подальшому його зміни на виконання договору в натурі, тому що надавши повідомлення про розірвання договору, кредитор змусив боржника діяти покладаючись на розірвання. Якщо боржник вжив заходів до виконання зобов'язання в натурі протягом розумного строку з моменту отримання відповідної вимоги, кредитор не може вимагати розірвання договору у зв'язку з його істотним невиконанням [140; с.802].

Ст. 7.1.4. (3) Принципів УНІДРУА передбачає, що після належного повідомлення про виправлення права постраждалої сторони, які несумісні з виконанням обов'язків іншою

[176] Аналогічні правила закріплені у ст. 212 (3,4) ЦК України [59], ст. 150 (3) ЦК РК[9], ст. 241 ЦК РМ [10], пар. 162 НЦУ [110]. Згідно зі ст. 1178 ФЦК умова вважається виконаною, якщо її виконанню перешкоджав боржник, пов'язаний зобов'язанням в залежності від цієї умови [65]. Стаття 6:23 ЦК Нідерландів для цієї мети використовує критерій розумності та справедливості [106].

стороною, зупиняються, поки не спливе строк на таке виправлення. До прав, несумісних із виконанням, відносять вимогу про розірвання договору, укладення замінюючих правочинів, а також вимоги про відшкодування збитків та реституцію [180; с.229].

Однак, не зважаючи на виправлення, постраждала сторона зберігає право вимагати відшкодування збитків за затримку, так само як і за будь-яку іншу шкоду, завдану або не відвернену в процесі виправлення (ст. 7.1.4. (5) Принципів УНІДРУА).

Принцип згідно яким не можна одночасно вимагати застосування несумісних способів захисту передбачений й у КМКМ.

Так, згідно зі ст. 46 (1) КМКП покупець може вимагати виконання продавцем своїх зобов'язань, якщо тільки покупець не вдався до засобу правового захисту, не сумісного з такою вимогою. До таких засобів правового захисту відносять вимогу про розірвання договору, а також зниження покупцем ціни відповідно до ст. 50 КМКП. Покупець, який встановив додатковий строк для виконання зобов'язання відповідно до ст. 47,може протягом цього строку вимагати інших способів правового захисту [623; с.227].

Покупець не може протягом строку, у який продавець усуває за власний рахунок недоліки у виконанні ним зобов'язань, вдаватися до якого-небудь засобу правового захисту, не сумісного з виконанням зобов'язання продавцем (ст. 48 (2) КМКП).

Стаття 48 КМКП надає продавцеві право виправити будь-який недолік у виконанні ним зобов'язань «без нерозумної затримки і не створюючи покупцеві нерозумних незручностей чи невизначеності щодо компенсації продавцем витрат, понесених покупцем» [6].

Зі змісту ст. ст. 48 (2) КМКП випливає, що покупець, який має право на розірвання договору, не повинен спочатку чекати, чи буде продавець здійснювати виконання, а може відразу заявити про розірвання договору, якщо має місце його істотне порушення, із дотриманням вимог щодо процедури розірвання, передбачених КМКП.

Разом із тим, у деяких судових рішеннях відстоюється позиція, за якою покупець повинен перш за все дозволити продавцеві усунути будь-яке порушення (навіть істотне) до розірвання договору, а також судові рішення, в яких заперечується наявність істотного порушення, якщо покупець не дав продавцеві можливості усунути недолік у виконанні [623; с.233].

Продавець може вимагати від покупця сплати ціни, прийняття поставки або виконання ним інших зобов'язань, якщо тільки продавець не вдався до засобу правового захисту, несумісного з такою вимогою (ст. 62 КМКП). До несумісних засобів захисту у даному випадку відносять вимогу про розірвання договору (ст. 64 КМКП) та встановлення додаткового строку для виконання (ст. 63 КМКП). Крім того, продавець, який продав товар, який він повинен зберігати відповідно до ст. 88 Конвенції, позбавляється права вимагати від покупця вимагати прийняття поставки товару [623; с.298].

Крім випадків, коли продавець одержав повідомлення від покупця про те, що він не здійснить виконання зобов'язань протягом встановленого продавцем додаткового строку розумної тривалості для виконання покупцем своїх зобов'язань, продавець не може протягом цього строку вдаватися до будь-яких заходів правового захисту від порушень договору (ст. 63 КМКП).

Однак, у будь-якому випадку сторона, яка реалізує той чи інший спосіб правового захисту не позбавлена права вимагати відшкодування збитків (ст.ст. 45 (2), 47 (2), 48 (1), 61 (2), 63 (2) КМКП.

У досліджених документах національного права пряма заборона використовувати несумісні способи захисту у випадку порушення договірного зобов'язання не зустрічається. Однак, для права окремих країн характерним є те, що у випадку порушення договору кредитор має право обирати між певними способами захисту.

Так, наприклад, відповідно до ст. 1184 ФЦК кредитор у випадку порушення договору боржником вправі обирати між присудженням до виконання зобов'язання в натурі, якщо це можливо, або вимагати розірвання договору із відшкодуванням збитків [65]. Так, само відповідно до ст. 1453 ЦК Італії у випадку порушення договору однієї із сторін кредитор має право за своїм вибором вимагати або виконання зобов'язання в натурі або його розірвання [70]. Стаття 1124 ЦК Іспанії передбачає, що потерпіла сторона може обирати між вимогами виконання або розірвання зобов'язання та сплатою компенсації в обох випадках. Вона може також вимагати припинення, навіть після обрання виконання зобов'язання в натурі, якщо останнє є неможливим [168]. Згідно із ст. 609 (4) ЦК РМ право

на виконання зобов'язання виключається з того моменту, коли кредитор пред'явив вимогу відшкодування замість виконання зобов'язання [10].

За англійським правом кредитор має право розірвати договір або може наполягати на виконанні [288; с.84].

Разом із тим, слід відмітити, що можливість реалізації того чи іншого способу захисту в різних правових системах неоднакова. Наприклад, в силу ст. 1184 ФЦК кредитор, який має намір розірвати договір, повинен звернутися до суду. Для розірвання договору у позасудовому порядку, договір має прямо передбачати таку можливість. При цьому відповідне формулювання договору повинно бути максимально чітким. Крім цього, договір може бути розірваний у позасудовому порядку лише у певних випадках[288; с.45-46].

В Англії «де-факто виходять із мовчазного визнання того, що боржник, сплативши суму грошової компенсації (збитки), може відмовитися від виконання зобов'язання, що обумовлюється відсутністю у кредитора у більшості випадків права вимагати виконання в натурі через суд» [288; с.84-85].

Право України не містить загальної норми, яка б забороняла використовувати несумісні способи захисту або встановлювала необхідність вибору між різними способами захисту. Можливість обрати лише певний спосіб захисту встановлюється спеціальними нормами (наприклад, ст. 708 ЦК України, ст. 8 (1) (абзац другий). За загальним правилом, встановленим ст. 622 (1) ЦК України, виконання зобов'язання в натурі є сумісним із відшкодуванням збитків (якщо інше не передбачено договором або законом).

Із змісту ст. 653 (5) ЦК України випливає, що вимога про зміну або розірвання договору є сумісною з вимогою про відшкодування збитків, якщо порушення договору є істотним. Разом із тим, на наш погляд, вимоги про відшкодування збитків і розірвання договору можуть суміщатися і в тому випадку, коли порушення договору не є істотним, оскільки ст. 611 ЦК України, встановлюючи правові наслідки порушення зобов'язання, не виключає одночасного використання декількох наслідків, передбачених нею.

Таким чином, для досліджених міжнародних уніфікованих документів характерною є заборона використання несумісних способів захисту у випадку порушення договірних зобов'язань, що випливає із вимог добросовісності та чесного ведення справ. Несумісними,

як правило, вважаються вимоги про виконання зобов'язання в натурі та розірвання договору, виконання зобов'язання в натурі та реституцію, виконання зобов'язання в натурі та укладення замінюючих правочинів. При цьому вимога про відшкодування збитків, як правило, суміщається із будь-яким способом захисту.

Досліджені джерела національного права окремих країн не містять прямої заборони суміщати певні способи захисту, однак, як правило, встановлюють необхідність обрання між використанням окремих із них.

Вимоги добросовісності перешкоджають стороні, що порушила свої обов'язки, скористатися способами захисту (або обмежують її у цій можливості), якщо причиною порушення обов'язків боржника є неналежне виконання (невиконання) обов'язків кредитором або його вина. Даний прояв принципу добросовісності лежить в основі багатьох норм як міжнародних так і національних актів.

Так, згідно зі ст. 20 Монреальської конвенції недбалість, неправомірна дія чи бездіяльність особи, яка вимагає відшкодування, або особи, від якої походять його або її права, є підставою для повного або часткового звільнення від відповідальності перевізника [80]. Однією із підстав звільнення від відповідальності перевізника згідно із ЦІВ є вина пасажира (ст. 32 (2), 35, 36 (2) [79].

Стаття III. – 3:101 (3) DCFR виключає можливість застосування будь-якого засобу правового захисту тією мірою, якою кредитор спричинив невиконання боржника. Аналогічну ідею закріплює ст. 8:101 (3) PECL. Вона лежить в основі інших статей цих документів (зокрема, ст.III. -3:704 DCFR та ст. 9:504 PECL, ст. III. – 3:705 DCFR та ст. 9:505 PECL).

Коментар до DCFR зазначає, що використання кредитором, який відповідальний за невиконання, способу захисту суперечитиме добросовісності та чесному веденню справ . При цьому кредитор може прямо запобігати виконанню (наприклад, відмовити у доступі на будівельний майданчик), або іншим чином сприяти своєю поведінкою порушенню договору (наприклад, надавати іншій стороні неповну або неправильну інформацію, спричиняючи тим самим неналежне виконання договору). Слова «тією мірою, якою

кредитор спричинив невиконання боржника», означають, що кредитор може повністю або частково позбавлятися можливості використовувати засоби правового захисту [140; с.798].

Ст. 7.1.2. Принципів УНІДРУА виключає можливість сторони покладатися на невиконання, допущене іншою стороною, тією мірою, якою таке невиконання було викликано дією чи упущенням першої сторони чи іншою подією, у відношенні якої перша сторона несе ризик.

Коментар до цієї статті зазначає, що невиконання договору може мати місце тому, що інша сторона зробила щось, що повністю чи частково виключає можливість виконання договору. У таких випадках важливо визначити, якою мірою невиконання було спричинено впливом першої сторони, а якою – іншими факторами [180; с.224].

Звертає на себе увагу те, що на відміну від DCFR та PECL, Принципи УНІДРУА виключає можливість посилатися на невиконання сторони не лише тоді, коли воно було спричинено іншою стороною, але й «подією, у відношенні якої перша сторона несе ризик».

Ст. 7.4.7. Принципів УНІДРУА допускає зменшення розміру збитків тією мірою, якою шкода частково спричинена дією чи упущенням іншої сторони чи іншої події, по відношенню до якої дана сторона несе ризик, з урахуванням поведінки кожної із сторін.

КМКП виключає можливість сторони посилатися на невиконання зобов'язання іншою стороною тією мірою, якою це невиконання викликане діями чи недоліками першої сторони (ст. 80). Дана норма часто застосовується як підстава для відмови у засобі правового захисту стороні, власне порушення якої спонукало іншу сторону відмовитися від виконання зобов'язань [623; с.400].

Неналежне виконання (невиконання) обов'язків кредитором або його вина виключає або обмежує можливість використання способів захисту й за національним правом.

Такий висновок, зокрема, випливає зі ст. 613 (4) ЦК України, ст. 593 (3) ЦК Молдови, ст. 405 (3) ЦК РФ, згідно з якими прострочення боржника не настає, якщо зобов'язання не може бути виконано внаслідок прострочення кредитора.

Стаття 616 (1) ЦК України передбачає можливість зменшити розмір збитків та неустойки, які стягуються з боржника, якщо порушення зобов'язання сталося з вини кредитора. Неналежне виконання або невиконання зобов'язань з вини обох сторін є підставою для зменшення відповідальності боржника згідно зі ст. 404 (1) ЦК РФ.

Відповідно до пар. 323 (6) НЦУ відмова від договору виключається, якщо кредитор одноособово або переважно несе відповідальність за обставину, яка дає йому право на відмову. Крім того, якщо вина потерпілої сторони спричинила заподіяння шкоди, відповідальність за неї, а також компенсація повинні сплачуватися в залежності від обставин, зокрема, від того, якою мірою шкода була заподіяна однією чи іншою стороною [110].

Ст. 6:101 ЦК Нідерландів передбачає можливість зменшення розміру відшкодування шкоди, «якщо шкода є також наслідком обставин, відповідальність за які можна покласти на потерпілу сторону». У такому випадку «зобов'язання відшкодування зменшується за допомогою розподілу відшкодування за шкоду між потерпілою стороною і особою, яка зобов'язана відшкодувати шкоду пропорційно тому, якою мірою обставини, відповідальність за які покладається на кожного з них, сприяли виникненню шкоди» [106].

Правило про те, що **порушення** обов'язків кредитором виключає або обмежує його можливість скористатися способами захисту, виявляється й у нормах, які встановлюють певний порядок та строки реалізації тих чи інших способів захисту [544; с.152].

Так, наприклад, міжнародні уніфіковані акти пов'язують реалізацію права на односторонню відмову від договору у випадку його порушення іншою стороною із направленням відповідного повідомлення іншій стороні. При цьому, якщо потерпіла сторона не повідомила іншу сторону протягом розумного строку після того, як вона дізналася або повинна була дізнатися про невиконання договору, право на відмову нею втрачається (ст. III. – 3:508 (1,3) DCFR, ст. 9:303 (2) PECL, ст. 7.3.2. Принципів УНІДРУА).

Крім того, сторона, яка не вимагала виконання в натурі протягом розумного строку після того, як вона дізналася чи повинна була дізнатися про невиконання, позбавляється права використовувати цей спосіб захисту (ст. III.- 3:302 DCFR, ст. 9:102 (3) PECL). Схожий підхід використовується ст. 39 КМКП.

Крім того, якщо продавець поставив товар, покупець втрачає право заявити про розірвання договору, якщо він не зробить цього протягом розумного строку (ст. 49 (2) КМКП). Аналогічно, якщо покупець сплати в ціну, продавець втрачає право заявити про розірвання договору протягом строків, встановлених ст. 64 (2) КМКП).

Залежність реалізації кредитором засобів правового захисту від надіслання боржнику певних повідомлень передбачена й національним правом окремих країн. При цьому можуть вимагатися надіслання наступних повідомлень: про фіксацію порушення і встановлення додаткового строку для виконання зобов'язання в натурі, нагадування про прострочку у виконанні, про відмову від договору.

За сучасним французьким правом кредитор у випадках порушення договору може вимагати розірвання договору. При цьому він повинен звернутися до суду (ст. 1184 ФЦК). Разом із тим, ФЦК не забороняє включення до договору умов, відповідно до яких договір може бути розірваний кредитором без звернення до суду. Однак, вважається, що умова про право односторонньої відмови повинна бути максимально чіткою і вказувати на конкретні порушення, які дають право на односторонню відмову. Загальні формулювання будуть підставою для застосування ст. 1184 ФЦК, тобто розірвання договору лише у судовому порядку [288; с.45].

Таке регулювання піддається значній критиці у Франції, оскільки не відповідає потребам ділового обороту. Тому, ст.ст. 1158-1160-1 *Пропозицій* пропонують змінити процедуру розірвання договору у випадку його порушення, яка серед іншого встановлює необхідність використання повідомлення про розірвання у випадку односторонньої відмови від договору [526; с.695-696].

Крім того, в силу ст. 1139 ФЦК прострочка у невиконанні зобов'язання наступає лише після направлення до боржника вимоги чи вчинення іншої рівнозначної дії, наприклад, «ділового листа, в якому міститься достатньо серйозна вимога про виконання зобов'язання». До направлення боржнику такого повідомлення вважається, що має місце проста затримка, яка не вважається порушенням договору сама по собі [288; с.47].

Направлення вимоги про виконання зобов'язання непотрібно: а) у зобов'язаннях не робити чогось, оскільки відповідно до ст. 1145 ФЦК у порушника виникає зобов'язання відповідати за збитки у цьому випадку в силу самого факту порушення; б) якщо боржник зобов'язався дати чи зробити , що могло бути зроблене лише у певний час, який боржник пропустив (ст. 1146 ФЦК); в) в силу угоди сторін, якщо в ній вказано, що для визнання боржника простроченим немає необхідності у якійсь дії, оскільки це очевидно в силу лише

одного сплину строку (ст. 1139 ФЦК); г) якщо боржник виявив волю не виконувати зобов'язання та у деяких інших випадках [345; с.311].

Крім того, непотрібно й направлення повідомлення про прострочення у оплаті грошей, оскільки у французьке законодавство імплементована Директива ЄС від 29 червня 2000 року № 2000/35/ЕС про боротьбу з простроченими платежу по комерційним правочинам, яка передбачає що прострочення в оплаті наступає і відсотки річних починають нараховуватися завжди на наступний день після настання строку платежу. Передбачені також способи вирахування прострочення, якщо у договорі не вказана дата платежу [288; с.48-49].

Відповідно до пар. 349 НЦУ кредитор, який бажає скористатися правом на відмову від порушеного договору, повинен направити боржникові заяву про відмову. Крім того, відмова від договору за німецьким правом можлива, за загальним правилом, лише тоді, коли кредитор направив боржникові повідомлення (Nachfrist), в якому встановив розумний (додатковий) строк для виконання зобов'язання і це не дало результату (пар. 323 (1) НЦУ) [110].

Надання боржникові додаткового строку для виконання зобов'язання в натурі як умова майбутнього розірвання договору (відмови від договору) у Франції та ФРН пояснюється «загальною прив'язаністю правових систем цих країн до принципу «pacta sunt servanda» і ідеї, яка випливає з нього про небажане відступлення від договору у односторонньому порядку, з одного боку, а також властивому усім континентальним правовим системам пріоритетному захисту інтересів боржника з іншої сторони» [288; с.62].

Разом із тим, ст. 323 (2) НЦУ визначає випадки, коли кредитор має право відмовитися від договору, не встановлюючи боржникові розумного строку на виконання. До них належать випадки, коли: 1) боржник серйозно і остаточно відмовився від виконання; 2) боржник не здійснив виконання в строк, передбачений в договорі, в той час як кредитор у договорі обумовив такий інтерес до виконання його своєчасністю; або 3) існують особливі обставини, які під час оцінки взаємних інтересів виправдовують негайну відмову від договору [110].

Крім того, ст. 376 Німецького торгового уложення встановлює, що якщо договір передбачає, що виконання однієї сторони має бути здійснене у визначений термін або

протягом визначеного періоду, а виконання не було здійснене у ці строки, інша сторона маж право відмовитися від договору. І хоча дана стаття не покладає на кредитора обов'язок встановлювати боржникові додатковий строк для виконання і надсилати йому повідомлення, в літературі та судовій практиці вважається що «дана стаття не дозволяє боржникові відмовитися від договору, не дотримавшись процедури Nachfrist… Такого права кредитор набуває лише тоді, коли боржник порушив кваліфіковану умову про строк, яка в даному конкретному випадку має особливе значення» [288; с.66].

Крім того, якщо порушення боржника полягає у простроченні виконання, німецьке право вимагає надіслання йому повідомлення-попередження (Mahnung). В силу ст. 286 (1) НЦУ боржник вважається таким, що прострочив виконання з моменту отримання такого повідомлення. Разом із тим, ст. 286 (2) НЦУ визначає випадки, коли надіслання повідомлення-попередження непотрібно.

Крім того, із ст. 286 (3) НЦУ випливає, що надіслання такого повідомлення непотрібно при простроч ці платежу. Згідно зі ст. 286 (1) НЦУ пред'явлення позову про виконання в натурі прирівнюється до направлення повідомлення-попередження.

У голландському праві кредитор має право розірвати договір у зв'язку із порушенням договору боржником шляхом письмового повідомлення останнього (ст. 6:267 (1) ЦК Нідерландів), з урахуванням характеру порушення (ст.ст. 6: 265, 6: 266 ЦК Нідерландів). В силу ст. 3:37 (3) ЦК Нідерландів договір буде вважатися розірваним з моменту, коли повідомлення отримано боржником. Разом із тим, якщо повідомлення не дійшло або дійшло несвоєчасно, внаслідок дій боржника, договір буде вважатися розірваним [106].

Крім того, договір може бути розірваним у судовому порядку (ст. 6:267 (2) ЦК Нідерландів).

Чинне законодавство України передбачає можливість припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору (ст. 611 ЦК України). При цьому загальних правил процедури односторонньої відмови від договору ЦК України не передбачає.

Спеціальні норми ЦК України (ст. ст.408 (2), 568 (1) (3), 702(2), 722 (2,3) , 724, 739, ст. 763 (2) (абзац 2), 790 (1), 834(1), 848, 867 (2), 1008 (3) та ін.), які регулюють

відмову від окремих видів договорів, також не визначають повною мірою процедуру такої відмови, а також не визначають моменту, з якого договір вважається розірваним у даному випадку. Так, наприклад, ст. 702 ЦК України, встановлюючи право покупця відмовитися від договору купівлі-продажу за зразком, не визначає у якій формі покупець повинен відмовитися від договору. Те саме стосується процедури відмови від договору про надання права користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (ст. 408 (2) ЦК України).

У юридичній літературі обґрунтовувався висновок про те, що одностороння відмова від договору не призводить до автоматичного припинення договору [343; с.7]. Крім того, пропонувалося доповнити ст. 651 ЦК України частинами, які б: 1) визначали момент розірвання договору у випадку односторонньої відмови; 2) встановлювали письмову форму пропозиції про зміну чи розірвання договору, а також необхідність повідомлення про розгляд пропозиції у визначений строк [343; с.7-8].

Безумовно, такі пропозиції є слушними, однак, з ними не можна повною мірою погодитися. Пов'язування зміни або розірвання договору із «неоскарженням пропозиції» про зміну чи розірвання договору, вказує на те, що відмова від договору потребує обов'язкової згоди іншої сторони. Тобто, мова йде про один із варіантів припинення зобов'язання за згодою сторін (ст. 604 (1) ЦК України).

Між тим, процедура односторонньої відмови від зобов'язання як наслідку його порушення (ст. 611 (1) (1), ст. 615 ЦК України) залишається неврегульованою. На наш погляд, у даному випадку слід виходити не із «неоскарження іншою стороною» та ще й протягом 20 днів, а з істотності порушення, що відповідає принципу добросовісності та світовій практиці. Крім того, для того, щоб запобігти зловживанню з боку кредитора щодо розірвання договору, можна встановити необхідність пред'явлення ним вимоги про виконання договору у додатковий строк. Невиконання такої вимоги надасть кредитору право відмовитися від договору в односторонньому порядку. Разом із тим, доцільно встановити винятки із цього правила, тобто, передбачити випадки, коли кредитор матиме можливість відмовитися від договору в односторонньому порядку у випадку його порушення без направлення вимоги про виконання договору протягом додаткового строку. На наш погляд, визначаючи перелік винятків доцільно скористатися ст. 323 (2) НЦУ.

Для запобігання необґрунтованій відмові кредитора від договору слід надати боржникові право оскарження у судовому порядку такої відмови, якщо порушення договору не мало істотного характеру, а також якщо кредитор відмовився від договору, не запропонувавши боржникові виконати зобов'язання у додатковий строк, або якщо строк, встановлений кредитором, не був розумним, або якщо не було дотримано вимог щодо форми та строків надіслання повідомлення.

Що стосується моменту розірвання договору у випадку односторонньої відмови від нього у зв'язку із порушенням, на наш погляд, такий момент повинен визначатися моментом отримання відповідного повідомлення про відмову від договору (як це має місце, зокрема, у голландському праві). Поведінка боржника, що перешкоджає отриманню ним повідомлення повинна призводити до того, щоб договір вважався розірваним з моменту відправлення повідомлення про відмову

Крім того, із запропонованої Міхно О.І. редакції ст. 651 ЦК України випливає, що у разі, якщо сторона не погоджується із розірванням договору, інша сторона може розірвати договір лише у судовому порядку. На наш погляд, це значно знизить оперативність реалізації права на розірвання. У Франції, для якої такий підхід є традиційним, спостерігається тенденція до відмови від нього.

Враховуючи наведене, пропонуємо викласти ст. 615 (1) ЦК України у редакції наступного змісту: «1. У випадку істотного порушення зобов'язання однією стороною інша сторона має право відмовитися від зобов'язання частково або у повному обсязі. Часткова відмова від зобов'язання можлива, якщо виконання зобов'язання має подільний характер».

Крім того, пропонуємо доповнити ст. 615 ЦК України ч.ч.4-8 наступного змісту: «4. Реалізація права на односторонню відмову, передбаченого частиною першою цієї статті, можлива, якщо кредитор письмово призначив боржникові додатковий розумний строк для виконання зобов'язання, протягом якого зобов'язання не було виконано.

