

**МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
КИЇВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ТАРАСА ШЕВЧЕНКА**

На правах рукопису

КАРНАУХ ВАДИМ СЕРГІЙОВИЧ

УДК 341.9:347.4] (061.1ЄС+477)

**ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕДДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН В ЄС ТА
УКРАЇНІ**

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

Дисертація
на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Науковий керівник:

КУЗНЄЦОВА Наталія Семенівна,
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України

КИЇВ – 2017

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ	3
ВСТУП	4
РОЗДІЛ 1. Теоретичні передумови розуміння сутності переддоговірних правовідносин	15
1.1. Юридична природа цивільно-правового договору.....	15
1.2. Воля та волевиявлення в переддоговірному правовідношенні.....	35
1.3. Природа свободи договору в контексті вчення про переддоговірні правовідносини.....	54
Висновки до Розділу 1	64
РОЗДІЛ 2. Загальна характеристика переддоговірних правовідносин	71
2.1. Особливості структури переддоговірних відносин за правом України та Німеччини.....	71
2.2. Переддоговірна відповідальність за правом України та Німеччини.....	91
2.3. Модель переддоговірних відносин за Проектом Спільних підходів (DCFR).....	108
Висновки до Розділу 2	130
РОЗДІЛ 3. Укладення договору в приватноправових інструментах ЄС.....	136
3.1. Укладення договору згідно з Принципами європейського договірного права (PECL)	136
3.2. Укладення договору за Проектом Спільних підходів (DCFR).....	152
3.3. Укладення договору відповідно до Єдиного європейського торгового права (CESL).....	160
Висновки до Розділу 3	171
ВИСНОВКИ	174
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	189

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

ЦКУ – Цивільний кодекс України

ЦК РФ – Цивільний кодекс Російської Федерації

BGB – Німецьке цивільне уложення

ЄС – Європейський Союз

DCFR - Draft Common Frame of Reference (Проект Спільних підходів)

CESL - Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law (Проект Єдиного європейського торгового права)

Reg-CESL – Regulation (Постанова Європейської комісії до Проекту Єдиного європейського торгового права)

Принципи УНІДРУА - Принципи міжнародних комерційних договорів, розроблені Міжнародним інститутом уніфікації приватного права

PECL – Principles of European Contract Law (Принципи європейського договірної права)

B2C - Business-to-consumer (відносини, у тому числі договірні, між підприємцем та споживачем)

B2B - Business to business (відносини, у тому числі договірні, між підприємцями)

CISG - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Конвенція ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року)

SME - Small and medium-sized enterprises (відносини між підприємцями, у яких принаймні однією стороною є мале або середнє підприємство)

SIN - Standard Information Notice (стандартне інформаційне повідомлення щодо CESL, яке продавець має надавати споживачу перед укладенням договору про використання CESL)

ВСТУП

Актуальність теми дослідження. Легітиматія ЄС у 1992 р. поставила питання про формування уніфікованого наднаціонального права, у тому числі й приватного, що пояснюється необхідністю оформлення механізму договірного регулювання для розвитку торгових відносин та спрощення здійснення міжкордонних трансакцій. Конвергенція приватноправових комплексів має іманентно поєднуватися із забезпеченням національного фактору регулювання, тобто збереженням сталих особливостей правових систем держав-учасниць ЄС. Формування єдиного контрактного права організаційно й технічно опосередковується пошуком меж взаємодії на науковому та правотворчому рівнях. Вагомими результатами даного процесу є розроблення Комісією з європейського контрактного права під керівництвом датського вченого О. Ландо *Принципів європейського договірного права (PECL)*; формування Робочою групою з розроблення *Європейського цивільного кодексу* під керівництвом німецького правника К. ван Бара спільно з Дослідницькою групою з вивчення існуючого європейського приватного права (групою *Acquis*) *Проекту Спільних підходів (DCFR)*; ініціатива *Європейської комісії по виробленню Єдиного європейського торгового права (CESL)*. Водночас можливою стала трансформація векторів європейських досліджень через деінтеграційні процеси в ЄС. Мається на увазі вихід Великої Британії зі складу ЄС в результаті референдуму 23 червня 2016 р. Унаслідок цього ймовірним є зняття необхідності досягнення консенсусу між підходами континентальної та англо-американської правових сімей у подальшій уніфікаційній роботі.

В українській цивілістичній думці відсутнє обґрунтування категорії переддоговірного правовідношення на основі традиційного вчення про сутність та структуру правовідношення. Не здійснено також спроб виявлення природи юридичних можливостей учасників переговорів та юридичних фактів, якими забезпечується динаміка переддоговірних правовідносин.

Курс України на зближення з ЄС передбачає доцільність вивчення як академічних приватноправових тенденцій в ЄС, так і окремих нормотворчих підходів у сфері регулювання переддоговірних відносин. У цьому зв'язку заслуговують на увагу положення PECL, DCFR, CESL, а також досвід Німеччини, який характеризується значною правовою регламентацією переддоговірних відносин.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Дисертаційне дослідження виконувалося відповідно до наступних державних бюджетних науково-дослідних тем: «Доктрина права в правовій системі України: теоретичний та практичний аспекти» № 11 БФ 042 - 01 (номер державної реєстрації 0111U008337), яка досліджувалася на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка з 01 січня 2011 р. по 31 грудня 2015 р.; «Теорія та практика адаптації законодавства України до законодавства ЄС» № 16 БФ 042 – 01, що діє з 01 січня 2016 р. по 31 грудня 2018 р.

Метою дослідження є обґрунтування категорії переддоговірного правовідношення на основі традиційного вчення про сутність та структуру цивільного правовідношення, порівняльний аналіз підходів до правового регулювання переддоговірних відносин, а також розробка теоретичних положень та практичних пропозицій, спрямованих на вдосконалення учення про переддоговірні правовідносини.

Відповідно з поставленою метою сформульовано наступні **завдання дослідження**: окреслити стан розуміння юридичної природи цивільно-правового договору; проаналізувати категорії волі та волевиявлення як важливих чинників для формування вчення про переддоговірні правовідносини; з'ясувати сутність та визначити види переддоговірних правовідносин; осмислити феномен переддоговірної відповідальності; виявити особливості вираження природи принципу свободи договору у контексті розуміння суті переддоговірного правовідношення; порівняти законодавчі, академічні та програмні моделі регламентації переддоговірних відносин; продемонструвати можливі шляхи

гармонізації цивільного законодавства України у сфері регулювання переддоговірних відносин.

Об'єктом дослідження є відносини, які передують факту укладення цивільно-правового договору.

Предметом дослідження є теоретичні засади пізнання сутності цивільно-правових переддоговірних відносин; доктринальні розробки, правові норми, судова практика, європейські академічні та проектні положення щодо регулювання переддоговірних відносин у цілому та, зокрема, щодо укладення цивільно-правового договору; цивільне законодавство України та Німеччини у сфері регламентації переддоговірних відносин.

Методологічну основу дослідження складають методи аналізу і синтезу, сходження від абстрактного до конкретного, моделювання, системно-структурний, порівняльно-правовий методи. Використання зазначених методів дозволило вирішити поставлені завдання. Методи аналізу і синтезу, сходження від абстрактного до конкретного, системно-структурний методи дозволили: визначити сутність переддоговірного правовідношення; провести класифікацію переддоговірних правовідносин; виявити природу юридичних можливостей учасників переговорів та юридичних фактів, якими забезпечується динаміка переддоговірних правовідносин; обґрунтувати передчасність визнання цивільно-правового договору джерелом цивільного права. Метод моделювання та порівняльно-правовий метод було використано при: дослідженні академічних та нормативних підходів до регламентації сфери переддоговірних відносин, у тому числі при виявленні моделі переддоговірних відносин за DCFR та визначенні порядку укладення цивільно-правового договору за PECL, DCFR, CESL; формулюванні пропозицій по вдосконаленню ЦКУ у сфері регулювання переддоговірних відносин.