5. Призначення додаткового строку, передбаченого частиною четвертою цієї статті, не потрібне, якщо боржник: (1) письмово заявив про відмову від виконання; (2) не здійснив виконання в строк, передбачений договором, в той час як у договорі обумовлюється інтерес кредитора до виконання його своєчасністю.

6. Якщо інша форма не передбачена договором або законом, відмова від договору на підставі цієї статті здійснюється шляхом письмового повідомлення кредитора боржникові, у якому містяться чіткі формулювання про відмову від договору, а також порушення, які стали причиною відмови. 7. Якщо законом або договором не визначений строк, протягом якого повідомлення про відмову від договору має бути надіслане іншій стороні, воно має бути надіслане у розумний строк з моменту, як потерпіла сторона дізналася або повинна була дізнатися про порушення договору. 8. Боржник має право оскаржити відмову кредитора від зобов'язання, якщо порушення зобов'язання не було істотним або кредитор не встановив додаткового строку для виконання зобов'язання, або додатковий строк для виконання зобов'язання не був розумним, або якщо повідомлення про відмову від договору було здійснено у неналежній формі або у неналежний строк. У випадку відмови від договору на підставі цієї статті договір вважається розірваним з моменту отримання повідомлення про відмову боржником. 9.У випадку дій або бездіяльності боржника, що перешкоджають отриманню ним повідомлення, договір вважається розірваним з моменту відправлення повідомлення про відмову кредитором».

Принцип добросовісності вимагає від потерпілої сторони договору вживати заходів щодо зменшення шкоди, а також пов'язує відповідальність сторони, яка порушує договір із вжиттям таких заходів. З іншого боку цей принцип надає право потерпілій стороні вимагати відшкодування витрат, здійснених нею для зменшення втрат. Так, наприклад, відповідно до ст. III. – 3:705 DCFR, ст. 9:505 PELC, ст. 7.4.8. Принципів УНІДРУА сторона, яка порушила зобов'язання, не відповідає за втрати, понесені потерпілою стороною, тією мірою, якою остання могла розумними заходами зменшити такі втрати. Однак потерпіла сторона має право вимагати відшкодування будь-яких розумних витрат, понесених під час спроби зменшити такі витрати.

Таким чином, характеристикою заходів, які повинна вжити інша сторона для зменшення шкоди є їх «розумність». Вони можуть полягати як у вжитті певних дій, так і в утриманні від дій, що є необґрунтованими за даних обставин [140; с.954]. Даний принцип застосовується й у випадках, коли порушення є очікуваним, наприклад, якщо боржник оголосив, що зобов'язання не буде виконано у належний час. Кредитор не повинен

здійснювати подальші витрати і повинен вживати заходів, щоб зменшити збитки [140; с.953].

Іноді сторона, вживаючи розумних заходів для зменшення збитків, насправді їх збільшує. В такому випадку відшкодуванню підлягають усі витрати [140; с.954].

Необхідність вживати заходів щодо зменшення збитків лежить також в основі ст. III. -3:302 (5), яка DCFR обмежує кредитора стягненні збитків або обумовленого платежу за невиконання, тією мірою, якою кредитор збільшив збитки або суму платежу нерозумно наполягаючи на виконанні в натурі у мовах, коли кредитор міг укласти розумні замінюючі правочини без значних зусиль або витрат.

Характеризуючи «розумні заходи», спрямовані на зменшення шкоди, коментар до Принципів УНІДРУА поділяє їх на дві групи: 1) ті, що спрямовані на зменшення існуючої шкоди (наприклад, укладення замінюючих правочинів); 2) ті, що запобігають збільшенню початкової шкоди [180; с.277].

При цьому укладення замінюючих правочинів має відбуватися з урахуванням вимог ст. 7.4.5 Принципів УНІДРУА, тобто, такий правочин має укладатися в розумний строк і розумним способом. Дотримання цих вимог є підставою для отримання різниці між ціною договору та ціною замінюючого правочину, а також відшкодування «будь-якої наступної шкоди».

Обов'язок сторони, яка посилається на порушення договору, вжити розумних заходів для зменшення шкоди, включаючи упущену вигоду, передбачений також ст. 77 КМКП. Невжиття таких заходів дає право стороні, яка порушила договір, вимагати зменшення відшкодування збитків на суму, на яку вони могли бути зменшені.

До розумних заходів, вжитих потерпілими покупцями, у судовій практиці були віднесені: продаж швидкопсувних продуктів; використання покупцем власних резервних запасів вугілля у разі прострочки поставки з боку продавця; звернення до державного органу за спеціальним дозволом; реекспорт у випадку невідповідності товару і пропозиція перевірити товар у зоні вільної торгівлі до ввезення в країну та ін. [623; с.368].

Покупець визнавався таким, що не виконав обов'язків із зменшення шкоди, коли: не припинив використовувати товар після того, як віднайшов дефект; не шукав заміни товару на ринках за межами місцевого регіону; не відмовився від договору купівлі-продажу зі своїм субпокупцем і не уклав замінюючого правочину та ін. [623; с.369].

Розумними заходами, вжитими продавцем для зменшення збитків визнавалися: оплата витрат на транспортування, зберігання і обслуговування непоставленого устаткування, перепродаж товару третій особі [623; с.368].

Необхідність вживати дій щодо запобігання чи зменшення збитків визнана також загальними та спеціальними нормами чинного законодавства України. Так, із ст. 616 (2) ЦК України випливає, що кредитор має обов'язок вживати заходів щодо зменшення збитків. Ст. 989 (1) (4) ЦК України покладає страхувальника обов'язок вживати заходів щодо запобігання збиткам, завданим настанням страхового випадку.

Таким чином, досліджені міжнародні уніфіковані акти покладають на потерпілу сторону обов'язок сприяти зменшенню збитків, що є одним із проявів принципу добросовісності під час реалізації прав та обов'язків сторін. Для зменшення збитків потерпіла сторона має вжити «розумних заходів». Відповідність заходів критерію «розумності» здійснюється у кожному конкретному випадку з урахуванням усіх обставин справи. Однак, загалом можна зробити висновок, що такі заходи можуть полягати в укладенні замінюючих правочинів, вжиттю заходів запобігання зіпсуття товару, припинення використовувати певний об'єкт після того, як у ньому були винайдені дефекти та ін. За певних умов розумними можуть визнаватися заходи, що мали на меті зменшення шкоди, але фактично призвели до її збільшення.

Добросовісність та чесне ведення справ вимагають від сторін співпраці [180; с.150].

У юридичній літературі справедливо відмічається, що у деяких випадках сама природа або предмет договору сприяють співпраці сторін. Це має місце, коли інтереси сторін договору не суперечать один одному (наприклад, у договорі доручення, засновницькому договорі та ін.). В інших договорах (наприклад, договорі купівлі-продажу) інтереси сторін є

протилежними. Однак, і в таких договорах, принцип добросовісності вимагає мінімум співпраці між сторонами [544; с.143].

Обов'язок сторін співпрацьовувати прямо передбачений ст. III. -1:104 DCFR, ст. 1:202 PECL, ст. 5.1.3 Принципів УНІДРУА. Однак, формулювання, використані у цих документах для встановлення такого обов'язку, дещо відрізняються. Так, ст. 1:202 PECL вимагає від кожної із сторін «співпрацьовувати з іншою з метою повного виконання договору». Натомість ст. III. -1:104 DCFR покладає на сторони «зобов'язання співпрацьовувати одна з одною тоді і тією мірою, які можуть розумно очікуватися для виконання зобов'язань боржником». Близьким до цього є формулювання ст. 5.1.3. Принципів УНІДРУА, відповідно до якої: «Кожна сторона повинна здійснювати співробітництво з іншою стороною, якщо таке співробітництво можна розумно очікувати у зв'язку із виконанням зобов'язань цієї сторони».

Таким чином, порівняно із PECL, DCFR та Принципи УНІДРУА обмежують дане зобов'язання «співпрацею, яка може розумно очікуватися для виконання зобов'язань іншою стороною».

Коментар до DCFR підкреслює, що співпраця є «зобов'язанням» сторін, а не «обов'язком», що створює можливість застосовувати способи захисту, передбачені на випадок порушення зобов'язання, у разі недотримання сторонами (стороною) зобов'язання співпрацювати, включаючи можливість вимагати виконання в натурі та зупинення виконання зобов'язання [140; с.713-714].

Слід відмітити те, що зобов'язання співпраці відіграє особливу роль у виконанні зустрічних зобов'язань, в яких виконання обов'язку однією стороною обумовлює виконання обов'язку іншою. Загальновизнаним є те, що невиконання стороною своїх обов'язків надає право іншій стороні зупинити виконання зустрічного зобов'язання (ст. III. – 3:401 DCRF [140], ст.ст. 9:201, 8:105 PECL [174], ст. 71 (1) КМКП [6], пар. 320 НЦУ[110], ст. 6:52 ЦК Нідерландів [106], у Франції це правило встановлене судовою практикою [140; с.866], ст. 538 ЦК України [59]).

Співпраця включає зобов'язання дати можливість боржникові виконати його обов'язки і таким чином, отримати будь-які результати від виконання [140; с.713].

Співпраця виявляється також у зобов'язаннях повідомити іншу сторону, яка не знає, що виконання договору несе у собі ризик заподіяти шкоду особам чи майну, зобов'язаннях отримувати ліцензії чи дозволи, необхідні для виконання договору [140; с.713].

Окремим різновидом співпраці є обов'язок сторони повідомити іншу сторону про перешкоди, які виникають у виконанні зобов'язання. DCFR, PECL, Принципи УНІДРУА, КМКП вказують на те, що таке повідомлення має бути здійснене у розумний строк після того, як сторона дізналася або повинна була дізнатися про відповідні обставини. При цьому інша сторона має право вимагати відшкодування будь-яких збитків, які виникли у зв'язку із неотриманням такого повідомлення (ст. III. 3:104 (5) DCFR, ст. 8:108 (3) PECL, ст. 7.1.7 (3) Принципів УНІДРУА, ст. 79 (4) КМКП).

Крім того, зобов'язання співпраці вимагати від потерпілої сторони вживати заходів щодо зменшення збитків, про що йшлося вище.

Таким чином, у сучасному праві співпраця сторін договору розглядається як один із проявів принципу добросовісності та чесного ведення справ. DCFR та Принципи УНІДРУА обмежують дане зобов'язання «співпрацею, яка може розумно очікуватися для виконання зобов'язань іншою стороною». Згідно із DCFR порушення вимог співпраці дає підстави для застосування способів захисту, що використовуються у випадку порушення зобов'язань. Співпраця виявляється у належному виконанні сторонами своїх зобов'язань за договором, вчиненні інших дій, необхідних для виконання договору, які не обов'язково прямо передбачаються договором (отримання дозволів, ліцензій тощо), наданні іншій стороні інформації, необхідної для виконання договору, попередження іншої сторони про ризик заподіяння шкоди виконанням договору, повідомлення іншої сторони про перешкоди у виконанні договору та вжитті заходів щодо зменшення збитків.

Добросовісність є підставою для захисту помилкової думки, і як наслідок, є підставою для захисту третіх осіб, коли вони правомірно вірять у очевидну ситуацію [545;

с.24]. Найчастіше це має місце у відносинах представництва або у випадку укладення удаваних договорів.

Так, наприклад, відповідно до ст. 14 Конвенції про представництво у міжнародній купівлі-продажу товарів: «1. Якщо посередник діє без повноважень або з перевищенням повноважень, його правочини не створюють обов'язків між принципалом і третьою особою. 2. Однак якщо з поведінки принципала випливає, що третя особа могла розумно і добросовісно вважати, що посередник мав повноваження діяти від імені принципала і що він діяв в межах таких повноважень, принципал не може посилатися у відносинах з третіми особами на відсутність у нього повноважень» [84].

Добросовісність є критерієм для встановлення передачі повноважень й у відповідно до ст. 3:201 (3) PECL, яка встановлює, що: «Передбачається, що особа передала повноваження представнику у випадку, якщо заяви чи поведінка вказаної особи дозволяють третій особі розумно і добросовісно вважати, що представнику були надані повноваження на реалізацію здійсненої ним дії». Важливість даного положення обумовлюються серед іншого тим, що ст. 3:201 (1) PECL встановлює, що передача принципалом повноважень представникові діяти від його імені може бути прямо обумовлена або випливати із обставин. Такого ж підходу дотримується й ст. 2.2.2. Принципів УНІДРУА.

Стаття 2.2.5 Принципів УНІДРУА передбачає, що якщо принципал сприяє тому, що у третьої особи розумно виникає переконання, що представник має повноваження діяти від імені принципала і діє у межах своїх повноважень, принципал не може у відносинах з третіми особами посилалися на відсутність у нього повноважень. Як зазначає, коментар до Принципів УНІДРУА дане положення є одним із спеціальних проявів принципу добросовісності та чесного ведення справ [180; с.22].

Стаття II.-6:103 (2) DCFR так само встановлює, що передача повноважень принципалом може бути явною або неявною. Як зазначає коментар до DCFR для вирішення питання чи був представник неявно призначений принципалом важливими є звичаї та практика між сторонами, які надають повноваження представникові діяти від імені принципала у певних видах правочинів [140; с.443-444].

Водночас, ст. II.-6:103 (3) DCFR дещо змінює акценти у регулюванні передачі повноважень порівняно зі ст. 3:201 (3) PECL. Так відповідно до ст. II. - 6:103 (3) DCFR: «Якщо особа розумно і добросовісно спонукає третю особу вірити, що вона уповноважила представника вчиняти певні дії, особа розглядається як принципал, який уповноважив очевидного представника».

Таким чином, якщо PECL для визначення передачі повноважень представникові використовує критерій розумності та добросовісності третьої особи, то DCFR пропонує з цією метою керуватися розумністю та добросовісністю особи, яка передала повноваження. Хоча коментар до цієї статті вказує, що дане правило спрямоване на захист третьої особи, яка розумно та добросовісно покладається на враження, що принципал передав повноваження. Представник, уповноважений у такий спосіб, іменується «очевидним». Пояснюючи вжиття цього терміну, коментар до DCFR наголошує на тому, що даний термін використаний, оскільки даний вид представництва «заснований на зовнішньому вигляді речей». Розумність та добросовісність у даному випадку виступають урівноважуючим фактором між інтересами принципала та третьої особи.

Добросовісність може бути підставою для захисту прав третіх осіб і у випадку укладення удаваного правочину**.** Так, відповідно до ст. II. - 9:201 DCFR: «(1). Якщо сторони уклали договір або удаваний договір і навмисно вчинили так щоб його удаваний ефект відрізнявся від ефекту, який сторони мали намір йому надати, справжній намір сторін переважає. (2) Однак, удаваний ефект переважає щодо особи, яка не є стороною удаваного договору або особи, яка за законом має ті ж права, що й така сторона і яка розумно та добросовісно покладається на удаваний ефект».

Слід звернути увагу на те, що умовою переваги справжнього наміру сторін за DCFR у даному випадку є умисел сторін щодо удаваного ефекту договору.

Коментар до DCFR наводить наступний приклад впливу удаваного договору на третю особу: «Договір, укладений між А і В явно надає право С звертатися з вимогою до А. С знає про своє право і розумно і добросовісно бере на себе затрати, розраховуючи на можливість реалізації свого права. Після цього А і В стверджують, що насправді їх договір

передбачає набуття прав С тільки під умовою, яка не настала. Однак, С має право покладатися на удаваний ефект договору». Дана позиція аргументується тим, що «суперечитиме добросовісності та чесному веденню справ дозволити сторонам або стороні реалізувати секретний справжній договір у питанні, що стосується третьої особи, яка розумно і добросовісно покладається на удаваний договір» [140; с.641].

Водночас коментар визнає, що можуть бути ситуації, в яких розумно буде передбачити, що невинна третя особа повинна мати вибір між можливістю використання удаваного або справжнього ефекту договору [140; с.641].

При цьому слід відмітити, що правило про наслідки удаваного договору для його сторін, запропоноване ст. II. - 9:201 (1) DCFR, є загальновизнаним у національних законодавствах (наприклад, пар. 117 (2) НЦУ [110], ст. 235 (2) ЦК України [59], ст. 221 (2) ЦК РМ [10] та ін.) та на міжнародному рівні (Ст. 6:103 PECL [174]). В той час, як наслідки укладення удаваного правочину для третіх осіб відрізняються за правом окремих країн.

Так, наприклад, законодавство окремих держав (наприклад, України, РК) не містить спеціальних правил, що стосуються наслідків укладення удаваних договорів для третіх осіб, а відтак, на них поширюються ті ж норми, які застосовуються до сторін договору у разі укладення удаваного договору. Так, відповідно до пар. 117 НЦУ «(1) Якщо волевиявлення, яке повинно бути звернене до іншої особи за згодою останньої, здійснене лише для вигляду, то воно нікчемне[177]. (2) Якщо удаваний правочин здійснений з метою приховати інший правочин, то застосовуються приписи, що стосуються до прихованого правочину». Відповідно до пар. 89 (2,3) Закону про Загальну частину ЦК Естонії: «2. Удаваний правочин є нікчемним. 3. Якщо удаваний правочин приховує інший правочин, до прихованого правочину застосовуються положення, що регулюють відповідний тип правочину» [109]. Статті 138, 139 ЦК Греції є підставою для висновку про те, що треті особи, які діють добросовісно можуть покладатися на удаваний акт [540; с.87].

[177] Мова йде про договори укладені із «підставними особами». Детальніше див. [202].

Ст. 221 (3) ЦК РМ передбачає, що у випадку переходу майна, отриманого за удаваним правочином, до добросовісної третьої особи вважається, що перехід відбувся на дійсній правовій підставі [10].

Подібну позицію щодо наслідків удаваного правочину для третіх осіб займає й законодавство Польщі. Так, згідно зі ст. 83 (2) ЦК Польщі «Удаваний характер волевиявлення не впливає на дійсність правого акту, вчиненого на його основі, якщо в результаті цього акту третя особа набула права або була звільнена від обов'язку, за винятком випадків, коли третя особа діяла недобросовісно» [137]. Водночас, слід звернути увагу на те, що дана норма стосується не ефекту удаваного правочину для третіх осіб, а «дійсності правового акту, вчиненого на його основі». Вдалість формулювання цієї норми у тому, що вона запобігає погіршенню становища добросовісних третіх осіб (оскільки вони не втрачають набутих прав та залишаються звільненими від обов'язків), однак вона стосується прав та обов'язків, які виникають у третіх осіб не з удаваного правочину, а з іншого правового акту.

У французькому праві також вважається, що треті особи мають право покладатися на удаваний правочин. Підставою для такого висновку є ст. 1321 ФЦК відповідно до якої : «Листи, які містять у собі відхилення від договору, мають силу лише для сторін договору, вони не мають листи проти третіх осіб» [140; с.642].

На наш погляд, є справедливим дозволити добросовісній третій особі покладатися на умови удаваного правочину, зокрема, якщо в результаті удаваного правочину вона набуває право або звільняється від обов'язку Відтак, на наш погляд, доцільно доповнити ст. 235 ЦК України ч. 3 наступного змісту: « Добросовісні треті особи можуть покладатися на удаваний правочин, якщо він є підставою виникнення їх прав або звільнення від обов'язків».

Добросовісність як підстава для захисту від помилкової думки використовується, зокрема, задля того, щоб не застосовувати правові норми певної держави, якщо це призведе до недійсності правочину.

Даний підхід вперше був закріплений у рішенні Французького касаційного суду у справі Лізарді 1861 року[178], у якому суд зазначив, що від француза, який укладає договір з іноземцем у Франції, не слід вимагати знання законів різних країн щодо неповноліття та повноліття та обсягу договірних зобов'язань, які можуть бути взяті іноземцем. Договір буде дійсним, якщо французька сторона діяла без необачності, добросовісно та не допустила недбалості [545; с.25].

Як зазначає Л.П. Ануфрієва «ця справа стала відправною точкою у світовій практиці вироблення належних колізійних принципів визначення дієздатності іноземним фізичних осіб, які б задовольняли вимоги як юридичного підходу, так і економічних, господарських потреб та інтересів» [195; с.8]. О.Бєлоглавек, коментуючи ст. 13 Регламенту Рим I, вказує на те, що «Регулювання ст. 13 є спробою інтеграції в Регламент правил Лізарді (Lizardi)» [211; с.363].

Сьогодні, правило про те, що договірна сторона не може посилатися на свою недієздатність за особистим законом, якщо вона є дієздатною за законом місця укладення договору, закріплюється у міжнародних (наприклад, у ст. 2 Конвенції про врегулювання деяких колізій законів про переказні векселі та прості векселі [34]) та національних правових актах (Ст. 13 Регламенту Рим I [158], ст. 18 (1) ЗУ «Про міжнародне приватне право» [26], ст. 1590 (2) ЦК РМ [10]), та визнається судовою практикою [Див.607].

При цьому слід звернути увагу на те, що досліджувані норми окремих держав у якості критерію визначення дієздатності на підставі права місця укладення договору використовують добросовісність.

Так, наприклад, відповідно до ст. 13 Регламенту Рим I: «У договорі, укладеному між особами, які перебувають в одній країні, фізична особа, яка є дієздатною згідно з правом цієї країни, може посилатися на відсутність у неї дієздатності, що випливає з права іншої країни, тільки у випадку, якщо в момент укладення договору інша сторона знала про цю

[178] Обставини даної справи викладені, наприклад, М. Вольфом: «Мексиканський громадянин 22 років, який за своїм особистим законом вважався неповнолітнім, але який би бу повнолітнім за французьким законом, придбав у Франції коштовності у французького торговця, видавши векселі…Неповнолітньому недозволено було посилатися на своє неповноліття і правочин був визнаний дійсним» [232; с.311].

відсутність дієздатності або не була поінформована про неї лише з причини власної недбалості».

Коментуючи дану норму, О. Бєлоглавек вказує на те, що однією із умов застосування цієї статті є добросовісність сторони договору. При цьому обов'язок доказування обізнаності іншої сторони договору несе сторона, яка посилається на свою недієздатність [211; с.363].

Згідно зі ст. 1197 (2) ЦК РФ: «Фізична особа, що не володіє цивільною дієздатністю за своїм особистим законом, не має права посилатися на відсутність у неї дієздатності, якщо вона є дієздатною за правом місця вчинення правочину, за винятком випадків, коли буде доведено, що інша сторона знала або завідомо повинна була знати про відсутність дієздатності».

У коментарі до даної норми підкреслюється роль добросовісності для застосування ст. 1197 (2) ЦК РФ: «Незалежно від предмета угоди, від того, чи була здійснена операція на території Росії або за її межами, незалежно від того, чи бере участь в угоді громадянин Російської Федерації або тільки іноземні громадяни або особи без громадянства, у разі добросовісності контрагента дієздатність фізичної особи на вчинення цивільно-правових правочинів визначається за законом місця вчинення правочину, а не за особистим законом фізичної особи» [301-1].

Аналогічний підхід спостерігається й у ст. 1590 (2) ЦК РМ, відповідно до якої: «Особа, яка не володіє дієздатністю за своїм національним законом, не має права посилатися на відсутність у неї дієздатності, якщо вона є дієздатною за законом місця вчинення правочину, за винятком випадків, коли буде доведено, що інша сторона угоди знала або повинна була знати про відсутність дієздатності».

Даний підхід слід визнати справедливим. Дійсно, свідоме укладення договору із недієздатною особою свідчить про те, що контрагент добровільно бере на себе ризики такої дії. Тому видається правильним обмежувати незастосування особистого закону до визначення дієздатності фізичної особи і застосування закону місця укладення правочину,

випадками свідомого укладення договору з нею та ситуаціями, коли інша особа повинна була знати про відсутність дієздатності.

У зв’язку із цим, слід звернути увагу на певну нечіткість формулювання ст. 18 (1) ЗУ «Про міжнародне приватне право»: «Цивільна дієздатність фізичної особи щодо правочинів та зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди, *може* визначатися також правом держави місця вчинення правочинів або виникнення зобов'язань у зв'язку із завданням шкоди, якщо інше не передбачено законом». При цьому законодавець не зазначає, в яких саме випадках цивільна дієздатність фізичної особи може визначатися за правом держави місця укладення правочину, а коли вона повинна визначатися за особистим законом. Така невизначеність може створювати певні проблеми на практиці. У зв’язку із цим пропонуємо викласти ст. 18 (1) ЗУ «Про міжнародне приватне право» у наступній редакції: «Особа, що не має дієздатності за своїм національним законом, не вправі посилатися на відсутність у неї дієздатності, якщо вона є дієздатною за законом місця вчинення правочину, за виключенням випадків, коли в момент укладення договору інша сторона знала про відсутність дієздатності або повинна була знати про відсутність дієздатності».