Теоретична основа дисертації. Дослідження проблематики дисертації та отримані теоретичні висновки значною мірою ґрунтуються на досягненнях вітчизняної та зарубіжної цивілістики, які характерні для різних історичних

періодів. Виявлення проблем в доктрині та віднаходження шляхів їх подолання стали можливими завдяки науковим дослідженням М.М. Агаркова, С.С. Алексєєва, І.В. Бекленіщевої, С.М. Бервено, В.А. Белова, Х. Біла, В.В. Богданова, Т.В. Боднар, В.І. Борисової, С.М. Братуся, А.В. Власової, О.В. Волкова, Ю.С. Гамбарова, К.В. Гнищевича, В.П. Грибанова, І.А. Діковської, Ю.П. Єгорова, Ю.Л. Єршова, Е. Зеккеля, Р. Ієрінга, О.С. Іоффе, М.Ф. Казанцева, А.Г. Карапетова, Д. Картрайта, С.Ф. Кечекьяна, Е. Кліве, О.С. Комарова, М.М. Коркунова, О.О. Красавчикова, Є.О. Крашеніннікова, О.В. Кохановської, Н.С. Кузнєцової, А.М. Кучер, О. Ландо, В.В. Луця, Р.А. Майданика, Н.І. Майданик, А. Манігка, М.М. Марченко, Г.К. Матвєєва, Д.Г. Павленко, О.Г. Певзнєра, О.О. Первомайського, К.П. Побєдоносцева, С. О. Погрібного, Й.О. Покровського, Б.І. Пугінського, М.К. Рєнненкампа, Ф.К. Савінї, М.М. Сибільова, В.І. Сєребровського, Є.О. Суханова, Ф.В. Тарановського, Ю.О. Тихомирова, Ю.К. Толстого, С.В. Третьякова, Є.А. Флейшиц, М.В. Хєзелінка, Р.О. Халфіної, Р. Циммерманна, Г.Ф. Шєршенєвича, С.І. Шимон, О.В. Шполтакова, Р. Шульце й інших учених.

Наукова новизна одержаних результатів. У дисертації розроблено теоретичні положення, які можуть мати пізнавальне значення для подальшого розвитку вчення про переддоговірні правовідносини.

Уперше:

1) сформульовано визначення переддоговірного правовідношення як цивільно-правового відношення, у якому належна поведінка суб'єктів безпосередньо спрямовується на укладення договору або сприяє його укладенню, а неналежна поведінка суб'єктів до моменту укладення договору визнається недобросовісною та обумовлює відповідальність, установлену договором або законом;

2) запропоновано класифікацію переддоговірних правовідносин за наступними критеріями: - за функціональним призначенням: переддоговірне організаційне правовідношення (безпосередньо спрямовується на укладення договору або сприяє його укладенню) та переддоговірне компенсаційне

правовідношення (має характер *sui generis* стосовно організаційного правовідношення та являє собою зобов'язання, у змісті якого конструюється відповідальність особливого роду – *culpa in contrahendo*); - за підставою виникнення: договірне (виникає, наприклад, із попереднього договору, переддоговірної угоди про ексклюзивність переговорів, переддоговірної угоди про розподіл витрат сторін під час ведення переговорів, порушення правила добросовісного ведення переговорів за умови визначення відповідного обов'язку сторін в переддоговірній угоді) та позадоговірне (виникає із вступу у переговори, що визначається в законі як юридичний факт або з початку процедури укладення договору, передбаченої законом, у тому числі під час проведення торгів, конкурсів або аукціонів);

3) запропоновано визнати підставами виникнення переддоговірного організаційного правовідношення: - вступ у переговори, у тому числі шляхом вчинення оферти, направлення пропозиції зробити оферту, або пропозиції укласти договір, яка не є офертою; - укладення договору, який є переддоговірним правочином, тобто визначає різні аспекти поведінки учасників переговорів до укладення договору або передбачає укладення основного договору (наприклад, попередній договір);

4) запропоновано визнати підставою виникнення переддоговірного компенсаційного правовідношення недобросовісну поведінку учасника переговорів, яка може виражатися в: - порушенні стороною загального обов'язку добросовісного ведення переговорів; - ухиленні від укладення договору в різних формах, у тому числі шляхом недобросовісної відмови від переговорів; - невиконанні або неналежному виконанні переддоговірних обов'язків, установлених переддоговірним правочином або передбачених законом;

5) запропоновано класифікацію об'єктів переддоговірного правовідношення за ступенем юридичної визначеності на основний та додатковий об'єкти. До основних об'єктів переддоговірного правовідношення віднесено: - порядок ведення переговорів; - формування умов та укладення переддоговірної угоди – окремого

договору; - формування умов та укладення майбутнього основного договору. Додатковими об'єктами переддоговірного правовідношення визнано: - задоволення приватних інтересів, яке досягається із настанням наслідків майбутнього договору (наприклад, передання майна у власність, надання послуг, виконання робіт); - відшкодування, яке надається у випадку встановлення факту недобросовісної поведінки учасника переговорів до моменту укладення договору;

б) обґрунтовано висновок про можливість набуття офертоздатністю якості суб'єктивного права за наявності окремих умов;

7) з'ясовано особливості переддоговірних порушень у порівнянні з деліктами, що поряд зі сприйняттям теорії “третього шляху” переддоговірної відповідальності, стало аргументом на користь визнання доцільності автономного закріплення *culpa in contrahendo* в ЦКУ;

8) виявлено модель переддоговірних відносин за DCFR. Фундаментом виступає принцип добросовісності (ст. I.-1:103; III.- 1:103), який визначає спрямованість змісту структурних блоків моделі переддоговірних відносин. Перший структурний блок базується на визнанні за переговорами юридичної якості (ч. 1 ст. II.-3:301), що обумовлює широку позитивну регламентацію переддоговірних обов'язків та визначення процедури укладення договору шляхом закріплення загальних правил (ст. II.-3:101 - II.-3:108; II.-3:201 - II.-3:202; ч. 2 ст. II.-3:301; ч.1-2 ст. II.-3:302; ст. II.-4:101 - II.-4:211) та їх конкретизації або формулювання спеціальних правил в окремих договірних конструкціях (наприклад, ст. IV.C.-2:102; IV.E.-4:102). У межах першого блоку також визначаються загальні можливості й засоби правового захисту добросовісної сторони, а також міри відповідальності (ст. II. - 3:109; ч.3 ст. II. - 3:301; ч. 3-4 ст. II. - 3:302; II.-3:501; ч.5 ст. IV.C. - 2:102), які становлять спеціальний негативний рівень правової регламентації. Положення другого структурного блоку являють собою загальний негативний рівень правової регламентації, яким конструюються засоби правового захисту добросовісної сторони й міри відповідальності, які є універсальними та визнаними в багатьох національних правопорядках, застосовуються до різних дефектів цивільного

обороту, а тому можуть охоплювати й випадки порушень на стадії переговорів. Це правила щодо недійсності правочинів (зокрема, ст. II.-7:201; II.-7:204 - II.-7:205; II.-7:214), наслідків невиконання зобов'язань (зокрема, ст. III.-3:701 - III.-3:705), регулювання недоговірних зобов'язань (ст. VI.-1:101; VI.-1:103; VI.-2:101; VI.-2:204 - VI.-2:205; VI.-2:207; VI.-2:210; VII.-7:102);

9) обґрунтовано висновок про наявність в змісті ст. II.-3:301 DCFR базової конструкції переддоговірного правовідношення, яка може набувати значних змістовних ускладнень за наявності окремих юридичних фактів, що впливає на видову кваліфікацію переддоговірного правовідношення;

10) встановлено, що визнання оферти, акцепту, відкликання оферти та відкликання акцепту односторонніми правочинами потребує обґрунтування наявності суб'єктивних прав у змісті переддоговірного правовідношення;

11) досліджено порядок укладення договору, передбачений CESL. Встановлено наявність особливої сфери дії та спеціальних передумов застосування CESL;

12) встановлено, що зміст переважної більшості статей CESL щодо укладення договору сформовано на основі нормотворчих підходів, використаних розробниками DCFR з одночасним кореспондуванням правилам PECL. Так, ст. 33 узгоджується зі ст. 2:203 PECL та ст. II. - 4:203 DCFR ("Відхилення оферти"); ст. 34 - зі ст. 2:204 PECL та ст. II. - 4:204 DCFR ("Акцепт"); ст. 35 - зі ст. 2:205 PECL та ст. II. - 4:205 DCFR ("Момент укладення договору"); ст. 36 - зі ст. 2:206 PECL та ст. II. - 4:206 DCFR ("Строк для акцепту"); ст. 37 - зі ст. 2:207 PECL та ст. II. - 4:207 DCFR ("Запізнілий акцепт"); ст. 39 - зі ст. 2:209 PECL та ст. II. - 4:209 DCFR ("Конфлікт стандартних умов").