Таким чином, для міжнародних уніфікованих документів, що застосовуються до міжнародних приватних договірних відносин, характерним є поєднання вимог добросовісності та чесного ведення справ. При цьому «добросовісність» розуміється як суб’єктивна категорія, розумовий стан певного суб’єкта; «добросовісність та чесне ведення справ» - зовнішній, об’єктивний прояв, стандарт поведінки учасників правовідносин, що характеризується чесністю, відкритістю, увагою до інтересів іншого.

Водночас, для PECL та Принципів УНІДРУА характерним є розуміння добросовісності та чесного ведення справ як загального принципу. Згідно із PECL ця категорія є одним із обмежувачів договірної свободи. У DCFR добросовісність є складовою принципу безпеки, що є одним з чотирьох основних принципів DCFR.

DCFR, PECL, Принципи УНІДРУА, розуміють добросовісність та чесне ведення справ як обов’язок сторін договірного відношення.

На думку більшості дослідників, добросовісність є одним із загальних принципів, на яких заснована КМКП, а також є обов'язком, якого повинні дотримуватися сторони договору міжнародної купівлі-продажу.

На відміну від інших документів, DCFR, формулюючи обов'язок діяти добросовісно та згідно з вимогами чесного ведення справ, чітко визначає етапи договірних відносин, під час яких слід дотримуватися цього обов'язку.

Крім того, DCFR розуміє добросовісність та чесне ведення справ як обов'язок, не як зобов'язання. Слід звернути увагу на різні підходи до розуміння вимоги співпрацювати. Так, Керівні Принципи розглядають дану вимогу як складову принципу добросовісності. DCFR розглядає дану вимогу окремо та на відміну від добросовісності та чесного ведення справ визначає її як «зобов'язання», а не як «обов'язок».

Згідно із DCFR, PECL, Принципами УНІДРУА добросовісність є підставою для захисту від помилкової думки.

Висновки до Розділу IV

Добросовісність є моральною цінністю, яка отримує розвиток у праві, перетворюючись, таким чином, на правову категорію, яка створює юридично визнані правила поведінки, покликані сприяти досягненню добра та справедливості у суспільстві.

Добросовісність як правова категорія, повинна аналізуватися як з точки зору свої суті так і з позицій норм писаного права, що передбачають її застосування. При цьому керівним має бути дослідження суті добросовісності, а її вивчення з точки зору позитивного права має здійснюватися беручи до уваги її суть.

За своєю суттю добросовісність є: 1) загальним принципом окремих галузей права, зокрема, міжнародного приватного та цивільного; 2) принципом здійснення прав та обов'язків суб'єктів правовідносин, зокрема, МПДЗ; 3) обов'язком, якого повинні дотримуватися учасники правовідносин.

Писане право, фіксуючи принцип добросовісності, може може вживати як загальні формулювання так і детально розкривати окремі аспекти добросовісності. Спосіб нормативного закріплення добросовісності залежить від особливостей конкретної правової системи, правових традицій у кожній державі та з часом може змінюватися.

На перший погляд, справедливість у DCFR є поняттям ширшим, ніж добросовісність. Однак, при більш уважному дослідженні його норм зрозуміло, що за правилами, що регулюють «захист вразливого», забороняють встановлення надзвичайно високих вимог, використання неправомірної переваги, закріплюють вимогу рівного ставлення, також стоїть принцип добросовісності та чесного ведення справ.

«Розумність» характеризує інтелектуальні властивості людини, «добросовісність» - моральні, «справедливість» - розуміння того «як має бути» з точки зору співвідношення прав та обов'язків різних осіб, функцій, які вони виконують, розподілу благ між ними.

Водночас, не можливо не помітити того, що у праві часто використовується поєднання цих категорій, а також визначення одних із них через інші. Це обумовлюється головним завданням права - забезпечувати баланс інтересів особистості і суспільства, а також реалізацію можливостей кожного, оскільки це не заподіює шкоди іншим.

Оцінювання дій (бездіяльності) осіб, а також явищ лише з інтелектуальних позицій, може призвести до порушення прав та законних інтересів інших осіб. Водночас ми не підтримуємо точку зору про те, що категорія «розумності» зовсім не повинна використовуватися у праві, оскільки вона дозволяє встановити частину об'єктивних стандартів до поведінки учасників правовідносин, зокрема, вимог щодо турботливості, обачливості, вчинення дій, спрямованих на зменшення негативних наслідків.

Характеристика правовідносин лише з точки зору моральних критеріїв, як правило, залишає багато відкритих питань, зокрема, щодо їх змісту.

Розумність, добросовісність та справедливість як правові категорії взаємно впливають одна на одну. Розумність обмежується добросовісністю, що означає, що інтелектуальні міркування учасника правовідносин не повинні призводити до дій чи бездіяльності, які наносять шкоду іншим особам.

Добросовісність у багатьох випадках визначається через стандарт розумності, тому що не завжди можливо встановити, чим насправді керувалася певна особа, вчиняючи так чи інакше. Відтак правозастосовчі органи вимушені досліджувати, як би вчинили інші особи, перебуваючи у подібних обставинах, маючи аналогічний досвід, діючи обачливо та турботливо.

Справедливість є метою права і мірилом застосування усіх правових важелів, включаючи правові принципи. Вона є зовнішньою оцінкою добросовісності та зовнішнім обмежувачем розумності.

Справедливим дозволити добросовісній третій особі покладатися на умови удаваного правочину, зокрема, якщо в результаті удаваного правочину вона набуває право або звільняється від обов'язку.

Свідоме укладення договору із недієздатною особою свідчить про те, що контрагент добровільно бере на себе ризики такої дії. Тому видається правильним обмежувати застосування особистого закону до визначення дієздатності фізичної особи, випадками свідомого укладення договору з нею та ситуаціями, коли інша особа повинна були знати про відсутність дієздатності.

Для міжнародних уніфікованих документів, що застосовуються до міжнародних приватних договірних відносин, характерним є поєднання вимог добросовісності та чесного ведення справ. При цьому «добросовісність» розуміється як суб'єктивна категорія, розумовий стан певного суб'єкта; «добросовісність та чесне ведення справ» - зовнішній, об'єктивний прояв, стандарт поведінки учасників правовідносин, що характеризується чесністю, відкритістю, увагою до інтересів іншого.

Водночас, для PECL та Принципів УНІДРУА характерним є розуміння добросовісності та чесного ведення справ як загального принципу. Згідно із PECL ця категорія є одним із обмежувачів договірної свободи. У DCFR добросовісність є складовою принципу безпеки, що є одним з чотирьох основних принципів DCFR.

DCFR, PECL, Принципи УНІДРУА, розуміють добросовісність та чесне ведення справ як обов'язок сторін договірного відношення.

На думку більшості дослідників, добросовісність є одним із загальних принципів, на яких заснована КМКП, а також є обов'язком, якого повинні дотримуватися сторони договору міжнародної купівлі-продажу.

На відміну від інших документів, DCFR, формулюючи обов'язок діяти добросовісно та згідно з вимогами чесного ведення справ, чітко визначає етапи договірних відносин, під час яких слід дотримуватися цього обов'язку.

DCFR розуміє добросовісність та чесне ведення справ як обов'язок, не як зобов'язання.

Слід звернути увагу на різні підходи до розуміння вимоги співпрацювати. Так, Керівні Принципи розглядають дану вимогу як складову принципу добросовісності. DCFR розглядає дану вимогу окремо та на відміну від добросовісності та чесного ведення справ визначає її як «зобов'язання», а не як «обов'язок».

Згідно із DCFR, PECL, Принципами УНІДРУА добросовісність є підставою для захисту від помилкової думки.

Добросовісність має як суб'єктивну так і об'єктивну сторони, що обумовлюється тим, що вона є одночасно моральною цінністю та правовою категорією. Суб'єктивна сторона добросовісності полягає у внутрішній оцінці людиною своїх дій чи бездіяльності; об'єктивна - у :1) вчиненні дій чи бездіяльності; 2) закріпленні вимог щодо добросовісності у договорах та правових нормах; 3) правил застосування принципу добросовісності, розроблених судовою практикою, доктриною.

Застосування принципу добросовісності можливе завдяки створенню системи правил, розроблених, як правило, доктриною, судовою практикою, що сприяють «об'єктивації» добросовісності, тобто створенню спеціальних обов'язків, заборон та доктрин, які складають зміст добросовісності.

Аналіз функцій добросовісності у сучасній правовій доктрині дає підстави для висновку, що даний правовий принцип використовується з метою тлумачення джерел, що регулюють права та обов'язки сторін договору; є підставою для виникнення певних обов'язків у тому числі обов'язків утримуватися від певних дій.

Недобросовісність може виражатися як у вчиненні певних дій так і у бездіяльності.

Під час визначення протиправності поведінки сторін міжнародного приватного договірного зобов'язання слід виходити з того, що є джерелом регулювання таких зобов'язань. До таких джерел доцільно віднести принципи права, договір, звичаї та практику, які застосовуються до відповідних договірних відносин, міжнародні договори, джерела національного права, застосовуваного до договору. Слід також враховувати й те, що порушення правил, встановлених зазначеними джерелами може відбуватися як шляхом вчинення певних дій так і бездіяльності. Виходячи з цього, протиправною поведінкою сторін міжнародного приватного договірного зобов'язання слід вважати порушення ними принципів права, умов договору, звичаїв, практики, яка склалася між ними, міжнародних договорів, джерел національного права, що застосовується до відповідних відносин.

Недобросовісність – винна поведінка. Тобто, особа, яка діє недобросовісно або бажає настання шкоди для іншої особи (умисел) або не бажає, але передбачає настання шкоди для контрагента та ставиться до цього байдуже (груба необережність).

Недобросовісність сторони міжнародного договірного зобов'язання полягає у вчиненні дій або бездіяльності, які за своєю суттю є зловживанням правами, введенням в оману іншу сторону договору, нечесним використанням своїх переваг, що створюють перешкоди для реалізації договірних прав та обов'язків іншої сторони, і, в результаті, наносять шкоду її правам або законним інтересам. Недобросовісність має одночасно суб'єктивний та об'єктивний прояви.

Принцип добросовісності має пріоритет над нормами КМКП.

Під час тлумачення міжнародних уніфікованих документів використовується міжнародний стандарт добросовісності, який створюється практикою окремих бізнес-галузей, а також арбітражами та судами під час вирішення міжнародних комерційних спорів. Водночас допустимим є врахування усталених принципів національних правових систем, які створені з метою конкретизації змісту принципу добросовісності. Одним із основних таких принципів є принцип, згідно з яким ніхто не може вступати у протиріччя із власними діями («venire contra factum proprium»).

Добросовісність є не лише принципом тлумачення, але й одним із загальних принципів, на яких засновані КМКП, Конвенція про міжнародний факторинг, Конвенція про міжнародний фінансовий лізинг.

Слід відмітити неоднаковий підхід до використання принципу добросовісності у міжнародних уніфікованих документах під час регулювання питань, які охоплюються сферою їх дії, але чіткого регулювання у них не знайшли.

За способом формулювання умов, які стосуються тлумачення договорів, міжнародні уніфіковані документи використовують наступні підходи: 1) встановлення загальних критеріїв тлумачення (КМКП); 2) встановлення загальних критеріїв тлумачення та спеціальних правил, застосовуваних у випадку, якщо умова договору є неясною або якщо у договорі є прогалина (Принципи УНІДРУА, PECL); 3) встановлення спеціальних правил тлумачення окремих умов (Правила ІНКОТЕРМС, UCP-600).

Загальновизнаним є те, що результатом використання принципу добросовісності під час тлумачення договору має стати визначення його справжнього смислу. У зв'язку із цим

досліджені міжнародні уніфіковані акти на перший план висувають необхідність використання суб'єктивного критерію. У КМКП використання даного критерію полягає у встановлені наміру сторони договору, у Принципах УНІДРУА, PECL, DCFR - спільного наміру сторін або наміру однієї сторони. При цьому Принципи УНІДРУА допускають, що використання такого критерію може призвести до надання умовам договору значення, яке відрізняється як від їх буквального значення так і від розуміння розумної особи.

Принцип добросовісності та чесного ведення справ вимагає, щоб намір сторони був визначальним для тлумачення умов договору, лише якщо інша сторона знала або не могла не знати, яким був цей намір (ст. 8 (1) КМКП, ст. 4.2. (1) Принципів УНІДРУА). Таким чином, застосування вказаного принципу призводить до того, умовами використання наміру сторони для тлумачення договірних умов є добре знання сторонами одна одної, або високий ступінь ясності тверджень відповідної сторони, а також доступність наміру іншій стороні. У зв'язку із цим, можна стверджувати, що використання суб'єктивного критерію тлумачення заяв та поведінки сторони за КМКП вимагає їх певної об'єктивації. Водночас необхідність встановлення справжнього змісту договору обумовлює те, що тлумачення не обмежується аналізом використаних слів або вчинених дій, а вимагає врахування усіх відповідних обставин (ст. 8 (3) КМКП).

За неможливості встановити спільний намір сторін або сторони, КМКП, Принципи УНІДРУА, PECL, DCFR передбачають можливість використання об'єктивного критерію, який полягає у «встановленні розумінням, яке мала б розумна особа, котра виступає в тій самій якості, що й інша сторона за аналогічних обставин». Критерії визначення того, яка особа діє «у тій самій якості», а також аналогічних обставин встановлюються судовою та арбітражною практикою.

Крім того, слід відзначити, що DCFR встановлює необхідність використання об'єктивного критерію й тоді, коли договір впливає на права третіх осіб, які розумно та добросовісно покладаються на об'єктивне значення договору.

Особливістю Принципів УНІДРУА є те, що у випадку використання стандартних умов у договорі, вони допускають їх тлумачення «відповідно до розумних очікувань

середнього користувача незалежно від значення, яке надається відповідній договірній умові тією чи іншою стороною договору або розумними особами, які діють у тій же якості що й сторони». Що також слід відмітити як прояв принципу добросовісності.

Для міжнародних уніфікованих актів (ст. 8 (3) КМКП, ст. 4.3. Принципів УНІДРУА, ст. 5:102 PECL, ст. II. – 8:102 (1) DCFR) характерним є те, що вони встановлюють приблизний перелік чинників, які слід враховувати як при з'ясуванні наміру сторони або спільного наміру сторін так і під час визначення розуміння, яке б мала розумна особа.

Особливістю DCFR є те, що у ньому спеціально регулюються питання тлумачення договору, які виникають в осіб, які не були сторонами договору у момент його укладення, і стали такими лише згодом в силу правонаступництва.

Міжнародні уніфіковані документи не однаково ставляться до можливості використання попередніх заяв для тлумачення договорів. Так, і КМКП, і Принципи УНІДРУА, і PECL та DCFR включають попередні переговори до обставин, які можуть бути враховані для тлумачення договору. Водночас, Принципи УНІДРУА, PECL та DCFR допускають існування у комерційних контрактах застережень про поглинання. І якщо ст. 2.1.17 Принципів УНІДРУА встановлює, що попередні заяви та домовленості можуть бути використані для тлумачення письмового договору, не зважаючи на існування застереження про поглинання, ст. 2:105 (3,4) PECL, ст. II.-4:104 (3,4) DCFR допускають обмеження або виключення можливості використання попередніх заяв для тлумачення, якщо сторони спеціально це погодили або якщо інша сторона розумно покладалася на попередні заяви або поведінку.

Принцип добросовісності виявляється й у спеціальних правилах тлумачення, найяскравішим із яких є правило «contra proferentem» (ст. 4.6. Принципів УНІДРУА, ст. 5:103 PECL, ст. II. – 8:103 (1) DCFR).

Дане правило доцільно використовувати під час тлумачення усіх приватноправових договорів. Крім того, доцільно запозичити підхід, запропонований ст. II. -8:103 (2) DCFR, тобто, застосовувати правило contra proferentem не лише по відношенню

до умов, які не були спеціально узгоджені, але й до усіх умов, що були сформульовані під домінуючим впливом однієї із сторін.

Крім того, на наш погляд, надання переваги буквальному значенню слів, закріплене у ст. 213 (3) ЦК України, в ряді випадків не дозволить визначити справжній зміст договірної умови, а відтак, призведе до порушення принципу добросовісності та чесного ведення справ. Саме тому, на наш погляд, підхід, запропонований дослідженими міжнародними уніфікованими документами та національним правом окремих європейських держав, щодо необхідності використання перш за все суб'єктивного критерію, є більш вдалим.

Якщо воля (намір) сторін співпадає, їй повинна віддаватися перевага незалежно від того, чи є даний договір господарським.

Доцільним, на наш погляд, є й закріплення у ЦК України норми про те, що у певних випадках договір може тлумачитися й відповідно до наміру однієї із сторін. Об'єктивний критерій тлумачення повинен використовуватися за неможливості застосувати суб'єктивний критерій, а також, якщо потреба у тлумаченні договору виникає у особи, яка не була його стороною у момент укладення. Доцільно також визначити у ЦК України перелік чинників, що повинні враховуватися під час тлумачення договору.

Якщо сторони уклали попередню угоду, яка встановлює права та обов'язки сторін під час переговорів, недобросовісна поведінка сторони під час переговорів є підставою для настання договірної відповідальності. Якщо попередня угода встановлює лише умови майбутнього договору і порядок його укладення, недобросовісна поведінка під час проведення переговорів не може бути підставою настання договірної відповідальності, переговірний процес не був урегульований договором.

Недобросовісність ведення переговорів за відсутності угоди про проведення переговорів породжує позадоговірне зобов'язання особливого роду.

Підтримуючи необхідність доповнення ЦК України статтею, яка б встановлювала відповідальність за недобросовісну поведінку під час переговорів, слід відзначити, що, крім запропонованого Д.Г. Павленком тексту, вона має містити інформацію про те, які саме

збитки можуть бути відшкодовані у такому разі, а також встановлювати можливість сторін у договірному порядку визначати інші санкції, ніж запроновані нормою законодавства. Зокрема, до збитків, які можуть бути відшкодовані слід віднести витрати понесені для проведення переговорів, вартість роботи, виконаної з метою підготовки до переговорів, витрати, які виникли внаслідок вчинення дій у розрахунку на очікуваний договір.

Колізійне регулювання відповідальності, яка виникає внаслідок порушення добросовісності під час переговорів, що проводяться на підставі угоди сторін, не встановлене ні Регламентом Рим I, ні Регламентом Рим II.

Якщо сторони попередньої угоди обрали право, що застосовується до неї, відповідальність за порушення договору регулюється обраним правом. Якщо сторони не скористалися таким правом, воно повинно визначатися на підставі ст. 4 Регламенту Рим I. В силу ч. 2 цієї статті до попередньої угоди повинно застосовуватися право тієї сторони, яка має здійснити виконання, що має вирішальне значення для змісту договору.

Досвід ЄС щодо колізійного регулювання відповідальності, яка виникає із порушення переддоговірних зобов'язань, а також аналіз пов'язаних із ним проблем, можуть бути використані для розробки колізійних норм українського законодавства.

Під час розробки колізійних норм у даному випадку слід виходити із того, що на переддоговірній стадії можуть виникати як договірні так і позадоговірні зобов'язання. Сторони попередньої угоди повинні бути наділені можливістю здійснювати вибір права. За відсутності такого вибору до попередньої угоди слід застосовувати право, яке має найтісніший зв'язок із договором. Останнє має визначатися з урахуванням суті, умов попередньої угоди, усіх обставин справи. За неможливості визначити право у такий спосіб правом, що має найтісніший зв'язок із договором, повинно вважатися право, що застосовується до основного договору. При цьому вважаємо, що можливість використання критерію «сторони, яка здійснює вирішальне виконання для договору» залежить від умов попередньої угоди. Застосування права сторони, яка здійснює вирішальне виконання, можливо, якщо буде обґрунтовано, що умови попередньої угоди чи обставини справи свідчать про те, що саме воно має найтісніший зв'язок із попереднім договором.

Під час переговірного процесу можуть виникати зобов'язання внаслідок порушення обов'язків надавати інформацію, зберігати конфіденційність та дотримуватися вимог добросовісності та чесного ведення справ. Для визначення права, що застосовується до таких зобов'язань, вважаємо за доцільне запозичити підхід Регламенту Рим II, тобто регулювати дані позадоговірні зобов'язання правом, яке підлягає застосуванню до основного договору або підлягало б застосуванню до нього, якби він був укладений. Якщо з якихось причин неможливо визначити право, що застосовується до основного договору, на наш погляд, застосовуване право, слід визначати аналогічно праву, що застосовується до зобов'язань заподіяння шкоди. Крім того, необхідно щоб сторони такого позадоговірного зобов'язання мали можливість вибору права, що застосовується до нього. При цьому слід враховувати те, що зобов'язання, які виникають із порушення переддоговірних обов'язків, мають зв'язок як договірними зобов'язаннями, так і з зобов'язаннями із заподіяння шкоди. Їх пов'язаність із першим видом зобов'язань обумовлює те, що вибір права не повинен обмежуватися правом країни суду. Пов'язаність із другим видом зобов'язань вказує на те, що можливість вибору права повинна бути обмежена часом. Зокрема, вибір права можливий лише після виникнення відповідного зобов'язання. Водночас, для юридичних осіб, а також фізичних осіб-підприємців, доцільно використати підхід Регламенту Рим II, та не обмежувати укладення угоди про вибір права у часі.

З урахуванням наведеного запропоновано доповнити ЗУ «Про міжнародне приватне право» статтею 49-1.

Дотримання обов'язку добросовісного ведення переговорів пов'язують із необхідністю привертати увагу сторони до умов договору, у створенні яких вона не брала участі.

ЦК України не містить обов'язку привертати увагу іншої сторони до стандартних умов. Стаття 634 (2) ЦК України лише встановлює можливість зміни або розірвання договору приєднання на вимогу сторони, яка приєдналася, якщо вона позбавляється прав, які звичайно мала, а також якщо договір включає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання або містить умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася.

Стаття 233 (1) ЦК України надає можливість визнати правочин, вчинений особою під впливом тяжкої для неї обставини і на вкрай невигідних умовах недійсним залежно від того, хто був ініціатором правочину.

Проте, викликає сумніви, що не звернення уваги сторони на стандартні умови договору завжди може бути кваліфіковано як «тяжка обставина». Відтак ст. 233 ЦК України швидше за все застосовуватися не буде.

Між тим, лише зміна або розірвання договору, у випадку недоведення стандартних умов до відома приймаючої їх сторони, є недостатнім. Так, наприклад, сторона може не мати наміру змінювати договір, а бажати повернутися у попереднє становище. Крім того, розірвання або зміна договору, за загальним правилом, встановленим ст. 653 (4) ЦК України не надає сторонам права вимагати повернення того, що було ними виконане за зобов'язаннями до моменту зміни або розірвання. Відтак, на наш погляд, доречним є закріплення у ЦК України можливості визнати недійсними договірні умови, які не обговорювалися індивідуально та усупереч вимогам добросовісності та чесного ведення справ ставлять сторону, яка до них приєдналася у надзвичайно невигідне становище. Правові наслідки визнання недійсними таких умов мають визначатися ст. 216 ЦК України.

Крім того, як відомо, ст. 634 ЦК України встановлює різні правові режими зміни або розірвання договору для договорів, у яких сторона, що приєдналася до договору здійснила таке приєднання: 1) не здійснюючи підприємницької діяльності (ст. 634 (2) ЦК України); у зв'язку з підприємницькою діяльністю (ст. 634 (3) ЦК України).

Правове регулювання наслідків використання стандартних умов у договорах повинно здійснюватися незалежно від того, чи займається сторона, яка приєднується підприємницькою діяльністю. Визначальним тут має бути те, чи діяла сторона, яка пропонує умови добросовісно, та чи не ставлять такі умови контрагента у надзвичайно невигідне становище.

З метою спрощення визначення того, чи не порушує використання стандартних умов добросовісності, ставлячи тим самим контрагента у надзвичайно невигідне становище, слід

запозичити досвід інших країн та визначити законодавчо відповідні критерії та переліки умов, що є такими, що порушують добросовісність.

У зв'язку із цим були проаналізовані міжнародні уніфіковані акти та внутрішнє законодавство окремих держав та виявлені риси загальних (стандартних) умов договорів спільні для них, а також їх характеристики, що вказуються лише в окремих документах. Спільними для усіх досліджених актів рисами загальних (стандартних) умов слід визнати їх створення заздалегідь для загального та багаторазового використання.

Визначення договору приєднання (ст. 634 ЦК України), є подібним до визначення індивідуально неузгоджених умов, про які йдеться у DCFR. .

Однак, ст. 634 ЦК України стосується лише «договору в цілому», тобто ситуація, коли одна сторона пропонує лише частину частину стандартних умов до включення у договір, а інша частина договірних умов узгоджується між сторонами, прямо ЦК України не врегульована.

На наш погляд, за таких умов можливим є застосування правил ст. 634 ЦК України за аналогією закону, передбаченою ст. 8 (1) ЦК України. Однак, бажано було б закріпити у чинному законодавстві України визначення стандартних (загальних) умов, форм їх вираження, а також наслідки незвернення уваги стороною, яка пропонує такі умови, іншої сторони договору.

Принцип добросовісності та чесного ведення справ є підставою для норм, що регулюють безвідкличність оферти. Підходи національних правових систем до безвідкличності оферти різняться.

Необхідно, щоб вимога добросовісного виконання зобов'язань була прямо закріплена у ЦК України. Крім того, наш погляд, доцільно скористатися досвідом міжнародних уніфікованих документів і закріпити імперативність таких вимог. Порушення вимог діяти добросовісно та відповідно до вимог чесного ведення справ повинно повинно перешкоджати порушникові у можливості реалізації його прав, що виникають в силу договору або закону. Договірна сторона має право вимагати від контрагента добросовісної реалізації договірних зобов'язань. Відтак, недобросовісність є порушенням прав сторони

договору. Її наявність є підставою для використання способів захисту цивільних прав та інтересів.

Принцип добросовісного виконання договірних зобов'язань є основою для заборони використовувати «спеціальні застереження», якщо інша сторона розумно покладалася на заяви чи поведінку, що виключають застосування таких застережень.

Заборона використання застережень про поглинання або застережень про зміну договору лише у письмовій формі стороною, якщо інша сторона розумно покладалася на заяви чи поведінку, що виключають застосування таких застережень, безпосередньо чинним законодавством України не передбачена. На наш погляд, застосування цієї заборони можливе шляхом використання ст. 509 (3) ЦК України, а в разі прийняття запропонованих змін до ЦК України, що стосуються безпосередньо добросовісного виконання зобов'язань, - норм відповідної статті.

Можливість звільнення від виконання зобов'язання в натурі у зв'язку із тим, що воно є нерозумно обтяжливим або дорогим для боржника ЦК України не передбачено. Разом із тим, можуть виникати ситуації, коли боржник не зможе виконати зобов'язання в натурі саме з цих причин і принцип добросовісності вимагає, щоб у боржник мав право звільнитися від виконання зобов'язання в натурі. Крім того, такий підхід відповідає позиції міжнародних уніфікованих документів та права окремих європейських держав.

Позитивно оцінюючи наявність норми, яка дозволяє боржникові виконати зобов'язання достроково, слід відзначити, що вона не передбачає наслідків відмови кредитора від дострокового виконання, якщо у нього виникає це право відповідно до умов договору, актів цивільного законодавства, суті зобов'язання та звичаїв ділового обороту. Крім того, дострокове виконання може спричинити незручності чи певні втрати кредитора, які, наш погляд, повинен відшкодувати боржник.

Принцип добросовісності та чесного ведення справ є основою правила про те, що сторона може розірвати договір, якщо невиконання договору іншою стороною є істотним. Відповідно розірвання договору у разі незначного порушення може розглядатися як прояв недобросовісності.

Принцип добросовісності та чесного ведення справ запобігає виключенню чи обмеженню способів захисту у випадку порушення договірного зобов'язання.

Принцип добросовісності - в основі правил про те, що сума, яка сплачується за невиконання постраждалій стороні може бути зменшена, якщо вона надзвичайно перевищує витрати, понесені в результаті невиконання зобов'язання.

Принцип добросовісності та чесного ведення справ вимагає також від сторін утримуватися від дій, які б перешкоджали належному виконанню договору.

Для досліджених міжнародних уніфікованих документів характерною є заборона використання несумісних способів захисту у випадку порушення договірних зобов'язань, що випливає із вимог добросовісності та чесного ведення справ. Несумісними, як правило, вважаються вимоги про виконання зобов'язання в натурі та розірвання договору, виконання зобов'язання в натурі та реституцію, виконання зобов'язання в натурі та укладення замінюючих правочинів. При цьому вимога про відшкодування збитків, як правило, суміщається із будь-яким способом захисту.

Досліджені джерела національного права окремих країн не містять прямої заборони суміщати певні способи захисту, однак, як правило, встановлюють необхідність обрання між використанням окремих із них.

Вимоги добросовісності перешкоджають стороні, що порушила свої обов'язки, скористатися способами захисту (або обмежують її у цій можливості), якщо причиною порушення обов'язків боржника є неналежне виконання (невиконання) обов'язків кредитором або його вина.

Пов'язування зміни або розірвання договору із «неоскарженням пропозиції» про зміну чи розірвання договору, вказує на те, що відмова від договору потребує обов'язкової згоди іншої сторони. Тобто, мова йде про один із варіантів припинення зобов'язання за згодою сторін (ст. 604 (1) ЦК України).

Між тим, процедура односторонньої відмови від зобов'язання як наслідку його порушення (ст. 611 (1) (1), ст. 615 ЦК України) залишається неврегульованою. На наш погляд, у даному випадку слід виходити не із «неоскарження іншою стороною», а з істотності порушення, що відповідає принципу добросовісності та світовій практиці. Крім

того, для того, щоб запобігти зловживанню з боку кредитора щодо розірвання договору, можна встановити необхідність пред'явлення ним вимоги про виконання договору у додатковий строк. Невиконання такої вимоги надасть кредитору право відмовитися від договору в односторонньому порядку. Разом із тим, доцільно встановити винятки із цього правила, тобто, передбачити випадки, коли кредитор матиме можливість відмовитися від договору в односторонньому порядку у випадку його порушення без направлення вимоги про виконання договору протягом додаткового строку. На наш погляд, визначаючи перелік винятків доцільно скористатися ст. 323 (2) НЦУ.

Для запобігання необґрунтованій відмові кредитора від договору слід надати боржникові право оскарження у судовому порядку такої відмови, якщо порушення договору не мало істотного характеру, а також якщо кредитор відмовився від договору, не запропонувавши боржникові виконати зобов'язання у додатковий строк, або якщо строк, встановлений кредитором, не був розумним, або якщо не було дотримано вимог щодо форми та строків надіслання повідомлення.

Що стосується моменту розірвання договору у випадку односторонньої відмови від нього у зв'язку із порушенням, на наш погляд, такий момент повинен визначатися моментом отримання відповідного повідомлення про відмову від договору (як це має місце, зокрема, у голландському праві). Поведінка боржника, що перешкоджає отриманню ним повідомлення повинна призводити до того, щоб договір вважався розірваним з моменту відправлення повідомлення про відмову

Із запропонованої Міхно О.І. редакції ст. 651 ЦК України випливає, що у разі, якщо сторона не погоджується із розірванням договору, інша сторона може розірвати договір лише у судовому порядку. На наш погляд, це значно знизить оперативність реалізації права на розірвання. У Франції, для якої такий підхід є традиційним, спостерігається тенденція до відмови від нього.

Досліджені міжнародні уніфіковані акти покладають на потерпілу сторону обов'язок сприяти зменшенню збитків, що є одним із проявів принципу добросовісності під час реалізації прав та обов'язків сторін.

Для зменшення збитків потерпіла сторона має вжити «розумних заходів». Відповідність заходів критерію «розумності» здійснюється у кожному конкретному випадку з урахуванням усіх обставин справи. Однак, загалом можна зробити висновок, що такі заходи можуть полягати в укладенні замінюючих правочинів, вжитті заходів запобігання зіпсуття товару, припинення використовувати певний об’єкт після того, як у ньому були винайдені дефекти та ін. За певних умов розумними можуть визнаватися заходи, що мали на меті зменшення шкоди, але фактично призвели до її збільшення.

У сучасному праві співпраця сторін договору розглядається як один із проявів принципу добросовісності та чесного ведення справ.

Висновки

1. Принципи правового регулювання МПДЗ – це орієнтири, керівні юридичні засади, що випливають із моральних цінностей добра і справедливості, а також міжнародного характеру та приватності договірних зобов'язань, мають універсальний, загальнообов'язковий характер, впливають на поведінку сторін міжнародного приватного договірного зобов'язання, процеси правостворення та правозастосування.

2. Визначаючи систему принципів права, що використовуються для правового регулювання МПДЗ, слід виходити із стадій правового регулювання, під час яких вони використовуються. Відтак, слід виділити принципи: 1) створення регуляторів МПДЗ; 2) виникнення МПДЗ; 3) реалізації МПДЗ; 4) застосування регуляторів (принципів та норм права) МПДЗ.

3. Уніфікація є не лише «процесом», але (у першу чергу) принципом створення та застосування правових норм. У цьому розумінні вона є орієнтиром, керівною ідеєю створення, зміни та застосування правових норм однакових для різних правових систем. Реалізація принципу уніфікації забезпечується процесом уніфікації. Як процес уніфікація полягає у створенні або зміні однакових правових норм та їх однаковому застосуванні.

4. Терміном «гармонізація» доцільно позначати принцип та процес створення схожих, але не однакових у різних правових системах норм. Гармонізація як принцип є керівною засадою для створення та зміни норм національного законодавства з урахуванням міжнародних вимог, розробок міжнародних урядових та неурядових організацій в результаті порівняльно-правових досліджень та вироблення оптимальної моделі правового регулювання певного інституту.

5. Міжнародні (міждержавні договори), що регулюють міжнародні приватні договірні зобов'язання, не є частиною національного законодавства України.

6. Призначення lex mercatoria –регулювати міжнародні комерційні відносини, що виникають між приватними особами. Відносини, комерційного характеру, що виникають між державою та приватною особою (наприклад, іноземним інвестором) є предметом регулювання міжнародного економічного права, яке є частиною публічного права.

Способи застосування lex mercatoria залежать серед іншого від того, який орган вирішує спір.

7. Потреби міжнародного ділового обороту визначають необхідність закріплення не лише права сторін обирати недержавні норми, але й право міжнародного комерційного арбітражу, застосовувати недержавні норми як застосовуване право у випадку відсутності угоди сторін про вибір права. У зв'язку із цим пропонуємо у ст. 28 (2) ЗУ «Про міжнародний комерційний арбітраж» термін «право» замінити терміном «правові норми», оскільки останній охоплює як норми права певної держави так і недержавні правові норми.

8. У визнанні і виконанні арбітражного рішення не можна відмовити з мотивів суперечливості публічному порядку, якщо арбітраж застосував недержавні норми внаслідок того, що сторони 1) явно обрали недержавне право; 2) уповноважили його діяти у якості дружнього посередника.

9. Приймаючи рішення, на підставі lex mercatoria, арбітр не лише застосовує існуючі норми, але й створює нові правила, які він потім застосовує ретроспективно.

10. За змістом угода сторін про вибір недержавних правових норм може бути двох видів: 1) із чітким зазначенням документу, норми якого сторони бажають застосовувати до вирішення спору по-суті; 2) містити загальні формулювання з приводу того, що до договору застосовуються норми lex mercatoria, загальні принципи права і т.п.

У разі укладення угоди про вибір права другого виду застосуванню підлягають норми, що: 1) відносно цілісно регулюють договірні зобов'язання; 2) мають міжнародне визнання (підтвердженням якого є їх застосування міжнародними комерційними арбітражами та державними судами різних країн); 3) містять у собі імперативні норми. На сьогодні, на наш погляд, до них можна віднести Принципи УНІДРУА, PECL, PEL, DCFR, Принципи Trans-Lex.

11. Застосування недержавних норм у якості застосовуваного права повинно обмежуватися вимогами добросовісності та чесного ведення справ, публічним порядком та надімперативними нормами держави, суд якої вирішує спір.

12. Принцип свободи договору у міжнародних приватних договірних зобов'язанням має матеріальні, процесуальні прояви, а також виявляється у можливості сторін обирати право, що застосовується до договору. Одним із матеріальних проявів свободи договору є право сторін укладати поіменовані та непоіменовані договори. Визначення моделі регулювання непоіменованого договору залежить від того, у чому полягає непоіменованість, тобто чи є цей договір непоіменованим видом поіменованого типу або він являє собою непоіменований тип договору. Запропоновано, що якщо договір може бути кваліфікований як непоіменований вид поіменованого типу, то до питань, що не врегульовані самим договором, можуть застосовуватися спеціальні диспозитивні норми типу договору, до якого належить даний договірний вид, а за їх відсутності – загальні положення зобов'язального права. Якщо ж питання, яке постає у зв'язку із таким договором, не може бути вирішене за допомогою останніх, слід застосовувати аналогію права. Встановлено, що до питань, неврегульованих договорами непоіменованого типу, може застосовуватися лише аналогія права. Обґрунтовано, що до непоіменованих договорів можуть застосуватися лише надімперативні норми, тобто норми, які мають надзвичайно важливе значення для суспільства і є обмежуючим фактором свободи договору як такої. Звичайні імперативні норми застосовуватися до непоіменованих договорів не повинні.

13. Для змішаних договорів, які містять у собі елементи різних поіменованих договірних типів (видів), доцільно застосовувати правила про використання регулювання, що передбачає застосування до договору норм, що регулюють той договірний тип (вид), до якого договір відноситься переважно. Визначено, що до питань, які неврегульовані договором, окремі елементи якого можуть бути кваліфіковані як зобов'язання із поіменованого договору, а інші частини – як зобов'язання із непоіменованого договору, слід застосовувати спеціальні диспозитивні норми, що регулюють відповідний поіменований договір. Регулювання питань, які стосуються непоіменованого елементу договору, залежить від того, чи відноситься даний елемент до непоіменованого виду поіменованого типу, або він він являє собою непоіменований тип договірного зобов'язання. У першому випадку до нього мають застосовуватися спеціальні диспозитивні норми, призначені для регулювання відповідного типу, у другому випадку – аналогія права.

При вирішенні питання про те, якому суб'єкту третя особа має висловити намір стосовно бажання скористатися правом вимагати виконання за договором, доцільно використати досвід тих країн, законодавство яких містить правило про те, що третя особа повідомляє про свій намір боржника, оскільки саме він здійснює виконання за договором і йому важливо знати, кому саме він повинен його здійснити.

14. Чинниками, які можуть свідчити про здійснення сторонами вибору застосовуваного до договору права, є переговірний процес, хід попередніх ділових відносин між сторонами. Вибір форуму, розташованого у певній державі сам по собі не може свідчити про те, що сторони домовилися про застосування права цієї держави до суті спору. Він повинен оцінюватися разом із іншими факторами.

15. Одні норми законодавства України, які обмежують свободу сторін щодо вибору застосовуваного права, завжди мають надімперативний характер, (наприклад, норма про те, що зміст правочину не може суперечити моральним засадам суспільства), в інших випадках це залежатиме від обставин справи та мети, для досягнення якої дана норма створена.

16. Обрання (зміна раніше обраного) сторонами права під час розгляду справи апеляційною або касаційною інстанцією, якщо вибір права призводить до зміни позовних вимог, повинно бути підставою для скасовування рішення попередньої інстанції та передачі справи на новий розгляд.

17. В залежності від складу учасників міжнародних приватних договірних зобов'язань, яким надається процесуальна свобода, можливі наступні її прояви: 1) пов'язані із односторонньою свободою, коли лише один із учасників договірного правовідношення наділений правом вибору органу, що вирішуватиме спір; 2) пов'язані із двосторонньою свободою, коли за згодою сторін може здійснюватися вибір: - органу, уповноваженого на розгляд спору (наприклад, укладення угоди про вибір державного суду (пророгаційної угоди) або угоди про вибір недержаного органу, уповноваженого розглядати спір (арбітражної угоди); - процедури вирішення спору (примирювальної процедури; регулювання окремих процедурних питань у міжнародному арбітражі за згодою сторін; - способу вирішення спору (укладення мирової угоди).

18. До питань дійсності угоди про підсудність доцільно застосовувати право держави,

суд якої обраний у такій угоді. Враховуючи те, що угода про підсудність, крім процесуальних, має матеріальні властивості, термін «право держави» охоплює у даному випадку як матеріальні так і колізійні норми.

19. У разі обрання (зміни раніше обраного) сторонами права під час розгляду справи апеляційною або касаційною інстанцією, вибір права призводить до зміни позовних вимог, рішення попередньої інстанції повинно скасовуватися, а справа передаватися на новий розгляд.

20. Визначені допустимі місця арбітражного розгляду спорів, що виникають з міжнародних вантажних повітряних перевезень, відповідно до Монреальської конвенції. Спір про відповідальність повітряного перевізника із договору міжнародного вантажного повітряного перевезення відповідно до Монреальської конвенції може розглядатися як внутрішнім, так і міжнародним арбітражем, за умови, що законодавство певної держави дозволяє вирішення таких спорів відповідним арбітражем. Якщо авіакомпанія та вантажовідправник є резидентами України, то спір про відповідальність перевізника з договору міжнародного повітряного перевезення може розглядатися в тому числі і внутрішнім третейським судом в Україні.

21. Принцип добросовісності відіграє ключову роль у регулюванні міжнародних приватних договірних зобов'язань, зокрема, є джерелом тлумачення та розвитку міжнародних уніфікованих актів, міжнародних приватних договорів, регулятором поведінки сторін міжнародного приватного договірного зобов'язання на усіх стадіях його існування. Добросовісність пов'язана із розумністю та справедливістю. Розумність обмежується добросовісністю, що означає, що інтелектуальні міркування учасника правовідносин не повинні призводити до дій чи бездіяльності, які наносять шкоду іншим особам. Добросовісність часто визначається через стандарт розумності, тому що у багатьох випадках неможливо встановити, чим насправді керувалася певна особа, вчиняючи так чи інакше. Відтак правозастосовчі органи вимушені досліджувати, як би вчинили інші особи, перебуваючи у подібних обставинах, маючи аналогічний досвід, діючи обачливо та турботливо. Справедливість є метою права і мірилом застосування усіх правових важелів,

включаючи принципи права. Вона є зовнішньою оцінкою добросовісності та зовнішнім обмежувачем розумності.

22. Проявами принципу добросовісності та чесного ведення справ під час реалізації договірних зобов'язань у міжнародних уніфікованих документах та національному праві окремих держав є: заборона використання «спеціальних застережень» у певних випадках; заборона вимагати виконання негрошового зобов'язання за певних обставин; обмеження кредитора у праві відмовитися від прийняття дострокового виконання; право розірвати договір у випадку істотного порушення договору іншою стороною; неможливість обмеження чи виключення використання способів захисту усупереч принципу добросовісності; можливість зменшення суми, що виплачується постраждалій стороні, якщо вона надзвичайно перевищує витрати, понесені в результаті невиконання зобов'язання, вимоги утримуватися від дій, які б перешкоджали належному виконанню договору; обмеження кредитора у можливості використання способів захисту проти боржника, якщо кредитор порушив обов'язки; необхідність вжиття заходів для зменшення шкоди потерпілою стороною, співпраці сторін.

23. Принцип добросовісності під час тлумачення приватних договорів вимагає дотримання перш за все суб'єктивного критерію. Надання переваги буквальному значенню слів, закріплене у ст. 213 (3) ЦК України, в ряді випадків не дозволить визначити справжній зміст договірної умови, а відтак, призведе до порушення принципу добросовісності та чесного ведення справ. Доцільним є закріплення у ЦК України норми про те, що у певних випадках договір може тлумачитися й відповідно до наміру однієї із сторін. Об'єктивний критерій тлумачення повинен використовуватися за неможливості застосувати суб'єктивний критерій, а також, якщо потреба у тлумаченні договору виникає у особи, яка не була його стороною у момент укладення. Слід визначити у ЦК України перелік чинників, що повинні враховуватися під час тлумачення договору.

24. Необхідно створити колізійні норми, що визначають застосовуване до відповідальності за порушення переддоговірних зобов'язань право. При цьому слід враховувати те, що зобов'язання, які виникають із порушення переддоговірних обов'язків, мають зв'язок як договірними зобов'язаннями, так і з зобов'язаннями із заподіяння шкоди.

Їх пов'язаність із першим видом зобов'язань обумовлює те, що вибір права не повинен обмежуватися правом країни суду. Пов'язаність із другим видом зобов'язань вказує на те, що можливість вибору права повинна бути обмежена часом. Зокрема, вибір права можливий лише після виникнення відповідного зобов'язання. Водночас, для юридичних осіб, а також фізичних осіб-підприємців, доцільно використати підхід Регламенту (ЄС) № 864/2007 Європейського Парламенту та Ради «Про право, що підлягає застосуванню до позадоговірних зобов'язань («Рим II»)» від 11 липня 2007 року та не обмежувати укладення угоди про вибір права у часі.

25. Необхідно закріпити у ЦК України положення про те, що сторони зобов'язання повинні діяти відповідно до добросовісності та чесного ведення справ виконуючи зобов'язання, реалізуючи право на виконання, використовуючи способи захисту цивільних прав та інтересів, реалізуючи право припинення зобов'язання. Ця вимога не може бути обмежена або виключена договором.

26. Однією із вимог, що випливає із принципу добросовісності та чесного ведення справ, є заборона використання застережень про поглинання або застережень про зміну договору лише у письмовій формі стороною, якщо інша сторона розумно покладалася на заяви чи поведінку, що виключають застосування таких застережень. Аналіз законодавства окремих держав вказує на те, що така заборона може: 1) безпосередньо встановлюватися законодавчо; 2) випливати із заборони зловживання правами; 3) бути наслідком застосування принципу «venire contra factum» (ніхто не може суперечити своїй попередній поведінці); 4) випливати із застосування принципу добросовісності та чесного ведення справ.

27. Регулювання наслідків використання стандартних умов у договорах в залежності від того, чи займається сторона, яка приєднується, підприємницькою діяльністю, є недоцільним. Визначальним тут має бути те, чи діяла сторона, яка пропонує умови добросовісно, та чи не ставлять такі умови контрагента у надзвичайно невигідне становище.

28. Стаття 634 ЦК України стосується лише «договору в цілому», тобто ситуація, коли одна сторона пропонує лише частину частину стандартних умов до включення у договір, а інша частина договірних умов узгоджується між сторонами, прямо ЦК України не врегульована. За таких умов можливим є застосування правил ст. 634 ЦК України за

аналогією закону, передбаченою ст. 8 (1) ЦК України. Однак, доцільним є закріплення у чинному законодавстві України визначення стандартних (загальних) умов, форм їх вираження, а також наслідків не звернення уваги стороною, яка пропонує такі умови, іншої сторони договору.

29. Заборона використання застережень про поглинання або застережень про зміну договору лише у письмовій формі стороною, якщо інша сторона розумно покладалася на заяви чи поведінку, що виключають застосування таких застережень, може обґрунтовуватися шляхом використання ст. 509 (3) ЦК України, а в разі прийняття запропонованої ст. 509-1 ЦК України, що стосуються безпосередньо добросовісного виконання зобов'язань, - норм цієї статті.

30. Необхідно встановити у ЦК України наслідки відмови кредитора від дострокового виконання зобов'язання боржником, якщо у нього виникає це право відповідно до умов договору, актів цивільного законодавства, суті зобов'язання та звичаїв ділового обороту. Враховуючи те, що дострокове виконання може спричинити незручності чи певні втрати кредитора, слід закріпити правило про те, що боржник повинен їх відшкодувати.

31. Договірні умови, які не обговорювалися індивідуально та усупереч вимогам добросовісності та чесного ведення справ ставлять сторону, яка до них приєдналася у надзвичайно невигідне становище, слід визнавати недійсними.

32. Принцип добросовісності та чесного ведення справ є джерелом вимог щодо сумісності способів захисту порушених договірних прав у міжнародному комерційному обороті. Несумісними, як правило, вважаються вимоги про виконання зобов'язання в натурі та розірвання договору, виконання зобов'язання в натурі та реституцію, виконання зобов'язання в натурі та укладення замінюючих правочинів. При цьому вимога про відшкодування збитків, як правило, суміщається із будь-яким способом захисту.

Перелік використаних джерел

Нормативно-правові акти та акти рекомендаційного характеру

1. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 года (действующая редакция от 03 марта 2013 года) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.consultant.ru/popular/apkrf/.
2. Арбитражный регламент Арбитражного института при Торговой палате г. Стокгольма (вступил в силу с 1 января 2010 года) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.sccinstitute.se/filearchive/3/33774/Regler%202010%20pdf.pdf.
3. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (пересморен в 2010 году) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-r.pdf.
4. Афінська конвенція про перевезення морем пасажирів та їх багажу 1974 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_094.
5. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. – М. : Юридическая литература, 1994. – 320 с.
6. Віденська конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_003.
7. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go -
8. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1798-12.
9. Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 03.07.2013) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061.
10. Гражданский кодекс Республики Молдова [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=32505.
11. Гражданский кодекс Российской Федерации [Електронний ресурс]. – Режим доступу : base.garant.ru/10164072.

12. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с франц. В. Захватаев // отв. ред. А. Довгерт. – К. : Истина. 2006. – 1008 с.

13. Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 411-I (с изменениями и дополнениями по состоянию на 03.07.2013 г.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013921.

14. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 № 138-ФЗ (ред. от 02.11.2013) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_154033/.

15. Договір між Україною та Республікою Польща про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 24 травня 1993 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/616_174.

16. Договір між Україною та Чеською Республікою про правову допомогу в цивільних справах від 28 травня 2001 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/203_018.

17. Європейська угода про міжнародні перевезення небезпечних вантажів внутрішніми водними шляхами, вчинена 26 травня 2000 року у Женеві [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_169.

18. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/995_069.

19. Единообразные правила, касающиеся договорных условий о согласованной сумме, причитающейся в случае неисполнения обязательств (1983 год) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/sale_goods/1983Uniform_rules.html.

20. Закон Китайской Народной Республики «О договорах» от 15 марта 1999 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://law.uglc.ru/agreement.htm.

21. Закон Республики Молдова «О международных договорах Республики Молдова» № 595-XIV от 24.09.1999 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=311696&lang=2.

22. Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» от 7 июля 1993 года № 5338 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.arbitrage.spb.ru/zakon/5338.html.

23. Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 07 червня 1996 року № 236 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/236/96-%D0%B2%D1%80.

24. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 року № 1023 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1085.24.0.

25. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 року № 959 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/959-12.

26. Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 року № 2709 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2709-15.

27. Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» від 24 лютого 1994 року № 4003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/4002-12.

28. Закон України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 року № 1906 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1906-15.

29. Закон України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» від 11 грудня 2003 року № 1382 (зі змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1382-15.

30. Закон України «Про третейські суди» від 11.05.2004 р. № 1701 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1701-15.

31. Кодекс торговельного мореплавства України від 04 травня 1994 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80.

32. Конвенція про право міжнародних договорів, складена у Відні 23 травня 1969 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/rada/show/995_118.

33. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html.

34. Конвенція про врегулювання деяких колізій законів про переказні векселі та прості векселі, підписана у Женеві 07 червня 1930 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_007.

35. Конвенція про договір міжнародного автомобільного перевезення пасажирів і багажу, підписана в Женеві 01 березня 1973 року, із змінами, внесеними Протоколом від 05

липня 1978 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_845.

36. Конвенція про міжнародні майнові права на рухоме обладнання від 16.11.2001 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_k62.

37. Конвенція про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів (Нью-Йорк, 14 червня 1974 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show .

38. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, вчинена у Вашингтоні 18 травня 1965 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_060.

39. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах, вчинена у м. Мінську 22 січня 1993 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/997_009/page2.

40. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80/page.

41. Податковий кодекс України від 02 грудня 2010 р. № 2755 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/go - .

42. Положення про ведення реєстру екологічних аудиторів та юридичних осіб, що мають право на здійснення екологічного аудиту, затверджене наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища України від 27.03.2007 № 121 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0338-07.

43. Положення про порядок здійснення уповноваженими банками операцій за документарними акредитивами в розрахунках за зовнішньоекономічними операціями, затверджене постановою Правління НБУ від 03 грудня 2003 року № 514 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1213-03.

44. Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов (1987 год) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/procurem/construction/lgconstr-r.pdf.

45. Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса РФ» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.consultant.ru/document/cons_doc_PRJ_94778.

46. Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины, утвержденный решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины № 18(1) от 17 апреля 2007 года с изменениями, внесенными Решением Президиума Торгово-промышленной палаты Украины № 24(6) от 25 октября 2012 года [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ucci.org.ua/arb/icac/ru/rules.html.

47. Рекомендация относительно толкования пункта 2 статьи II и пункта 1 статьи VII Конвенции о признании и приведении к исполнению иностранных арбитражных решений, совершенной в Нью-Йорке 10 июня 1958 года, принятая Комисией Организации Объеденных Наций по праву международной торговли 7 июля 2006 года на ее тридцять девятой сесии [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/A2R.pdf.

48. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспечительным сделкам. – Нью-Йорк : ООН, 2007. – 642 с.

49. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспечительным сделкам. Дополнение, касающееся обеспечительных прав в интеллектуальной собственности. – Нью-Йорк : ООН, 2011. – 212 с.

50. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985 г. С изменениями, принятыми в 2006 году [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf.

51. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах (1992 год) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/payments/transfers/ml-credittrans-r.pdf.

52. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о публичных закупках [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/procurem/ml-procurement/ML_Public_Procurement_A_66_17_R.pdf.

53. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях и Руководство по принятию (2001 год) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/ml-elecsig-r.pdf.

54. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле и Руководство по принятию (1996 год с дополнительной статьей 5 бис, принятой в 1998 году) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/electcom/05-89452_Ebook.pdf.

55. Угода між Україною та Республікою Кіпр про правову допомогу у цивільних справах від 06 вересня 2004 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/196_008.

56. Угода між Україною та Турецькою Республікою про правову допомогу та співробітництво в цивільних справах від 23 листопада 2000 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/792_600.

57. Угода про порядок вирішення спорів, пов'язаних із здійсненням господарської діяльності, вчинена у м. Києві 20 березня 1992 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/997_076.

58. Федеральный закон от 30.12.2012 № 302-ФЗ (ред. от 04.03.2013) «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_142950/.

59. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року (зі змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15.

60. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року (зі змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15.

61. ABGB Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ibiblio.org/ais/abgb3.htm#t2h17.

62. Annotated Civil Code of Quebec [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ccq.lexum.org/ccq/home.do?lang=en.

63. Arbitration Act 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents.

64. Brussels, 23.9.2005 COM(2005) 456 final. Report from the Commission. First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review (para 2.6.3.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/progress05_en.pdf.

65. Code civil. Version consolidée au 1 septembre 2013 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte= LEGITEXT000006070721.

66. Code de la consommation (Dernière modification : 17 novembre 2013) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20050901.

67. Code de procédure civile. Livre IV: L'arbitrage (Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 – art. 2) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=93442D3C75195786368C4B6130BCBA21.tpdjo15v_2?idSectionTA=LEGISCTA000023450936&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20131118/

68. Code of Civil Procedure [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm.

69. Code of Civil Procedure as promulgated on 5 December 2005 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html.

70. Codice Civile Italiano [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm.

71. Communication from the Commission "Europe 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth" Brussels, 3.3.2010 COM(2010) 2020 final [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur- lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:EN:PDF. – P. 21.

72. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. A more coherent european contract law. An action plan. Brussels, 12.2.2003 COM (2003) 68 final [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0068:FIN:EN:PDF.

73. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council. European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward. Brussels, 11.10.2004 COM

(2004) 651 final [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0651:FIN:EN:PDF.

74. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European contract law. (2001/C 255/01) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:255:0001: 0044:EN:PDF.

75. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social committee and the Committee of the Regions "A digital Agenda for Europe" Brussels, 19.05.2010 COM(2010) 245 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/documents/digital-agenda-communication-en.pdf. - P. 13.

76. Conclusions of the Justice and Home Affairs Council, 28 November 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/consumers/rights/concl_JHAC_1108_en.pdf.

77. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Council of the European Union [Електронний ресурс]. – Brussels, 12 November 2012. – 6655/7/08 REV 7. – Режим доступу : http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st06/st06655-re07.en08.pdf.

78. Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31/section/1.

79. Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.cit-rail.org/en/rail-transport-law/cotif.

80. Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (Montreal, 28 May 1999) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.jus.uio.no.

81. Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89.

82. Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=61.

83. Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm.

84. Convention on Agency in the International Sale of Goods (Geneva, 17 February 1983) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unidroit.org/english/conventions/1983agency/1983agency-e.htm.

85. Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Done at Lugano on the 13th of October 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:339:0003:0041:EN:PDF.

86. Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR) done at Geneva on 19 May 1956 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unece.org/fileadmin/DAM/trans/conventn/cmr_e.pdf.

87. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML.

88. Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:en:HTML.

89. Council Regulation (EC) No 2027/97 of 9 October 1997 on air carrier liability in the event of accidents [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997R2027:EN:HTML.

90. Danish Arbitration Act 2005. – Act no. 553 of 24 June 2005 on Arbitration [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.voldgiftsinstituttet.dk/en/Materiale/Files/Danish+Arbitration+Act+2005.

91. Directive of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation(EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR) Brussels, 29.11.2011 COM(2011) 793 final [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:EN:PDF.

92. Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of

the European Parliament and of the Council [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:EN:PDF.

93. Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0044:EN:NOT.

94. Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:en:NOT.

95. Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:271:0016:0024:en:PDF.

96. Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:en:PDF.

97. Directive 89/552/EEC of the European Parliament and of the Council of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Amended by: Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council of 30 June 1997; Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1989L0552:20071219:EN:PDF.

98. Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising (codified version) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0021:0027:EN:PDF.

99. Directive 94/47/EC of the European Parliament and the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994L0047:EN:HTML.

100. Directive 2006/114/EC of the European Parliament and the Council of12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising (codified version) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:376:0021:0027:EN:PDF.

101. Directive 2003/33/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the advertising and sponsorship of tobacco products [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32003L0033&model=guichett.

102. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031: En:HTML.

103. Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:267:0007:0017:EN:PDF.

104. Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=31999L0093&model=guichett.

105. Draft Hague Prinicples as Approved by the November 2012 Special Commision Meeting on choice of Law in international Contracts and Recommendations for the Commentary [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.hcch.net/upload/wop/contracts2012principles_e.pdf.

106. Dutch Civil Code (Civil Code of the Netherlands) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm.

107. Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights OJ C 303 (14 Dec.2007) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:en:PDF.

108. Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911 (Status as of 1 January 2013) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/220.en.pdf.

109. General Part of the Civil Code Act. Passed 27 March 2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/paraframe.asp?loc=text&lk=et&sk=en&dok=X30082K2.htm&query=code&tyyp=X&ptyyp=RT&pg=1&fr=no.

110. German Civil Code (BGB). The translation includes the amendment(s) to the Act by Article 1 of the Act of 27.7.2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb.

111. Gesamte Rechtsvorschrift für Zivilprozessordnung, Fassung vom 05.07.2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=230305.

112. Green Paper. An Optimal Vision of the Civil Code of the Republic of Poland [Електронний ресурс] / edited by Z. Radwanski. – Warsaw : Ministry of Justice, 2006. – Режим доступу : http://www.ejcl.org/112/greenbookfinal-2.pdf.

113. Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses. Brussels, 1.7.2010 COM(2010)348 final [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:EN:PDF.

114. Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation [Електронний ресурс]. – Brussels, 14.1.2003. – COM(2002) 654 final. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0654en01.pdf.

115. Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Prorement. Date of adoption 28 june 2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/pre-guide-2012.pdf.

116. ICAO, International Conference on Air Law. – Vol. 1 Minutes, ICAO Doc 9775 – DC/2 (1999).

117. ICC eTerms. 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business.

118. ICC Guide for eContracting [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/tools-for-e-business.

119. ICC Force Majeure Clause 2003. – ICC Hardship Clause 2003. – ICC Publication No. 650 , 2003. – 23 p.

120. ICC Legal Handbook on Global Sourcing Contracts. – ICC Publication No. 663, 2007. – 108 p.

121. ICC Model Commercial Agency Contract. – 2nd Edition. – ICC Publication No. 644, 2002. – 68 p.

122. ICC Model Confidentiality Agreement. ICC Model Confidentiality Clause. – ICC Publication No. 664, 2006. – 20 p.

123. ICC Model Distributorship Contract. – ICC Publication No. 646, 2002. – 72 p.

124. ICC Model International Franchising Contract, 2nd Edition. – ICC Publication No. 712E, 2011. – 58 p.

125. ICC Model International Sale Contract. – ICC Publication No. 738, 2013. – 35 p.

126. ICC Model International Trademark Licence. – ICC Publication No. 673, 2008. - ??????

127. ICC Model International Transfer of Technology Contract. – ICC Publication No. 674, 2009. – 60 p.

128. ICC Model Mergers & Acquisitions Contract 1 – Share Purchase Agreement. – ICC Publication No. 656, 2004.

129. ICC Model Subcontract. – ICC Publication No. 706, 2011. – 108 p.

130. ICC Model Turnkey Contract for Major Projects. – ICC Publication No. 659, 2007 – 112 p.

131. ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits. 2007 Revision. UCP 600. – ICC Publication 645. – 124 p.

132. Incoterms 2010. – ICC Publication No. 715. – 2010 Edition. – 130 p.

133. Insolvency Act 1986 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents.

134. Inter-American Convention on Law Applicable to International Contracts, signed at Mexico, D.F., Mexico, on March 17, 1994 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html.

135. International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading ("Hague Rules"), and Protocol of Signature, Protocol (SDR Protocol) amending the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading of 25 August 1924 (The Hague Rules), as amended by the Protocol of 23 February 1968 (Visby Rules) (Brussels, 21 December 1979) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.admiraltylawguide.com/

136. Joint network of European Private Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.copecl.org.

137. Kodeks cywilny – Księga Pierwsza, tytuły I, II, III, IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kodeks-cywilny.pl/83.html.

138. Law of Obligations Act (05.06.2002 entered into force 01.07.2002 – RT I 2002, 53, 336) Passed 26 September 2001 (RT I 2001, 81, 487),with amendments [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/paraframe.asp?loc=text&lk=et&sk=en&dok=X30085K2.htm&query=collateral&tyyp=SITE_X&ptyyp=I&pg=1.

139. Louisiana Civil Code [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legis.state.la.us/lss/lss.asp?doc=109161.

140. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Edited by Study Group on a European Civil Code, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group). – Munich : Sellier european law publishers, 2009. – 6563 p.

141. Principles of European Law. Service Contracts (PEL SC). Study Group on a European Civil Code. Prepared by Maurits Barendrecht, Chris Jansen, Marco B. M. Loos, Andrea Pinna, Rui Cascao, Stéphanie van Gulijk. – Munich : Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2006. – 1034 p.

142. Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC). Prepared by Martijn Hesselink, Jacobien W. Rutgers, Odavia Bueno Díaz, Manola Scotton, Muriel Veldmann. – Munich : Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2006. – 371 p.

143. Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Benevolent Intervention in Another's Affairs (PEL Ben Int). Prepared by Christian von Bar. Munich : Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2006. – 471 p.

144. Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Lease of Goods (PEL LG). Prepared by Kare Lilleholt, Anders Victorin, Andreas Fötschl, Berte-Elen R. Konow, Andreas Meidell, Amund Bjoranger Torum. – Munich : Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2007. – 367 p.

145. Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Personal Security (PEL Pers. Sec.). Prepared by Ulrich Drobnig. – Munich : Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2007. – 567 p.

146. Principles of European Law on Sales (PELS). Study Group on a European Civil Code. Prepared by Professor Dr. Ewoud Hondius, Dr. Viola Heutger, Dr. Christoph Jeloschek, Dr. Hanna Sivesand, Aneta Wiewiorowska. – Munich : Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2008. – 485 p.

147. Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.). Prepared by by Christian von Bar. – Munich : Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2009. – 1384 p.

148. Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. PEL Unjustified Enrichment (PEL Unj.Enr.). Prepared by Stephen Swann, Christian von Bar. – Munich : Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2010. – 740 p.

149. Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Acquisition and Loss of Ownership of Goods. (PEL Acq.). Prepared by Brigitta Lurger, Wolfgang Faber. – Munich : Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2011. – 1728 p.

150. Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Mandate Contracts (PEL MC). Prepared by Marco B. M. Loos, Odavia Bueno Díaz. – Munich : Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2012. – 549 p.

151. Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code.Trust Law. Prepared by Stephen Swann. – Munich : Sellier european law publishers together with Study Group on a European Civil Code, 2013. – 600 p.

152. Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Precontractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms. – Munich : Sellier european law publishers, 2007. – 311 p.

153. Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services. – Munich : Sellier european law publishers, 2009. – 517 p.

154. Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) / COM/2005/0650 final – COD 2005/0261 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=EN&type_doc=COMfinal&an_doc=2005&nu_doc=650.

155. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on online disputes (Regulation on consumer ODR) Brussels, 29.11.2011 COM(2011) 794 final [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2011/0794/COM_COM(2011)0794_EN.pdf.

156. P7_TA(2011)0262 Policy options for progress towards a European contract law for consumers and businesses European Parliament resolution of 8 June 2011 on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses (2011/2013(INI)) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0262+0+DOC+PDF+V0//EN.

157. Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91

(Text with EEA relevance) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32004R0261.

158. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur- lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:en:PDF.

159. Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0040:en:PDF.

160. Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0001:0012:EN:PDF.

161. Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001 :0032:en:PDF.

162. Resolution of 26 May 1989 on action to bring into line the private law of the Member States [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=152513:cs&lang=en&list=152513:cs,&pos=1&page=1&nbl=1&pgs=10&hwords=.

163. Resolution of 6 May 1994 on the harmonisation of certain sectors of the private law of the Member States [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.jus.uio.no/lm/en/html/eu.principles.lando.commission/_4.html.

164. Restatement (Second) of the Law of Contracts. -§ 205. Duty Of Good Faith And Fair Dealing [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.cs.xu.edu/~osborn/main/lawSchool/contractsHtml/bottomScreens/Briefs/Restatement%20205.%20Duty%20of%20Good%20Faith%20and%20Fair%20Dealing.htm.

165. Restatement (Second) of Conflict of Laws s 187 (1969 Main Vol.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html.

166. REST 2d CONFL s 188 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest188.html.

167. Rules for Electronic Bills of Lading [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.comitemaritime.org/Rules-for-Electronic-Bills-of-Lading/0,2728, 12832,00.html.

168. Spanish Civil Code [Електронний ресурс]. – Ministerio de Justicia. – 2009. – Режим доступу : http://www.elra.eu/wp-content/uploads/file/Spanish_Civil_Code_(C%C3%B3digo_Civil)%5B1%5D.pdf.

169. Statute of the International Court of Justice.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0&# CHAPTER_II.

170. Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status as of 1 July 2013) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf.

171. Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf.

172. The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April, 1997 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm.

173. The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements. Outline of the Convention [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.hcch.net/upload/outline37e.pdf.

174. The Principles Of European Contract Law 2002 (Parts I, II, and III) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002.

175. The Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.sccinstitute.com/?id=23746.

176. Trans-Lex Principles [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.trans-lex.org/principles.

177. UNIDROIT Convention on International Factoring (Ottawa, 28 May 1988) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unidroit.org/english/conventions/1988factoring/main.htm.

178. UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 1988) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unidroit.org/english/conventions/1988leasing/main.htm.

179. UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ ali-unidroitprinciples-e.pdf.

180. UNIDROIT Principles of International commercial Contracts, 2010. – Rome : UNIDROIT , 2010. – 454 p.

181. Uniform Commercial Code [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.law.cornell.edu/ucc/1/article1.htm.

182. Uniform Commercial Code § 1-301 (as amended March 8, 2008) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.law.indiana.edu/instruction/dhlong/5534/doc/ucc_amend_1-301.pdf.

183. Uniform Rules for Sea Waybills [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.comitemaritime.org/Uniform-Rules-for-SeaWaybills/0,2729,12932,00.html.

184. United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea ("Hamburg Rules") (Hamburg, 31 March 1978) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.admiraltylawguide.com/interconv.html#CG.

185. Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3786) geändert worden ist [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf.

186. § 104 JN Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.jusline.at/104_Vereinbarung_%C3%BCber_die_Zust%C3%A4ndigkeit_der_Gerichte_JN.html.

187. 413th Plenary Session on 15 and 16 December 2004. Opinion of the European Economic and Social Committee on ‘The European Insurance Contract’ [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:157:0001:0015:EN:PDF.

188. 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations (consolidated version) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126(02):EN:HTML.

Література

189. Аблезгова О. В. Нормы «lex mercatoria» в правовом регулировании международного коммерческого оборота : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / О. В. Аблезгова. – М., 2008. – 25 с.

190. Алексеев А. Г. Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ИКСИД): некоторые вопросы юрисдикции и арбитражного производства / А. Г. Алексеев, С. А. Войтович, Д. И. Грищенко, О. В. Шевчук. – К. : Юридична практика, 2005. – 303 с.

191. Алексеев С. С. Теория государства и права : учебник для юрид. вузов и фак-в. – М. : НОРМА-ИНФРА, 1999. – 453 с.

192. Амирова Н. А. Категория «добросовестность» в российском, немецком праве и новом «lex mercatoria» / Н. А. Амирова // Вестн. Моск. ун-та. Сер.11. Право. – 2009. – № 1. – С. 69-88.

193. Аносов М. А. Тенденции развития торгового права Европейского Союза : дис. … канд. юрид. наук / М. А. Аносов. – М., 2011. – 221 с.

194. Ануфриева Л. П. Международное частное право : учебник : в 3 т. / Л. П. Ануфриева. – Т. 1 : Общая часть. – М. : БЕК, 2002. – 288 с.

195. Ануфриева Л. П. Международное частное право : учебник : в 3 т. / Л. П. Ануфриева. – Т. 2 : Особенная часть. – М. : БЕК, 2002. – 656 с.

196. Ануфриева Л. П. Международное частное право : в 3 т. : учебник / Л. П. Ануфриева. – Т. 3 : Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. – М. : БЕК, 2001. – 768 с.

197. Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств / А. В. Асосков. – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – 640 с.

198. Ахаимова Е. А. Реализация Принципов европейского договорного права в зарубежном законодательстве : дис. … канд. юрид. наук / Е. А. Ахаимова. – М. 2009. – 200 с.

199. Ахрименко М. А. Концепция гибкого подхода к определению права, подлежащего применению к договорам, в современном коллизионном праве государств западной Европы и США : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / М. А. Ахрименко. – М., 2006. – 26 с.

200. Базедов Ю. Возрождение процесса унификации права: европейское договорное право и его элементы / Ю. Базедов // Государство и право. – 2000. – № 2. – С. 65–76.

201. Базедов Ю. Свобода договоров в Європейском Союзе / Ю. Базедов // Право. Журнал Высшей Школы Экономики. – 2011. – № 2. – С. 88–107.

202. Базедов Ю. Заключение. I. Концепция обхода закона в германском праве / Ю. Базедов, Е. Курцински-Сингер [Електронний ресурс]. – Институт зарубежного и международного частного права. – Режим доступу : http://www.rospravo.ru/files/sites/5679987959a09e5b872e8c7a2cca5e39.pdf.

203. Байтин М. И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков) / М. И. Байтин. – М. : Право и государство, 2005. – 544 с.

204. Баринова М. Н. Трансформация частноправовых норм международных актов : дис. ... канд. юрид. наук / М. Н. Баринова. – Саратов, 2004. – 172 с.

205. Батлер Е. А. Непоименованные договоры (некоторые вопросы теории и практики) : дис. … канд. юрид. наук / Е. А. Батлер. – М., 2006. – 183 с.

206. Бахин С. В. Субправо: правовая природа и назначение / С. В. Бахтин // Известия вузов. Правоведение. – 2002. – № 2. – С. 144–157.

207. Бекназар-Юзбашев Г. Т. Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии / Г. Т. Бекназар-Юзбашев. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 188 с.

208. Белов В. А. Добросовестность, разумность, справедливость как принципы гражданского права / В. А. Белов // Законодательство. – 1998. – № 8. – С. 49–52.

209. Белоглавек А. Защита прав потребителей в арбитраже / А. Белоглавек. – К. : Таксон, 2013. – 460 с.

210. Белоглавек А. И. Европейское международное частное право – договорные связи и обязательства : [в 2 т.] / А. И. Белоглавек. – Т. 1. – К. : Таксон, 2010. – 1576 с.

211. Белоглавек А. И. Европейское международное частное право – договорные связи и обязательства : [в 2 т.] / А. И. Белоглавек. – Т. 2. – К. : Таксон, 2010. – 1640 с.

212. Беляневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) / О. А. Беляневич. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.

213. Бендевский Т. Международное частное право : учебник / Т. Бендевский ; пер. с македон. – М. : Статут, 2005. – 446 с.

214. Бервено С. М. Загальні засади принципу свободи в договірному праві України / С. М. Бервено // Науковий вісник Чернівецького університету : зб. наук. праць. – 2005. – Вип. 286 : Правознавство. – С. 67–70.

215. Бєляєва А. П. Принцип свободи договору у правовому регулюванні зовнішньоекономічного контракту : дис. … канд. юрид. наук / А. П. Бєляєва. – Х., 2005. – 194 с.

216. Богданова Е. Е. Принцип добросовесности и эволюция защиты гражданских прав в договорных отношениях / Е. Е. Богданова. – М. : Юрлитинформ, 2014. – 344 с.

217. Богуславский М. М. Международное частное право : учебник / М. М. Богуславский. – М. : Юрист 1999. – 408 с.

218. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві (Заг. положення) : навч. посіб. / Т. В. Боднар. – К. : Юстініан, 2007. – 280 с.

219. Борисова Н. Е. История источников римского права / Н. Е. Борисова, А. Н. Хорошилов. – М. : Союз. – 1999. – 264 с.

220. Брагинский М. И. Договорное право / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – Изд.2-е, испр. – Кн. 1 : Общие положения. – М. : Статут, 2000. – 926 с.

221. Брановицкий К. Л. Процессуальный договор в доктрине гражданского процесса ФРГ / К. Л. Брановицкий // Арбитражный и гражданский процесс. – 2010. – № 12. – С. 30–31.

222. Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права / С. Н. Братусь. – М. : Госюриздат, 1963. – 196 с.

223. Бурлаков С. Ю. Застосування категорій справедливість, добросовісність і розумність у цивільному праві: питання теорії та практики [Електронний ресурс] / С. Ю. Бурлаков // Актуальні питання цивільного та господарського права. – 2011. – № 2. – Режим доступу : http://www.journal.yurpayintel.com.ua/2011/2/article04/.

224. Бычков А. И. Договор sui generis, не предусмотреный гражданским законодательством / А. И. Бычков // Нотариальный вестник. – 2012. – № 7. – С. 3–10.

225. Васильченко В. В. Науково-практичний коментар Закону України «Про міжнародне приватне право» / В. В. Васильченко. – К., Істина, 2007. – 200 с.

226. Васьковский Е. В. Цивилистическая методология / Е. В. Васьковский. – О. : Экономическая типография, 1901. – Ч. 1 : Учение о толковании и применении гражданских законов. – 400 с.

226-1. Ведяхин В.М. Принципы правового регулирования рыночных отношений /В.М. Ведяхин// Журнал «Правоведение». – 1995. - № 6. - С. 27-37.

227. Венгринюк Ю. Пропозиції щодо вдосконалення колізійного права України у сфері договірних зобов'язань / Ю. Венгерюк // Право України. – 2013. – № 7. – С. 55–61.

228. Ветютнев Ю. Ю. Государственно-правовые закономерности : Вопросы теории и методологии : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / Ю. Ю. Ветютнев. – Саратов, 2004. – 26 с.

229. Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте / Н. Г. Вилкова. – М. : Статут, 2002. – 510 с.

230. Волков А. В. Принцип недопустимости злоупотребления гражданскими правами в законодательсве и судебной практике / А. В. Волков. – М. : Волтерс Клувер, 2011. – 960 с.

231. Волков А. В. Теория концепции «Злоупотребление гражданскими правами» / А. В. Волков. – Волгоград : Станица-2, 2007. – 352 с.

232. Вольф М. Международное частное право : пер. с англ. / М. Вольф. – М. : Изд.-во Ин-та лит-ры, 1948. – 703 с.

233. Гайдулін О. О. Європейське контрактне право (загальна частина) : курс лекцій / О. О. Гайдулін. –К. : КНЕУ, 2008. – 277 с.

234. Гайдулін О. О. Зближення контрактного права країн-членів Європейського Союзу: основні засоби та напрямки : дис. … канд. юрид. наук / О. О. О. Гайдулін. – К., 2009. – 249 с.

235. Гердеген М. Європейське право / М. Гердеген. – К. : КІС, 2008. – 523 с.

236. Гетьман-Павлова И. В. Международное частное право : учебник / И. В. Гетьман-Павлова. –М. : Эксмо, 2009. – 704 с.

237. Гницевич К. В. Преддоговорная ответстнность в гражданском праве (Culpa in contrahendo) : дис. …канд. юрид. наук / К. В. Гницевич. – СПб., 2010. – 209 с.

238. Годэмэ Е. Общая теория обязательств : пер. с франц. / Е. Годэмэ. – М. : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 511 с.

239. Гойман-Калинский И. В. Элементарные начала общей теории права : учеб. пособ.для вузов / И. В. Гойман-Калинский, Г. И. Иванец, В. И. Червонюк. – М. : КолосС, 2003. – 544 с.

240. Гражданское право : учебник / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М. : Проспект, 1997. – Ч. 1. – 600 с.

241. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. – М. : Статут, 2000. – 411 с.

242. Даль В. И. Толковый словарь живого велирусского языка: современное написание : в 4 т. / В. И. Даль. – М. : АСТ, Астрель, 2003. – Т. 1 : А-З. – XXVI, 1158 с.

243. Даль В. И. Толковый словарь живого велирусского языка: современное написание : в 4 т. / В. И. Даль. – М. : АСТ, Астрель, 2003. – Т. 3 : П. – 921 с.

244. Даль В. И. Толковый словарь живого велирусского языка: современное написание : в 4 т. / В. И. Даль. – М. : АСТ, Астрель, 2003. – Т. 4 : Р-Я. – 1144 с.

245. Дворкин Р. О правах всерьез / Р. О. Дворкин ; пер. с англ. М. Д. Лахути, Л. Б. Макеевой. – М. : РОССПЭН, 2004. – 389 с.

246. Дерюгина Т. В. Принципы осуществления гражданских прав / Т. В. Дерюгига. – М. : Книгодел, 2010. – 188 с.

247. Дзера О. В. Зміст принципів справедливості, добросовісності і розумності в цивільному праві / О. В. Дзера, С. М. Бервено // Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 42–52.

248. Діковська І. А. Правове регулювання повітряних перевезень за участю фактичного перевізника / Ы. А. Діковська. – К. : КІС, 2010. – 200 с.

249. Добросовестность – не норма, а принцип. Российские и германские ученые продемонстрировали различия в подходах [Електронний ресурс]. – 27.09.2012. – Zakon ru. – Первая социальная сеть для юристов // Право и жизнь. – Режим доступу : http://zakon.ru/Discussions/OneDiscussion/4151.

250. Довгань Е. К вопросу о статусе источников права Европейского Союза / Е. Довгань // Журнал международного права и международных отношений. – 2010. – № 1. – С. 3–9.

251. Довгерт А. С. Вступ до курсу «Міжнародне приватне право» / А. С. Довгерт // Право України. – 2012. – № 9. – С. 238–256.

252. Довгерт А. С. Дія принципу верховенства права у сфері приватного права / А. С. Довгерт // Університетські наукові записки. – 2007. – № 2. – С. 83–89.

253. Довгерт А. С. Колізійне регулювання договірних відносин в Європейському Союзі та Україні [Електронний ресурс] / А. С. Довгерт // Теоретико-методологічні підходи до розуміння

приватного права в умовах правової держави. – Режим доступу : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Ppip/2012_11/Dovgert.pdf.

254. Довгерт А. С. Система приватного права та структура проекту нового Цивільного кодексу України / А. С. Довгерт // Українське право. – 1997. – № 1. – С. 16–27.

255. Довгерт А. С., Мережко А.А. Кодификация международного частного права в Украине / А. С. Довгерт, А. А. Мережко // Очерки международного частного права / под ред. А. Довгерта. – Х. : Одиссей, 2007. – С. 26–60.

256. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашение [Електронний ресурс] / под общей редакцией М. А. Рожковой. – Режим доступу : http://rozhkova.com/books_text/dogovor.pdf.

257. Доржиев Ж. Б. Теория государства и права : учеб.-метод. пособ. / Ж. Б. Доржиев. – Улан-Удэ : Изд-во ВСГТУ, 2005. – 345 с.

258. Елисеев Н. Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран : учебник / Н. Г. Елисеев. – М. : ТК Велби, Проспект, 2006. – 624 с.

259. Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами / В. И. Емельянов. – М. : Лекс-Книга, 2002. – 160 с.

260. Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник / Н. Ю. Ерпылева. – М. : Юрайт, 2011. – 1308 с.

261. Жгулев А. А. Добросовестность при исполнении обязательства / А. а. Жгулев. – М. ; Берлин : Инфотропик Медиа, 2011. – 112 с.

262. Жильцов А. Н. Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже / А. Н. Жильцов // Международный коммерческий арбитраж. – 2004. – № 2. – С. 16–42.

263. Задорожна С. М. Автономія волі сторін у міжнародному приватному праві : дис. …канд. юрид наук / С. М. Задорожна. – К., 2006. – 203 с.

264. Задорожна С. М. Поняття, генетична основа та система принципів міжнародного приватного права / С. М. Задорожна // Право України. – 2013. – № 7. – С. 34–45.

265. Зайчук О. В. Принципи права в контексті розвитку загальної теорії держави і права / О. В. Зайчук // Альманах права. Основоположні принципи права як його ціннісні виміри.

Науково-практичний юридичний журнал. Випуск 3. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2012. – С. 23–28.

266. Закономерность [Електронний ресурс] // Викисловарь. – Режим доступу : http://ru.wikipedia.org.

267. Звеков В. П. Коллизии законов в международном частном праве / В. П. Звеков. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 416 с.

268. Звеков В. П. Международное частное право : курс лекций / В. П. Звеков. – М. : Изд-во НОРМА, 2000. – 686 с.

269. Земскова П. Е. Общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, в международном праве : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / П. Е. Земскова. – М., 2010. – 26 с.

270. Зыбайло А. К вопросу о соотношении международного и национального права (теоретические аспекты) [Електронний ресурс] / А. Зыбайло // Белорусский журнал международного права и международных отношений 1998 – № 3. – Режим доступу : http://www.evolutio.info.

271. Иванов Г. Г. Международное частное морское право / Г. Г. Иванов, А. Л. Маковский. – Л. : Судостроение, 1984. – 280 с.

272. Изберг П. А. Вина и недобросовестность как элементы субъективной стороны злоупотребления гражданскими правами [Електронний ресурс] / П. А. Изберг // Бизнес, менеджмент, право. – 2004. – № 2. – Режим доступу : http://www.bmpravo.ru/show_stat.php?stat=270.

273. Иншакова А. О. Международное частное право : учеб.-метод. пособ. / А. О. Иншакова. – Волгоград : Изд.-во Волгоград. гос. ун-та, 2002. – 244 с.

274. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975. – 880 с.

275. Кабатова Е. В. Изменение роли коллизионного метода в международном частном праве / Е. В. Кабатова // Международное частное право. Современная практика. Сборник статей под ред. М. М. Богуславского и А. Г. Светланова. – М. : Тон-Остожье, 2000. – С. 5–16.

276. Казанцев М. Ф. Свобода гражданско-правового договорного регулирования как проявление свободы договора / М. Ф. Казанцев // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. Юридический журнал. – 2008. – № 1. – С. 147–149.

277. Калакура В. Я. Принципи міжнародного приватного права / В. Я. Калакура // Міжнародне приватне право. Загальна частина : підручник / за ред. Довгерта А. С. і Кисіля В. І. – К. : Алерта, 2012. – С. 134–147.

278. Калинин П. А. Принципы Российского законодательства : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / П. А. Калинин. – Саратов, 2013. – 34 с.

279. Канарш Г. Ю. Социальная справедливость: философские концепции и российская ситуация / Г. Ю. Канарш. – М. : Изд-во Моск. гуманит. ун-та, 2011. – 236 с.

280. Канашевский В. А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование / В. А. Канашевский. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 608 с.

281. Канашевский В. А. Императивные нормы в практике международного коммерческого арбитража / В. А. Канашевский // Внешнеторговое право. – 2007. – № 2. – С. 43–45.

282. Канашевский В. А. Международные нормы и гражданское законодательство России / В. А. Канашевский. – М. : Междунар. отношения, 2004. – 272 с.

283. Кант И. Сочинения в шести томах / И. Кант. – М. : Мысль, 1965. – Т. 4, ч. 1. – 544 с.

284. Кант И. Сочинения в шести томах / И. Кант. – М. : Мысль, 1965. – Т. 4, ч. 2. – 478 с.

285. Кант И. Сочинения в шести томах / И. Кант. – М. : Мысль, 1966. – Т. 6. – 743 с.

286. Карабельников Б. Р. Исполнение и оспаривание решение международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и Главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. / Б. Р. Карабельников. – М. : Статут, 2008. – 383 с.

287. Карабельников Б. Р. Международный коммерческий арбитраж / Б. Р. Карабельников. – М. : Инфотропик Медиа, 2012. – 576 с.

288. Карапетов А. Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве / А. Г. Карапетов. – М. : Статут, 2007. – 874 с.

289. Карапетов А. Г. Свобода заключения непоименованных договоров и ее пределы / А. Г. Карапетов, А. И. Савельев // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2012. – № 4. – С. 12–56.

290. Кейнс Дж. М. Конец Laissez-Faire [Електронний ресурс] / Дж. М. Кейнс – Режим доступу : http://ecsocman.hse.ru/data/675/645/1219/008Kejns1.pdf.

291. Кисіль В. І. Механізми колізійного регулювання у сучасному міжнародному приватному праві : дис. … докт. юрид. наук / В. І. Кисіль. – К., 2001. – 397 с.

292. Кисіль В. І. Міжнародне приватне право. Питання кодифікації / В. І. Кисіль. – К. : Україна, 2005. – 480 с.

293. Кисіль В. І. Особливості кодифікації міжнародного приватного права у країнах германської правової сім'ї / В. І. Кисіль // Міжнародне приватне право у Київському університеті : у 2 т. –К. : Київський університет, 2009. – Т. 2. – С. 132–172.

294. Кисіль В. І. Право, що застосовується до зовнішньоторговельних договорів: тенденції розвитку законодавчого регулювання [Електронний ресурс]. / В. І. Кисіль // Юридичний жкрнал. – 2004. – № 2. – Режим доступу : http://justinian.com.ua/article.php?id=1020.

295. Кисиль В. И. Сближение и унификация коллизионных норм стран-членов СЭВ: проблемы, методы и перспективы / В. И. Кисиль // Советский ежегодник международного права. – М. : Наука, 1986. – С. 273–278.

296. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. проф. А. Довгерта. – К. : Український центр правничих студій, 2000. – 336 с.

297. Колодій А. М. Принципи права: Генеза, поняття, класифікація та реалізація / А. М. Колодій // Альманах права. Основоположні принципи права як його ціннісні виміри. Науково-практичний юридичний журнал. Вип. 3. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2012. – С. 41–46.

298. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации [Електронний ресурс]. – С. 103. – Режим доступу : www.privlaw.ru/concepciya.rtf.

299. Комиссия ООН по праву международной торговли. Тридцать девятая сессия [Електронний ресурс]. – Нью-Йорк, 19 июня – 7 июля 2006 года. Урегулирование коммерческих споров. Форма арбитражного соглашения. – Режим доступу : http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V06/530/27/PDF/V0653027.pdf?OpenElement.

300. Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. – М. : Юрист, 2002. – 538 с.

301. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланова. – М. : Юрайт, 2004.

301-1. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ville.ru/laws/gk/lawgk1197.html.

302. Корецкий В. М. Униформизм в праве / В. М. Корецкий // Міжнародне приватне право в Київському університеті : антологія : у 2 т. / за ред. А. С. Довгерта. – К. : Київський університет, 2009. – Т. 1 : 1835–1991. – С. 176–195.

303. Корешкова А. А. Содержание принципа свободы договора в гражданском праве России. Сибирская ассоциация консультантов. Заочные научно-практические конференции [Електронний ресурс] / А. А. Корешкова. — Режим доступу : http://sibac.info/index.php/2009-07-01-10-21-16/1896-2012-04-14-18-27-51.

304. Коровина О. П. Методы унификации норм в международном частном праве : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / О. П. Коровина. – М., 1988. – 26 с.

305. Короткий тлумачний словник української мови: близько 6750 слів / за ред. Д. Г. Гринчишина. – К. : Радянська школа, 1988. – 320 с.

306. Косак В. М. Імплементація положень Віденської конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. / В. М. Косак // Нариси з міжнародного приватного права. Випуск 3 / за ред. А. С. Довгерта, О. М. Бірюкова. – К. : Правова єдність, 2014. – С. 140–155.

307. Кот О. О. Перехід прав кредиторів: Історія. Теорія. Законодавство / О. О. Кот. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – 160 с.

308. Котова Л. В. К вопросу о принципах международного частного права / Л. В. Котова //Актуальные проблемы российского права. – 2007. – № 1. – С. 688–694.

309. Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві / О. В. Кохановська. – К. : ВПЦ Київський університет, 2006. – 463 с.

310. Краснова С. А. Определение понятия «добросовестность» в российском гражданском праве / С. А. Краснова // Журнал российского права. – 2003. – № 3. – С. 62–67.

311. Кратенко М. В. Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты : монография / М. В. Кратенко. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 198 с.

312. Краткая философская энциклопедия. – М. : Прогресс – Энциплопедия, 1994. – 576 с.

313. Крутий Е. А. Роль национальных кодификаций в процессе унификации МЧП / Е. А. Крутий // Международное публичное и частное право. – 2012. – № 4. – С. 16–19.

314. Крутий Е. А. Соотношение понятий унификации и кодификации в современном международном частном праве / Е. А. Крутий // Международное публичное и частное право. – 2012. – № 3. – С. 7–9.

315. Кузнецова Н. В. Свобода договора и проблемы классификации ее ограничений в гражданском праве Российской Федерации / Н. В. Кузнецова // Вестник Удмуртского Университета. Экономика и Право. – 2011. – Вып. 2. – С. 89–93.

316. Кузнєцова Н. С. Основні завдання Книги першої проекту Цивільного кодексу України. Кодифікація приватного (цивільного) права України / Н. С. Кузнєцова. – К. : Український центр правничих студій, 2000. – С. 123.

317. Кузнєцова Н. С. Принципи сучасного зобов'язального права / Н. С. Кузнєцова // Українське право. – 2003. – № 4. – С. 9–15.

318. Кузнецова О. А. Нормы-принципы российского гражданского права / О. А. Кузнецова. – М. : Статут, 2006. – 269 с.

319. Купцова М. В. Арбітрабельність спорів у міжнародному комерційному арбітражі / М. В. Купцова //Адвокат. – 2012. – № 5. – С. 41–45.

319-1. Котенко О.А. Право як регулятор суспільних відносин: теоретичні питання ефективності. : Дис. … канд. юрид. наук / О.А. Котенко –К., 2013. - 229 с.

320. Лебедев С. Н. Унификация правового регулирования международных хозяйственных отношений / С. Н. Лебедев // Юридические аспекты осуществления внешнеэкономических связей. Труды кафедры международного частного и гражданского права МГИМО. – М., 1979. – С. 15–43.

321. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть : учебник / И. И. Лукашук. – М. : Изд-во БЕК, 1996. – 371 с.

322. Лукьяненко М. Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность / М. Ф. Лукьяненко. – М. : Статут, 2010. – 423 с.

323. Лукьянцева И. О практике рассмотрения арбитражными судами преддоговорных споров по энергоснабжению [Електронний ресурс] / И. Лукьянцева // Южнороссийский адвокат. – 2008. – № 1–2 (январь–март). — Режим доступу : http://www.advpalataro.ru/publications/index.php?ID=5053&PHPSESSID=668ae99e6c6b4f3fc524e5cdab781fe1.

324. Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України / А. В. Луць. – К., Школа, 2004. – 160 с.

325. Майданик Н. И. Преддоговорная ответственность в гражданском праве Украины / Н. И. Майданик // Альманах цивилистики : сборник статей. Вып. 1. – К. : Правова еднисть, 2008. – С. 202–221.

326. Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві / Р. А. Майданик. – К. : ВПЦ «Київський університет», 2002. – 502 с.

327. Макренко Л. О. Верховенство права як принцип природного права / Л. О. Макаренко // Альманах права. Основоположні принципи права як його ціннісні виміри. Науково-практичний юридичний журнал. Вип. 3. — К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2012. – С. 222–229.

328. Малышев К. И. Исторический очерк конкурсного процесса / К. И. Малышев. – СПб. : Общественная польза, 1871. – 459 с.

329. Мальцев В. А. Право как нормативно-деятельносная система / В. А. Мальцев // Журнал российского права. – 2002. – № 4. – С. 94–103.

330. Мамаев А. А. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам / А. А. Мамаев. – М. : Проспект, 2008. – 167 с.

331. Марышева Н. И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России / Н. И. Марышева. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 328 с.

332. Матвеева Т. В. Роль международного договора в международном частном праве : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / Т. В. Матвеева. – М., 2006. – 26 с.

333. Мачин И. Ф. История политических и правовых учений: конспект лекций / И. Ф. Мачин. – М. : Юрайт-Издат, 2007. – 208 с.

333-1. Мачульская Е. Понятие принципов правового регулирования / Е. Мачульская. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://djerelo.com/legal-science/77-pravo-socialnogo-obespechenia-machulskaia/4861-07-ponyatye-pryncypov-pravovogo-regylyrovanyya.

333-2. Машков А. Проблеми теорії держави і права: співвідношення та межі /А. Машков. – К.: КІС, 2011. – 344 с.

334. Медведев И. Г. Международное частное право и нотариальная деятельность / И. Г. Медведев. – М. : Wolters Kluwer Russia, 2005. – 178 с.

335. Мейер Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер. – М. : Статут, 2003. – 831 с.

336. Международное право : учеб. / отв. ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунов. — М. : Издательская группа НОРМА–ИНФРА • М, 1999. – 584 с.

337. Международное частное право : учеб. / отв. ред. Г. К. Дмитриева. – М. : Проспект, 2010. – 656 с.

338. Международное частное право : учебник / [Власов Н. В. и др.] ; отв. ред. Н. И. Марышева. – М. : Юр. фирма «Контракт»; Волтерс Клувер, 2010. – 928 с.

339. Мережко А. А. Транснациональное торговое право (lex mercatoria) / А. А. Мережко. – К. : Таксон, 2002. – 464 с.

340. Миронов В. И. Трудовое право России : учебник / В. И. Миронов. – М. : Упр. персоналом, 2005. – 1149 с.

341. Михайловский И. В. Очерки философии права / И. В. Митхайловский. – Томск : В. М. Посохин, 1914. – Т. 1. – 632 с.

342. Міжнародне право : навч. посіб. / за ред. М. В. Буроменського. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – 336 с.

343. Міхно О. І. Припинення договору за цивільним законодавством України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук / О. Ы. Мыхно. – К., 2007. – 23 с.

344. Молодико К. Імплементація і застосування «acquis з захисту прав споживачів» ЄС у правовій системі України [Електронний ресурс]. – Національний університет «Києво-Могилянська академія», 11 квітня 2012 року. – – Режим доступу : jmce.ukma.kiev.ua/sites/default/.../molodyko.ppt.

345. Морандьер Л. Ж. Гражданское право Франции : в 3 т. / Л. Ж. Морандьер / пер. с франц. – М. : Изд-во Иностр. лит., 1960. – Т. 2. – 728 с.

346. Мюллерсон Р. А. Соотношение национального и международного права / Р. А. Мюллерсон. – М. : Междунар. отношения, 1982. – 136 с.

346-1. Нагребельний В.П. Регламентація правова //Юридична енциклопедія. 6 т.– Т. 5. /В.П. Нагребельний. - К.: Укр. енциклоп. – 1998. - С. 785.

347. Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України : у 2 т. / за відповід. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К. : Юрінком Інтер, 2005. – Т. 2. – 1088 с.

348. Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм / П. Е. Недбайло. – М. : Юрид. лит., 1960. – 510 с.

349. Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства : учебник для юридических вузов и факультетов / В. С. Нерсесянц. – М. : НОРМА–ИНФРА • М, 1999. – 552 с.

350. Нгуен Куок Динь. Международное публичное право : в 2 т. : пер. с фр. / Нгуен Куок Динь. – К. : Сфера, 2000. – Т. 1. Кн. 1–2.– 440 с.

351. Новикова Т. В. Понятие добросовестности в российском гражданском праве : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / Т. В. Новикова. – Ростов на Дону, 2009. – 26 с.

352. Новицкий И. Б. Римское право / И. Б. Новицкий. – М. : ГЕИС, 2002. – 310 с.

353. Обман (Le dol) [Електронний ресурс] // Портал французского права. – Режим доступу : http://www.france-jus.ru/index.php?page=fiches&action=fiche&id=20.

354. Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система : автореф. дис на здобуття наук. ступеня канд. юрид наук. – К., 2003. – 19 с.

355. Осакве К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность и ограничения / К. Осакве // Журнал российского права. – 2006. – № 7. – С. 84–93.

356. Осакве К. Сравнительное правоведение: схематический комментарий / К. Осакве. – М. : Юристъ, 2008. – 830 с.

357. Павленко Д. Г. Принцип добросовісності в договірних зобов'язаннях : дис. … канд. юрид. наук / Д. Г. Павленко. – К., 2008. – 193 с.

358. Папкова А. О. Усмотрение суда / А. О. Папкова. – М. : Статут, 2005. – 413 с.

358-1. Пендюра М.М. Теорія держави і права: навчальний посібник /М.М. Пендюра. – К.: ФОП О.С. Ліпкан, 2013. – 304 с.

359. Петражицкий Л. И. Права добросовестного владельца на доходы с точки зрения догмы и политики гражданского права / Л. И. Петражицкий. – М. : Статут, 2002. – 424 с.

360. Планиоль М. Курс французского гражданского права / М. Планиоль ; пер. с франц. В. Ю. Гартмана. – Петроков : Издание Типографии С. Панского, 1911. – Ч. 1 : Теория об обязательствах. – 1010 с.

361. Погребняк С. Загальні принципи права як джерело права / С. Погребняк // Вісник академії правових наук України. – 2011. – № 1. – С. 14–25.

362. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук / С. О. Погрібний. – К., 2009. – 36 с.

363. Подшивалов Т. П. Преддоговорная ответственность и совершенствование гражданского законодательства / Т. П. Подшивалов // Право и экономика. – 2010. – № 9. – С. 35–38.

364. Покровская А. Б. Соглашение о праве, применимом к частно-правовым отношениям, осложненным иностарнным элементом : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / А. Б. Покровская. – М., 2006. – 29 с.

365. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М. : Статут, 1998. – 353 с.

366. Попко В. В. Уніфікація норм міжнародного приватного права в рамках Гаазької конференції / В. В. Попко. – К. : Київський ун-т, 2007. – 358 с.

367. Попова А. В. Принцип добросовестности в международном коммерческом обороте : Законодательство и судебная практика Российской Федерации и стран-членов Европейского Союза : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / А. В. Попова. – К., 2005. – 26 с.

367-1. Постатейный научно-практический комментарий части третьей Гражданского Кодекса РФ / под общю ред. А. М. Эрделевского. – М. : Агентство БРГ, 2001.

368. Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Конвенции Организации Объдененных Наций о договорах международной купли-продажи товаров // Конвенция Организации Объдененных Наций о договорах международной купли-продажи товаров. – Нью-Йорк : ООН, 2010. – С. 37–48.

369. Предлагаемая Сводная конвенция о труде в морском судоходстве. Доклад I (1B). Международная конференция труда, 94-я (морская) сессия. – Женева : Международное бюро труда, 2006. – 108 с.

370. Примак В. Д. Вина і добросовісність у цивільному праві (теорія, законодавство, судова практика) : монографія / В. Д. Примак. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 432 с.

371. Притика Ю. Д. Міжнародний комерційний арбітраж: Питання теорії та практики : монографія / Ю. Д. Притика. – К. : Ін Юре, 2005 . – 516 с.

372. Проблемы теории государства и права : учеб. пособ. / под ред. М. Н. Марченко. – М. : Юристь, 2001. – 656 с.

373. Пугинский Б. И. О норме права / Б. И. Пугинский // Вестник МГУ. Серия 11. Право. – 1995. – № 5. – С. 23–31.

374. Пшеничнюк Д. В. Колізійний принцип тісного зв'язку у міжнародному приватному праві : автореф. дис. на здобуття наук. ступенч канд. юрид. наук / Д. В. Пшеничнюк. – К., 2011. – 23 с.

375. Пьянов Н. А. Консультации по теории государства и права. Тема: «Правовое регулирование и его механизм» / Н. А. Пьянов // Сиб. юрид. вестн. — 2003. — № 1. — С. 3–7.

376. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. / П. М. Рабінович. – К. : Атіка. – 2001. – 176 с.

377. Ренненкампф Н. К. Юридическая энциклопедия / Н. К. Ренненкампф // Філософія та енциклопедія права в Університеті Святого Володимира : в 2 кн. / за ред. докт. юрид. наук, проф. І. С. Гриценка. – К. : Либідь, 2011. – Кн. 1. – С. 315–435.

378. Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров / М. Г. Розенберг. – М. : Книжный мир, 2003. – 1072 с.

379. Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России [Електронний ресурс] / Ю. В. Романцев. – М. : Юрист, 2001. – Режим доступу : http://www.pravo.vuzlib.org/book_z996_page_9.html.

380. Романюк Я. М. Коментар постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними». Практика розгляду Верховним Судом України цивільних справ про визнання правочинів недійсними / Я. М. Романюк. – К. : Істина, 2012. – 222 с.

381. Руденко О. В. Уніфікація міжнародного приватного права у ЄС : дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Руденко. – К., 2007. – 173 с.

382. Саватье Р. Теория обязательств : юрид. и экон. Очерк / Р. Саватье. – М. : Прогресс, 1972. – 440 с.

383. Сарбаш С. В. Исполнение договорного обязательства / С. В. Сарбаш. – М. : Статут. – 2005. – 636 с.

384. Сарбаш С. В. Исполнение обязательств / С. В. Сарбаш // Хозяйство и право. – 2009. – № 3. – С. 24–49.

385. Свердлык Г. А. Принципы советского гражданского права / Г. А. Свердлык. – Красноярск : Изд-во Краснояр. гос. ун-та, 1985. – 200 с.

386. Сидоркин А. С. Принципы права: понятие и реализация в российском законодательстве и судебной практике : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук / А. С. Сидоркин. – М., 2010. – 26 с.

387. Сидоркин А. С. Принципы права: понятие и реализация в российском законодательстве и судебной практике : дис. … канд. юрид. наук / А. С. Сидоркин. – М., 2010. – 206 с.

387-1. Скакун О.Ф. Теория государства и права: Учебник /Скакун О.Ф. – Х.: Консум, 2000. – 704 с.

388. Скловский К. И. Проблемы собственности и владения в гражданском праве России : дис. … докт. юрид. наук / К. И. Скловский. – М., 1999. – 535 с.

389. Слипанчук Т. В. Арбитражное соглашение: современные проблемы и тенденции / Т. В. Слипанчук // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения : сб. статей / под ред. А. С. Комарова. – М. : Статут, 2007. – С. 420–432.

390. Сліпанчук Т. Хто і як визначає право, що застосовується до арібражної угоди, або … знову про головне [Електронний ресурс] / Т. Сліпанчук. // Юридичний журнал. – 2011. – № 2. – Режим доступу : http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3650.

391. Смітюх А. В. Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА та Lex Mercatoria в контексті міжнародного приватного права : дис. … канд. юрид. наук / А. Смітюх. – О., 2004. – 216 с.

392. Сніжко М. Перспективи і наслідки підписання Україною Конвенції про угоди про вибір суду. 05 вересня 2012 [Електронний ресурс] / М. Сніжко. – Юридичний портал pravotoday. in. Ua. – Режим доступу : http://pravotoday.in.ua/ru/press-centre/publications/pub-803/.

393. Соловьев В. С. Оправдание добра / В. С. Соловьев. – М. : Республика, 1996. – 476 с.

394. Соловьев В. Принцип в метафизике / В. Соловьев // Энциклопедический словарь. – СПб. : Идз. Брокгауз Ф. А., Ефрон И. А., 1898. – Т. XXV. – С. 238.

395. Справочник ЮНСИТРАЛ. Основные факты о Комиссии Организации Объедененных Наций по праву международной торговли. – Вена : Издание ООН, 2007. – 59 с.

396. Суменков С. Ю. Исключения в правовой жизни: объективная и субъективная природа / С. Ю. Суменков // Актуальные проблемы российской правовой жизни : матер. «круглого стола» / под ред. Малько А. В. – Самара : МГПУ, 2006. – С. 104–111.

397. Суменков С. Ю. Принципы права и исключения в праве: аспекты соотношения / С. Ю. Суменков // Государство и право. – 2009. – № 5. – С. 23–30.

398. Старчук О. В. Щодо поняття принципів права / О. В. Старчук // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – С. 40–43.

399. Статус текстов UNCITRAL [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

400. Стрекалева А. А. Добросовестность: понятие и применение в гражданском праве / А. А. Стрекалева // Молодой ученый. — 2012. — № 1. – Т. 2. — С. 43–46.

401. Талалаев А. Н. Общепризнанные принципы и нормы международного права (конституционное закрепление термина) / А. Н. Талалаев // Вестник МГУ. Серия 11. Право. – 1997. – № 3. – С. 66–74.

402. Тельгарин Р. О свободе заключения гражданско-правовых договоров в сфере предпринимательства [Електронний ресурс] / Р. Тельгарин // Рос. юстиция. – 1997. – № 1. — Режим доступу : http://www.juristlib.ru/book_346.html.

402-1. Теорія держави і права. Академічний курс: Підручник/ За ред. О.В. Зайчука, Н.М. Оніщенко. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – 688 с.

403. Тимохов Ю. А. Иностранное право в судебной практике / Ю. А. Тимохов. – М. : Wolters Kluwer Russia, 2004. – 176 с.

403-1. Ткаченко А. А. Понятие и система принципов гражданского права [Електронний ресурс] // Научный журнал КубГАУ. – 2012. – № 84(10). – Режим доступу : http://ej.kubagro.ru/2012/10/pdf/10.pdf.

404. Тобота Ю. А. Щодо поняття принципу справедливості, добросовісності та розумності у цивільному праві / Ю. А. Тобота // Вісник господарського судочинства. – 2011. – № 4. – С. 149–157.

405. Толстых В. Л. Международное частное право: коллизионное регулирование / В. Л. Толстых. – СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – 524 с.

406. Ушаков Д. Н. Толковый словарь современного русского языка / Д. Н. Ушаков. – М. : Альма-Принт, 2007. – VII, 1239 с.

407. Фединяк Л. С. Підсудність цивільних справ з «іноземним елементом»: доктрина, законодавство та правозастосовча практика / Л. С. Фединяк. – Л. : Світ, 1998. – 47 с.

408. Філіп'єв А. О. Вибір права та його обмеження в джерелах міжнародного приватного права ЄС та України: порівняльно-правовий аналіз / А. О. Філіп'єв // Адвокат. – 2012. – № 9. – С. 23–28.

409. Хайрулин В. И. Справедливость как комплексная ценность / В. И. Хайрулин // Государство и право. – 2010. – № 3. – С. 100–103.

410. Халфина Р. О. Договор в английском гражданском праве / Р. О. Халфина. – М. : Изд-во АН СССР, 1959. – 162 с.

411. Харитонов Є. О. Цивільне право України : підручник / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. – К. : Істина, 2003. – 776 с.

412. Ходыкин Р. М. Критерий наиболее тесной связи в международном частном праве [Електронний ресурс] / Р. М. Ходыкин. – Режим доступу : www.mzs.ru/_data/vmzs/0000498/file.pdf.

413. Ходыкин Р. М. Принципы и факторы формирования содержания коллизионных норм в международном частном права : дис. … канд. юрид. наук / Р. М. Ходыкин. – М., 2005. – 248 с.

414. Ходыкин Р. М. Пророгационные условия внешнеэкономических сделок / Р. М. Ходыкин // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2002. – № 6. – С. 133–140.

415. Хожукова И. М. Доктрина добрых нравов и публичного порядка (по материалам британской практики) / И. М. Хожукова // Правоведение. – 2010. – № 5. – С. 238–244.

416. Хропанюк В. Н. Теория государства и права / В. Н. Хропанюк. – М. : Дабахов, Ткачев, Димов, 1995. – 384 с.

416-1. Худякова С.С., Собянина М.Д. О принципах правового регулирования отношений по содействию занятости и социальной защите // Вестник Пермского университета. Юридические науки. – 2009. № 1(3). – С.115 – 120.

417. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц ; пер. с нем. – М. : Междунар. отношения, 1998. – Т. 1 : Основы. – 480 с.

418. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц ; пер. с нем. – М. : Междунар. отношения, 1998. – Т. 2 : Основы. – 512 с.

419. Цірат Г. А. Міжнародний цивільний процес: сучасний стан та перспективи міжнародно-правової уніфікації / Г. А. Цірат. – Х. : Вид-во Іванченка І. С., 2013. – 482 с.

420. Цой В. Правовая природа соглашения о подсудности / В. Цой //Арбитражный и гражданский процесс. – 2011. – № 3. – С. 16–20.

421. Черданцев А. Ф. Толкование права и договора : учеб. пособ. / А. Ф. Чернадцев. – М. : Юнити-Дана, 2003. – 381 с.

422. Чернов С. А. Начала Философии / С. А. Чернов. – СПб. : СПбГУТ, 2002. – Ч. 1. – 172 с.

423. Черняк Ю. В. Інститут підсудності в міжнародному приватному праві країн Європейського Союзу та України : дис. … канд. юрид. наук / Ю. В. Черняк. – К., 2006. – 190 с.

424. Шак Х. Международное гражданское процессуальное право : учебник / Х. Шак ; пер. с нем. – М. : БЕК, 2001. – 560 с.

425. Шаркова І. В. Принцип добросовісності (bona fides) у римському приватному праві та його рецепція в цивільне законодавство України : Автореф. дис. … канд. юрид. наук / І. В. Шаркова. – К., 2011. – 20 с.

426. Шапп Я. Система германского гражданского права : учебник / Я. Шапп ; пер. с нем. – М. : Международные отношения, 2006. – 357 с.

427. Шимон С. І. Принцип моральності в цивільному праві / С. І. Шимон // Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. – К. : Юрінком Інтер, 2010. – С. 82–90.

428. Щенникова Л. В. Добрые нравы как категория гражданского права / Л. В. Щенникова // Нотариальный вестник. – 2012. – № 3. – С. 56–62.

428-1. Щокина О.О. Правовий звичай міжнародної торгівлі як джерело міжнародного приватного права: Дис. … канд. юрид. наук /О.О. Щокина. – Х., 2005. –198 с.

429. Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права : Введение и общая часть / Л. Эннекцерус ; пер. с нем. – М. : Изд-во иностр. лит., 1950. – Т. 1. Полутом 1. – 436 с.

430. Academy of European Private Lawyers [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.accademiagiusprivatistieuropei.it.

431. Adams K. Reasonableness and Good Faith in Contracts [Електронний ресурс] / K. Adams // On contract drafting. – Режим доступу : http://www.adamsdrafting.com/reasonableness-and-good-faith-in-contracts.

432. Amtoniolli L. The Principles of European Contract Law and Italian Law. A Commentary / L. Amtoniolli, A. Veneziano. – The Hague : Kluwer Law International, 2005. – 520 p.

433. Andrews N. Contract Law / N. Andrews. – Cambridge : Cambridge University Press, 2011. – 796 p.

434. Ar. Gör. Şeyda Dursun. A Critical Examination of the Role of Party Autonomy in International Commercial arbitration and an assessment of its Role and Extent [Електронний ресурс] / Ar. Gör. Şeyda Dursun. – Режим доступу : http://www.yalova.edu.tr/Files/UserFiles/83/8_Dursun.pdf.

435. Base CMR UNIDROIT-IDIT : Court Cases [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.idit.asso.fr/_private/moteur_cmr/jurisprudence/expert22.php.

436. Basic Law for the Federal Republic of Germany [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf.

437. Beale H. General clauses and specific rules in the Principles of European Contract Law: the "Good Faith" clause / H. Beale // General Clauses and Standards in European Contract Law / S. Grundmann & D. Mazeaud (eds). – The Hague : Kluwer Law International, 2006. – P. 205–218.

438. Berger K. P. The Creeping Codification of the Lex Mercatoria / K. P. Berger. – The Hague, London, Boston : Kluwer Law International, 1999. – 376 p.

439. Berger K. P. The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria 2nd. Revised Edition / K. P. Berger. – The Netherlands : Kluwer Law International. – 2010. – 422 p.

440. Berger K. P. Transnational Commercial Law in the Age of Globalization [Електронний ресурс] / K. P. Berger. – Roma (March 2001). – Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/berger1.html#ii.

441. Bhala R. Applying Equilibrium Theory and the FICAS Model: A Case Study of Capital Adequacy and Currency Trading / R. Bhala // Saint Louis University Law Journal. – 1996. – Vol. 41. – P. 125–266.

442. Boldeman Dr. L. The Doctrine of Freedom of Contracts / Dr. L. Boldeman // The Cult of the Market. Economic Fundamentalism and its Discontents. – Canberra : ANU E Press, 2007. – P. 245–268.

443. Bonell M. J. An International Restatement of Contract Law / M. J. Bonell. – New York : Transnational Pulishers, Inc., 2005. – 691 p.

444. Bonell M. J. Article 1.4 (Mandatory Rules). Revised Comments [Електронний ресурс] / M. J. Bonell // UNIDROIT 2010 / Study L – Doc. 115. — Режим доступу : http://www.unidroit.org/english/documents/2010/study50/s-50-115-e.pdf.

445. Brödermann E. The Impact of the UNIDROIT Principles on International Contract and Arbitration Practice –the Experience of a German Lawyer / E. Brödermann // Uniform Law Review. – 2011. – 3. – NS. – Vol. XVI. – P. 589–612.

446. Bucher E. Law of Contracts / E. Bucher // Introduction to Swiss Law / Edited by F. Dessemontet and T. Ansay. – 3-rd Revised Edition. – The Hague : Kluwer/Schulthess, 2004. – P. 103–123.

447. Cañellas A. M. The scope of article 44 CIGS [Електронний ресурс] / A. M. Cañellas. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Canellas.pdf.

448. Carlquist H. Party Autonomy and the Choice of Substantive Law in International Commercial Arbitration / H. Carlquist ; School of Business, Economics and Law. – Master Thesis GÖTEBORG UNIVERSITY, 2006. – 45 p.

449. Central List of Lex Mercatoria Principles, Rules and Standards [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://tlbd.uni-Koeln.de/php/pub_show_toc.php.

450. Cheng B. General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals / B. Cheng. – Cambridge : Cambridge University Press, 1994. – 490 p.

451. Cherednychenko O. The Constituonalization on Contract Law: Something New under the Sun? [Електронний ресурс] / O. Cherednychenko // Electronic Journal of Comparative Law. – 2004. – Vol. 8.1. – Режим доступу : http://www.ejcl.org/81/art81-3.html.

452. CISG-Advisory Council Opinion no1. Electronic Communications under CISG [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op1.html.

453. CISG-AC Opinion no 4, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG), 24 October 2004. Rapporteur: Professor Pilar Perales Viscasillas, Universidad Carlos III de Madrid [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html.

454. Collins H. Civil society and political union. Cambridge University Press, 2012 [Електронний ресурс] / H. Collins. – LSE Research Online. – Режим доступу : http://eprints.lse.ac.uk/23446.

455. Comité Maritime International [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.comitemaritime.org/Home/0,271,1132,00.html.

456. Daci J. Legal Principles, Legal Values and Legal Norms: are they the same or different? / J. Daci // Academicus. – 2010. – Issue 2. – P. 109–115.

457. David R. The Methods of Unification / R. David // American Journal of Comparative Law. – 1968. – Vol. 16. N 1–2. – P. 13–27.

458. Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries. Reports of the Commission to the General Assembly // Yearbook of the International Law Commission. – 1966. – Vol. II. – 1966. – 274 p.

459. Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)(COM(2005)0650 – C6-0441/2005 – 2005/0261(COD)) Committee on Legal Affairs [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&mode=XML&language=EN&reference=PE374.427.

460. Eiselen S. Electronic commerce and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980 [Електронний ресурс] / S. Eiselen. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eiselen1.html.

461. Enderlein F. Article 9 [Usages and established practices] [Електронний ресурс] / F. Enderlein, D. Maskow. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein-art09.html#art099a.

462. Enderlein F. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods Commentary [Електронний ресурс] / F. Enderlein, D. Maskow. – Oceana Publications, 1992. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html.

463. European Contract Code (English Version) (Book 1) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.accademiagiusprivatistieuropei.it.

464. European Contract Code (English Version) (Book 2) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.accademiagiusprivatistieuropei.it.

465. Feichtinger J. Comparative study of «Residental Jurisdiction» in civil an and commercial disputes in the EU National Report for Austria / J. Feichtinger & K. Lehner. – Wien : CHSH, 1010. – 20 p.

466. Finazzi Agrò E. The Impact of the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution in Figures / Agrò E. Finazzi // Uniform Law Review. – 2011. – 3. – NS. – Vol. XVI. – P. 719–733.

467. Gabauer M. Lis Pendens, Negative Declaratory-Judgment Actions and the First-in-Time Principle / M. Gabauer // Conflict of Laws in a Globalized World / edited by Gottschalk E., Michaels R., Rühl G., Von Hein Jan. – Cambridge : Cambridge Universtiy Press, 2007. – P. 89–100.

468. Garro A. M. Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Pace Law School Institute of International Commercial Law [Електронний ресурс] / A. M. Garro. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/garro1.html.

469. Gayaneh Melkom Melkomian. Choice of Non-state Law in International Commercial Contracts [Електронний ресурс] / Gayaneh Melkom Melkomian. – International Business Law, CMPL 604, Research Essay, Winter 2010. – 16 p. – Режим доступу : http://www.yumpu.com/en/document/view/11508589/choice-of-non-state-law-in-international-commercial-contracts-.

470. Giuliano M. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations [Електронний ресурс] / M. Giuliano, P. Lagarde. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01) :EN:HTML.

471. Goldman B. The Applicable Law : General Principles of Law – Lex Mercatoria / B. Goldman // Contemporary Problems of International Arbitration / ed. by Julian D. M. Lew. – Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1987. – P. 113–125.

472. Goldman F. G. On International Commercial Arbitration / F. G. Goldman. – The Hague : Kluwer Law International, 1999. – 1280 p.

473. Grosheide E. W. Section 1: Scope of the Principles. Art. 1:101-107 / E. W. Grosheide // The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary / ed. by D. Bush. – P. 29–46.

474. Grundmann S. Information, party autonomy and economic agents in European contract law / S. Grundmann // Common Market Law Review. – 2002. – Vol. 39. Issue 2. – P. 269–293.

475. Guedji T. Theory of the Lois de Police, a Functional Trend in Continental Private International Law a Comparative Analysis with Modern American Theories / T. Guedji // American Journal of Comparative Law. – 1991. – Vol. 39. – P. 661–697.

476. Hage-Chahine N. Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation / N. Hage-Chahine // Northwestern Journal of International Law and Business. – 2012. – Vol. 32. Issue 3. – P. 451–540.

477. Hannah Harris. Contractual Interpretation: the "Five Canons". Cripps link. The Information Network For legal Professionals [Електронний ресурс] / Harris Hannah – Режим доступу : http://www.crippslink.com/index.php?option=com_ content&id=1176:contractual-interpretation-the-qfive-canonsq&Itemid=537.

478. Hartley T. Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements. Explanatory Report [Електронний ресурс] / Hartley T. & Dogauchi M. ; edited by the Permanent Bureau of the Conference, 2007. – Режим доступу : http://www.hcch.net/upload/expl37e.pdf.

479. Hayman M. Contract Drafting Problems in the Light of the Lugano Convention. Current EC Legal Developments Series – The Lugano and San Sebastian Convention / M. Hayman. – London : Butterworths, 1990. – 212 p.

480. Hermalin B. E. The Law and Economics of Contracts. Handbook of Law and Economics, Forthcoming [Електронний ресурс] / B. E. Hermalin, A. W. Katz, R. Craswell. – Columbia Law and Economics Working Paper No. 296. – Режим доступу : http://ssrn.com/abstract=907678.

481. Hess B. Report of the Study on the Application of Regulation Brussels I in the Member States / B. Hess, T. Pfeiffer, P. Schlosser. – Study JLS/C4/2005/03. – Heidelberg : Ruprecht-Karls-Universität, 2007. – 405 p.

482. Hesselink M. W. Constitutional Aspects of European Private Law / M. W. Hesselink, C. Mak, J.W. Rutgers. – Amsterdam : Centre for the Study of European Contract Law, 2009. – 146 p.

483. Hesselink M. W. Good faith in European Private Law (English summary) [Електронний ресурс] / M. W. Hesselink. – Режим доступу : http://www.trans-lex.org/131300.

484. Hesselink M. W. The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law / M. W. Hesselink // Tulane Law Review. – Vol. 84. – No 4. – P. 919–971.

485. Hesselink M. W. If you don't like our principles we have others. On core values and underlying principles in European private law: a critical discussion of the new 'Principles' section in the draft CFR. Paper presented at the conference 'The foundations of European private law', held 27–29 September 2009, at the European University Institute in Florence [Електронний ресурс] / M. W. Hesselink. – Режим доступу : http://ssrn.com/abstract=1514449.

486. Hesselink M. W. The Concept of Good faith / M. W. Hesselink // Towards a European Civil Code. – The Hague : Kluwer Law International, 2011. – P. 619–649.

487. Horatia Muir Watt. "Party Autonomy" in international contracts: from the makings of a myth to the requirements of global governance [Електронний ресурс] / Horatia Muir Watt. – Режим доступу : http://www.columbia.edu/cu/alliance/Papers/Article_Horatia-Muir-Watt.pdf.

488. Joint network of European Private Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.copecl.org.

489. Kegel G. Other types of conflict rules / G. Kegel // International Encyclopedia of Comparative Law. – V. III. Private international Law. Chapter I. Introduction / Chief Editor K. Lipstein. – Dordreht : Martinus Nijhoff Publishers, 1985 – P. 14–20.

490. Keily T. Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) [Електронний ресурс] / T. Keily. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/keily.html#N_62_.

491. Kirchner S. Transnational Law and the Choice-of-Law Competence of Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration. (2007) online: SSRN [Електронний ресурс] / S. Kirchner. – Режим доступу : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=988677.

492. Klein J. Good faith in international transactions [Електронний ресурс] / J. Klein // Pace Law School Institute of International Commercial Law. Electronic library on International Commercial Law and CISG. – Режим доступу: http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/Klein.html.

493. Komarov A. S. Internationality, Uniformity and Observance of Good Faith as Criteria in Interpretation of CISG: Some Remarks on Article 7 (1) // Journal of Law and Commerce / A. S. Komarov. – 2005-06. – Vol. 25:75. – P. 75–85.

494. Kornet N. Contracting in China: Comparative Observations on Freedom of Contract, Contract, Formation, Battle of Forms and Standard Form Contracts / N. Kornet // Electronic Journal of Comparative Law. – 2010. – Vol. 14.1. – P. 7–12.

495. Kramer T. Primary and Secondary Sources of EU Law. Practical analysis of EU legal instruments / T. Kramer. – Luxembourg : European Centre for Judges and Lawyers, EIPA, 2011. – 28 p.

496. Kritzer A. H. Reasonableness [Електронний ресурс] / A. H. Kritzer. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/reason.html#vilus.

497. Kuipers J-J. Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice / J-J. Kuipers // German Law Journal. –2009. – Vol. 10. – No. 11. – P. 1505–1524.

498. Kull I. Principle of Good faith and Constitutional Values in Contract Law / I. Kull // Juridica International. – 2002. – VII. – P. 142–148.

499. Lando O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration // International Comparative Law Quarterly / O. Lando. – 1985. – Vol. 34. Issue 04. – P. 747–768.

500. Lando O. Some features of the Law of Contract in the Third Millennium / O. Lando // Scandinavian studies in law. – 2000. – No 40. – P. 343–402.

501. Lando O. Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-Performance and Remedies / O. Lando, H. Beale. – Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1995. – 235 p.

502. Lando O. Principles of European Contract Law, Parts I and II / O. Lando, H. Beale. – The Hague : Kluwer Law Inrenational, 2000. – 561 p.

503. Lando O. Principles of European Contract Law, Part III / O. Lando, E. Clive, A. Prum, R. Zimmerman. – The Hague : Kluwer Law Inrenational, 2003. – 291 p.

504. Legrand P. Against a European Civil Code / P. Legrand // The Modern Law Review. – 1997. – № 60. – P. 44–63.

505. Lowenfeld A. F. Lex Mercatoria: An Arbitrator's View, Arb.Int'l 1990 [Електронний ресурс] / A. F. Lowenfeld. – P. 144–145. – Режим доступу : http://www.trans-lex.org/126000.

506. Magnus U. Remarks on good faith [Електронний ресурс] // Pace Law School Institute of International Commercial Law. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni7.html.

507. Magnus U., Haberfellner L. General Principles of UN-Sales Law [Електронний ресурс] / U. Magnus, L. Haberfellner. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html.

508. Mak C. Fundamental Rights in European Contract Law. A comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England / C. Mak. – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008. – 364 p.

509. Manriruzzaman Abul F. M. The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration? / Manriruzzaman Abul F. M. // American University International Law Review. – 1999. – Vol. 14. Issue 3. – P. 658–734.

510. Merret L. Conflict of Laws Lectures / L. Merret. – Trinity College. – 2012. – 24 p.

511. Michaels R. Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions / R. Michaels //Conflict of Laws in a Globalized World / Edited by Gottschalk E., Michaels R., Rühl G., Von Hein Jan. – Cambridge : Cambridge Universtiy Press 2007. – P. 29–62.

512. Michaels R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State / R. Michaels // Indiana Journal of Global Legal Studies. – 2007. – Vol. 14. No 2. – P. 447–468.

513. Model Contracts and Clauses [Електронний ресурс] // International Chamber of Commerce: ICC. – Режим доступу : http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/model-contracts-and-clauses.

514. Mullenix L. S. Another Choice of Forum, Another Choice of Law: Consensual Adjudicatory Procedure in Federal Court / L. S. Mullenix // Fordham Law Review. – 1988. – Volum 57. – Issue 3. – P. 291–273.

515. Munukka J. Harmonisation of Contract Law: in Search of a Solution to the Good Faith Problem [Електронний ресурс] / J. Munukka. – Режим доступу : http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:429638/FULLTEXT01.

516. Mustill M. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years / M. Mustill // Arbitration International. – 1988. – Vol. 4. Issue 2. – P. 86–119.

517. Musy A. M. The Good faith principle in Contract law and precontracual duty to disclose: comparative analysis of new differences in legal cultures / A. M. Musy // Global Jurist Advances. – 2001. – Vol. 1, Issue 1. – P. 1535–1661.

518. Note, General Principles of Law in International Commercial Arbitration, 101 Harv.L.Rev. 1987/88, at 1816 et seq [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.trans-lex.org/127400.

519. Oxford Dictionary [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://oxforddictionaries.com/definition/english/principle.

520. Policy commissions [Електронний ресурс] // International Chamber of Commerce: ICC. – Режим доступу : http://www.iccwbo.org/about-icc/policy-commissions.

521. Polten E. P., Pötzlberger F., Klünspies D. A Survey of Canadian and German Contract Law. 2011 [Електронний ресурс] / E. P. Polten, F. Pötzlberger, D. Klünspies. – Режим доступу : http://www.poltenassociates.com/Resource-Links/ContractLaw-English.pdf.

522. Project Group «Restatement of European Insurance Contract Law». Draft Common Frame of Reference. Chapter III, Section IX. Insurance Contract [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.restatement.info.

523. Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/pdfs/Proposals%20for%20Reform%20of%20the%20Law%20of%20Obligations%20and%20the%20Law.pdf.

524. Pryles M. Limits to Party Autonomy in Arbitral procedure, 2008 [Електронний ресурс] / M. Pryles. – Режим доступу : http://www.arbitration-icca.org/media/0/12223895489410/limits_to_party_autonomy_in_international_commercial_arbitration.pdf.

525. Ramberg J. ICC Guide to Incoterms 2010 / J. Ramberg. – ICC Publication No. 720, 2011. – 180 p.

526. Reforming the French Law of Obligation. Comparative Reflections on the Avant-project de reforme du droit des obligations et de la prescription / Edited by J. Cartwright, S. Vogenauer, S. Whittaker. – Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2009. – 930 p.

527. Report on the Rule of Law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2011)003rev-e.aspx.

528. Rubino-Sammartano M. International Commercial Arbitration: Law and Practice / M. Rubino-Sammartano. – The Hague : Kluwer Law International, 2001. – 1058 p.

529. Rühl G. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency / G. Rühl. – 2007. – CLPE Research Paper 4/2007. – Vol. 03. No. 01. – 45 p.

530. Sajko K. On Arbitrability in Comparative Arbitration – an Outline / K. Sajko // Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. – 2010. – Vol. 60. – No. 5. – P. 961–969.

531. Schlehtriem P. Uniform Sales Law – The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html.

532. Schlechtriem P. UN law on International Sales: the UN Convention on the International Sale of Goods / P. Schlechtriem, P. Butler. – Berlin Heidelberg : Springer-Verlag, 2009. – 351 p.

533. Schmitthoff C. M. Selected Essays on International Trade Law / C. M. Schmitthoff ; ed. by Cheng Chia-Jui. – Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1988. – 802 p.

534. Schreuer C. The ICSID Convention: a Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States / C. Schreuer. – Cambridge : Cambridge University Press, 2001. – 1466 p.

535. Senden L. Soft Law in European Community Law / L. Senden. – Portland, Hart Publishing, 2004. – 533 p.

536. Sheehy B. C. Good Faith in the CISG: Interpretation Problems in Article 7. University of Newcastle. The Berkeley Electronic Press (bepress), 2004 [Електронний ресурс] / B. C. Sheehy. – Режим доступу : http://law.bepress.com/expresso/eps/339.

537. Shore L. Defining ‘Arbitrability’ [Електронний ресурс] / L. Shore // New York Law Journal. – 15 June 2009. – Режим доступу : http://www.gibsondunn.com/publications/Documents/Shore-DefiningArbitrability.pdf .

538. Sim D. The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods. LLM thesis at Harvard Law School [Електронний ресурс] / D. Sim. – Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/sim1.html.

539. Sources of EU Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/ireland/about_the_eu/legal_information_and_eu_law/sources_eu_law/index_en.htm#4.

540. Stathopoulos M. Contract Law in Greece / M. Stathopoulos. – Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International BV, 2009. – 266 p.

541. Stein P. Legal Values in Western Society [Електронний ресурс] / P. Stein, J. Shand. – Режим доступу : http://law.hku.hk/lawgovtsociety/stein.pdf.

542. Symeonides S. C. Party Autonomy in Rome I and II. From a comparative perspective / S. C. Symeonides // Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr / K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger, S. Symeonides (eds.). –The Hague : Eleven International Publishing, 2010. – P. 513–550.

543. Symeonides S. C. Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: the Lex Mercatoria that Isn’t. (2006) online: SSRN [Електронний ресурс] / S. C. Symeonides. – Режим доступу : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=946007.

544. The Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française and the Société de législation comparée, Fauvarque-Cosson B., Mazeaud D. Guiding Principles of European Contract Law [Електронний ресурс] // European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference. – Режим доступу : http://www.legiscompare.fr/site-web/IMG/pdf/19._Guiding_Principles.pdf.

545. The Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française and the Société de législation comparée, Fauvarque-Cosson B., Mazeaud D. Good Faith [Електронний ресурс] // European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference. – Режим доступу : http://www.legiscompare.fr/site-web/IMG/pdf/13._CH_5_Good_faith.pdf.

546. The Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française and the Société de législation comparée, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Denis Mazeaud. European Contract Law.

Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules. – Munich: Sellier european law publishers, 2008. – 614 p.

547. The Autonomy of the Parties in International Contracts between private persons or Entities. The Institute of International Law [Електронний ресурс]. – IDI. Institute De Droit International. – Режим доступу : http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1991_bal_02_en.PDF.

548. The Law Commision. Privity of Contract: Contracts for the benefit of third parties [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc242_privity_of_contract_for_the_benefit_of_third_parties.pdf.

549. The merchants of peace // International Chamber of Commerce: ICC [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.iccwbo.org/about-icc/history.

550. Thiele C. The Hague Convention on Choice-of-Court Agreements: Was It Worth the Effort? / C. Thiele // Conflict of Laws in a Globalized World / edited by Gottschalk E., Michaels R., Rühl G., Von Hein Jan. – Cambridge : Cambridge Universtiy Press, 2007. – P. 63–88.

551. Unification of the Law of international trade: note by the Secretariat. Official Records of the General Assembly, Twentieth Session, Annexes, agenda item 92, document A/C. 6/L. 572 // Yearbookof the United Nations Commision on International Trade Law. – 1970. – V. I. – P. 13–17.

552. UNILEX [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276.

553. United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Viena, 10 March-11 April 1980. Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Commitees. – New York : United Nations, 1991. – 487 p.

554. Van den Berg A. J. The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation / A. J. Van den Berg. – Deventer : Kluwer Law and Taxation, 1981. – 480 p.

555. Van Lith H. International Jurisdiction and Commercial Litigation. Uniform Rules for Contract Disputes. – The Hague : T.M.C. Asser Press, 2009. – 606 p.

556. Voigt C. The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law / C. Voigt // Retfærd argang. – 2008. – NR. 2/121. – P. 3–23.

557. Von Bar Ch. The underlying priniciples of freedom, security, justice and efficience [Електронний ресурс] / Ch. Von Bar, H. Beale, E. Clive, H. Schulte-Nolke. – Режим доступу : ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.

558. Whittaker S. Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape / S. Whittaker, R. Zimmermann // Good faith in European Contract Law. – Cambrige : Cambrige University Press, 2000. – P. 7–62.

559. Working with international organisations. ICC [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.iccwbo.org/global-influence/international-organizations.

560. Yovel J. Israeli Contract Law: an Overview [Електронний ресурс] / J. Yovel // The International Contract Manual, 2013. – Social Science Research Network. – Режим доступу : http://ssrn.com/abstract=1139775.

561. Zeller B. Four Corners –The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods [Електронний ресурс] / B. Zeller. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.htmlhttp://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html.

562. Zeller B. Good Faith – The Scarlet Pimpernel of the CISG, May 2000 [Електронний ресурс] / B. Zeller. – Режим доступу : http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller2.html.

563. Zimmermann R. The New German Law of Obligations (Historical and Comparative Perspectives) / R. Zimmermann. – New York : Oxford University Press Inc., 2005. – 235 p.

Матеріали судової та арбітражної практики

564. Лист Вищого Спеціалізованого Суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом» від 16 травня 2013 року № 24-754/0/4-13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v-754740-13.

565. Определение Высшего арбитражного суда Российской Федерации № ВАС-11307/09 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://kad.arbitr.ru.

566. Постановление Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации № 10473/11 от 11 декабря 2011 г. // Официальный сайт Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – Режим доступу : http://www.arbitr.ru.

567. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 року № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнаня правочинів недійсними» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09.

568. Правовий висновок Верховного Суду України у справі про надання дозволу на примусове виконання на території України рішення іноземного суду від 01 липня 2013 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1E6A84390FB4D5D1C2257B9C003CBA27?OpenDocument&year=2013&month=07.

569. Правовий висновок Верховного Суду України у спорі про визнання правочину недійсним як такого, що здійснений з використанням нечесної підприємницької практики від 11 вересня 2013 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/24A556120C8E367DC2257BE3004BC889?OpenDocument&year=2013&month=09&.

570. Рішення Апеляційного суду Полтавської області від 23 листопада 2011 року, справа № 22ц-3904/11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21285486.

571. Роз'яснення Президії Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики розгляду справ за участю іноземних підприємств і організацій» від 31 травня 2002 року № 04-5/608 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v_608600-02.

572. Ухвала Апеляційного суду Закарпатської області від 27 вересня 2012 року, справа № 712/2-5391/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/26305403.

573. Узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів від 01 січня 2009 року. [Електронний ресурс] / Вищий господарський суд України. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/n0001600-09

574. Ухвала Апеляційного суду Миколаївської області від 10 жовтня 2012 року, справа № 1490/4193/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27823305.

575. Amtsgericht Duisburg [Електронний ресурс]. – № 49. C 502/00. – 13.04.2000. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=715.

576. Arbitral Award 00.10.2000. ICC International Court of Arbitration 10335 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=699.

577. Arrondissementsrechtbank Zwolle. 05.03.1997 HA ZA 95-640 CME Cooperative Maritime Etaploise S.A.C.V v. Bos Fishproducts Urk BV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=332.

578. Beximco Pharmaceuticals Ltd & Ors v Shamil Bank of Bahrain EC [2004] EWCA Civ 19 (28 January 2004) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://judgmental.org.uk/judgments/EWCA-Civ/2004/[2004]_EWCA_Civ_19.html.

579. Case C-334/00. Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA v Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS). European Court reports 2002 Page I-07357 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000J0334:EN:HTML.

580. Case T-170/06 Alrosa Company Ltd v Commission of the European Communities Judgment of the Court of First Instance (Fourth Chamber, Extended Composition), 11 July 2007 (para 108) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006A0170: EN:HTML.

581. Compagnie Tunisienne de Navigation S. A. v. Compagnie d'Armement Maritime S. A. [Електронний ресурс]. – [1970] Vol. 2 Lloyd's Law Reports 99. – Режим доступу : http://www.i-law.com/ilaw/browse_lawreports.htm? volume=2&year=970&name =Lloyd'sLawReports.

582. Court of Appeal of New Zealand R. J. & A. M. Smallmon, Appellants vs. Transport Sales Limited, First Respondent and Grant Alan Miller, Second Respondent C A 545/2010 [2010] N Z C A 34022 July 2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110722n6.html.

583. Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, 1995 (Arbitral award No. 8324) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958324i1.html.

584. Gerard v. American Airlines, Inc. (Conn. Super. July 12, 2007) [Електронний ресурс] // Court considers "single operation" issue in baggage case – The NV flyer: review of legal developments affecting airlines and travel agents. – Режим доступу : http://nvflyer.wordpress.com.

585. Gerechtshof's Hertogenbosch [Електронний ресурс]. – № 456/95/He. – 24.04. 1996. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=224.

586. GERMANY Bundesgerichtshof [Supreme Court] 31 October 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html.

587. Hof van Beroep, Gent. 15.05.2002. Belgium [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=940.

588. Hartog v Colin & Shields [1939] 3 All ER 566 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legalmax.info/members2/conbook/acknowle.htm#hartog_v.htm.

589. ICC Court of Arbitration Arbitral Award 5713/1989 – Paris [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=16.

590. ICC Court of Arbitration Arbitral Award 8908 – Milan 00.12.1998 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=401.

591. ICC International Court of Arbitration, Paris 8540. Arbitral Award. 04.09.1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=644.

592. ICC International Court of Arbitration 11295 00.12.2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1070.

593. ICC International Court of Arbitration Arbitral Award 11849 00.00.2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1160.

594. Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98; [1998] 1 WLR 896 (19th June, 1997) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1997/28.html.

595. Iran-United States Claims Tribunal Arbitral Award 370 (429-370-1) 28.07.1989 Watkins-Johnson Co. & Watkins-Johnson Ltd. v. The Islamic Republic of Iran & Bank Saderat Iran [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=38.

596. Jones v. USA 3000 Airlines (E.D. Mo. Feb. 9, 2009) [Електронний ресурс] // Court analyzes definition of “international carriage” under Montreal Convention – The NV flyer: review of legal developments affecting airlines and travel agents. – Режим доступу : http://nvflyer.wordpress.com.

597. Judgment of the Court of 14 December 1976. Estasis Salotti di Colzani Aimo e Gianmario Colzani s.n.c. v Rüwa Polstereimaschinen GmbH. Reference for a preliminary ruling:

Bundesgerichtshof – Germany. Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters – Article 17 (jurisdiction by consent). Case 24-76 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod! CELEXnumdoc&numdoc=61976J0024&lg=en.

597-1. Judgment of the Court of 24 June 1981 [Електронний ресурс]. – Elefanten Schuh GmbH v Pierre Jacqmain. – Reference for a preliminary ruling: Hof van Cassatie – Belgium. – Brussels Convention: Prorogation of jurisdiction. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61980CJ0150: EN:HTML.

597-2. Judgement of the Court (Fourth Chamber), 20 May 2010 In Case C-111/09 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-111/09.

598. Judgment of the Court of 27 June 2000 [Електронний ресурс]. – Océano Grupo Editorial SA v Roció Murciano Quintero (C-240/98) and Salvat Editores SA v José M. Sánchez Alcón Prades (C-241/98), José Luis Copano Badillo (C-242/98), Mohammed Berroane (C-243/98) and Emilio Viñas Feliú (C-244/98). – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0240:EN:HTML.

599. Judgment of the Court of 26 October 2006 [Електронний ресурс]. – Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL (C-168/05). – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0168: EN:HTML.

600. Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 9 November 2000 [Електронний ресурс]. – Coreck Maritime GmbH v Handelsveem BV and Others – Case C-387/98. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0387:EN:HTML.

601. Judgement of the Court (Fourth Chamber), 20 May 2010. – In Case C-111/09, REFERENCE for a preliminary ruling under Articles 68 EC and 234 EC from the Okresní soud v Chebu (Czech Republic), made by decision of 3 February 2009 and received at the Court on 23 March 2009, in the proceedings Česká podnikatelská pojišťovna as, Vienna Insurance Group v Michal Bilas [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-111/09.

602. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 3 July 1997. – Francesco Benincasa v Dentalkit Srl. – Reference for a preliminary ruling: Oberlandesgericht München – Germany. – Case C-269/95 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995CJ0269: EN:HTML.

603. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 20 February 1997. Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) v Les Gravières Rhénanes SARL. Case C-106/95. European Court reports 1997 Page I-00911 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61995J0106.

604. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 5 October 1999. – Kingdom of Spain v Commission of the European Communities. – Case C-240/97 (para 99) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0240:EN:HTML.

605. Land Rover Exports Ltd v Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE. COURT OF APPEAL (CIVIL DIVISION) 21 DECEMBER 2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.ectil.org/etl/getdoc/b53439a6-65b3-4ed5-8764-8f2c52f896ee/Land-Rover-Exports-email.aspx.

606. Liberty Reinsurance Canada v. QBE Insurance and Reinsurance (Europe) Ltd., Ontario Superior Court of Justice, Canada, 20 September 2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2002/2002canlii6636/2002canlii6636.html.

607. Lizardi rule and arbitration. 2009 March 19. Dutch Case Law. Kernkamp's Netherlands Civil Court Case Summaries [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.kernkamp.nl/case-law/2009/03/lizardi-rule-and-arbitration.

608. Lochner v. New York – 198 U.S. 45 (1906). US Supreme Court Center [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/case.html.

609. Mainschiffahrts-Genossenschaft eG (MSG) v Les Gravières Rhénanes SARL [Електронний ресурс]. – Case C-106/95. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995CJ0106:EN:HTML.

610. New Zealand 22 July 2011 Court of Appeal of New Zealand (RJ & AM Smallmon v. Transport Sales Limited and Grant Alan Miller) [English text] [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110722n6.html.

611. Oberlandsgericht München [Електронний ресурс]. – 7 U 2959/04 15.09.2004. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1088.

612. Oberster Gerichtshof [Електронний ресурс]. – 1 Ob 292/99v. – 28.04.2000. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=481.

613. Oberster Gerichtshof [Електронний ресурс]. – 7 Ob 175/05v. – 31.08. 2005. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1096.

614. Oberster Gerichtshof [Електронний ресурс]. – 10 Ob 344/99g. – 21.03.2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=478.

615. Parker v South Eastern Railway (1877) 2 CPD 416. – Law Teacher. Contract Law. Cases. Exclusion Clauses Cases [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lawteacher.net/contract-law/cases/exclusion-clauses-cases.php.

616. Powell Duffryn plc v Wolfgang Petereit [Електронний ресурс]. – Case C-214/89. – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61989J0214&lg=en.

617. Slovenia 8 June 2011 Vrhovno sodišče v Celju [Celje High Court] [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110608sv.html.

618. Spain 27 December 2007 Appellate Court Navarra [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071227s4.html.

619. Supreme Judicial Court of Massachusetts, Berkshire. Hodas v. Morin Richard I. Hodas & another v. Kimberly Morin & others. Argued June 30, 2004. – August 26, 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://caselaw.findlaw.com/ma-supreme-judicial-court/1120150.html.

620. Switzerland No. 28, Inter Maritime Management SA v. Russin & Vecchi, Tribunal Fédéral [Supreme Court], Not Indicated, 9 January 1995. Kluwer Arbitration [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www2.ambrac.nl/kli-ka-csg/print.aspx?ids=ipn6457#30.

621. Switzerland 3 July 1997 District Court St. Gallen [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970703s1.html.

622. Trans Meridian Trading Inc., Plaintiff-Appellant, v. Empresa Nacional de Comercializacion de Insumos, Multinacional Latinoamericana De Comercializacion De Fertilizantes, Banque Indosuez, and Banco Continental, Defendants-Appellees. No. 86-6627. United States Court of Appeals, Ninth Circuit [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/829/829.F2d.949.86-6627.html.

623. UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2012) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf.

624. UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf.

625. United States 18 January 2011 Federal District Court [New York] (Hanwha Corporation v. Cedar Petrochemicals, Inc. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110118u1.html.

626. Vb/96038. Arbitral Award. Hungarian Chamber of Commerce and Industry Court of Arbitration 08.05.1997 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=272.

627. Vita Food Products Inc (Appeal No. 82 of 1938) v Unus Shipping Company Limited in liquidation (Nova Scotia) [1939] UKPC 7 (30 January 1939) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/1939/1939_7.html.

628. Walford vMiles [1992] 1 All ER 453 House of Lords [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.legalmax.info/members2/conbook/acknowle.htm#walford_.htm.

629. 25.11.1994 Arbitral Award Zürich Chamber of Commerce [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=642.

630. 00.09.1998 Arbitral Award8908 ICC International Court of Arbitration, Milano 8908 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=663.

631. 30.11.1998 Switzerland HG 930634 Handelsgericht Zürich [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=409.

632. 06.11.2002 Arbitral Award 217/2001 International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=856.

633. 14.01.2009 Germany 20 U 3863/08 Oberlandesgericht München [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1496.

634. 01.07.2009 United Kingdom [2009] UKHL 38 House of Lords Chartbrook Limited (Respondents) v Persimmon Homes Limited and others (Appellants) and another (Respondent) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1512.

635. 24.07.2009 Germany 13 W 48/09 Oberlandesgericht Celle [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1472.

636. 16.12.2009. 4A 240/2009. Switzerland [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1516.

637. 17.12.2009. Arbitral Award Deutsches Sportschiedsgericht Unknown German athlete v. Deutscher Leichtathletikverband [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.unilex.info/case.cfm?id=1676.