Удосконалено:

13) розуміння оферти як одностороннього правочину, а саме запропоновано визначення оферти як одностороннього правочину, що безпосередньо спрямований на виникнення суб'єктивного цивільного права на акцепт оферти, а умовно направлений на виникнення прав та обов'язків за договором;

14) розуміння акцепту як одностороннього правочину, а саме запропоновано визначення акцепту як одностороннього правочину, що безпосередньо спрямований на виникнення прав та обов'язків за договором, тобто припинення переддоговірного правовідношення та виникнення договірної правовідношення;

15) розуміння відкликання оферти та відкликання акцепту як односторонніх правочинів, що функціонально є рівнозначними, оскільки безпосередньо спрямовуються на припинення переддоговірної правовідношення та упередження виникнення договірної правовідношення. При цьому відкликання акцепту спрямовується на припинення переддоговірної правовідношення шляхом припинення суб'єктивного права на акцепт оферти. Різниця між ними полягає в моменті вчинення, який для оферти та акцепту не співпадає та виражає різну стадію розвитку або може виражати навіть різний вид переддоговірної правовідношення у випадку ускладнення останнього іншими юридичними фактами (наприклад, при відкликанні акцепту, коли конфіденційну інформацію було надано після вчинення оферти, але до вчинення акцепту);

16) висновок про традиційний характер структури переддоговірних правовідносин, яку утворюють їх суб'єкти, об'єкти та зміст, обсяг яких встановлюється на підставі загальнотеоретичних положень та приписів законодавства;

17) розуміння принципу свободи договору в контексті переддоговірних правовідносин сторін. Запропоновано розглядати свободу договору як прояв правочиноздатності, а не суб'єктивне цивільне право, який водночас пронизує переддоговірне та договірне автономне регулювання сторін, а тому діє як складний за структурою принцип цивільного права.

Дістали подальшого розвитку:

18) доктринальний підхід, за яким цивільно-правовий договір не визнається джерелом цивільного права. Установлено, що прихильники відповідного визнання переглядають "нормативність" з фактичною відсутністю смислового виходу на категорію "норми права", тобто наявний розрив між взаємозалежними категоріями,

оскільки корекція нормативності потребує оновлення поняття норми права, у змісті якого будуть нівельовані усталені доктринальні переконання про її ознаки. У протилежному випадку з'являється конфлікт між родовим та видовим поняттями в частині охоплення нормою цивільного права конститутивних характеристик будь-якої правової норми;

19) науковий висновок про недоцільність визнання правоздатності суб'єктивним цивільним правом. З'ясовано, що таке визнання призводить до виникнення необхідності розщеплення правомочності, якщо правочиноздатність розглядати саме як правомочність, що є проблематичним. Не знаходять пояснення в такому смислового полі й природа офертоздатності, заповітоздатності та інших проявів правочиноздатності;

20) розуміння змісту принципу свободи договору. Запропоновано визнати елементами свободи договору: - свободу вибору контрагента; - свободу укладення договору; - свободу сторін змінювати та припиняти договір. Свободу ведення переговорів, у тому числі надання можливостей сторонам під час обміну офертою та акцептом сутнісно включено в другий елемент принципу;

21) розуміння зловживання правом у контексті свободи договору на переддоговірній стадії правових зв'язків. Установлено, що об'єктом зловживання має бути суб'єктивне право, а не принцип права. Проблематичним тому визнано обґрунтування зловживання свободою договору. Натомість запропоновано визнавати зловживання автономно правом на укладення договору, правом на добросовісне ведення переговорів, правом на одержання переддоговірної інформації або іншим переддоговірним суб'єктивним правом. Акцентовано увагу на можливості такого теоретичного підходу завдяки концепції переддоговірного правовідношення.

Автором дисертації сформульовано пропозиції по вдосконаленню ЦКУ, які відповідають положенням PECL, DCFR, CESL, окремим національним кодифікаціям та можуть активізувати сферу переддоговірних відносин учасників цивільного обороту України. Зокрема, обґрунтовується необхідність:

1) закріплення в ЦКУ обов'язку добросовісного ведення переговорів та інституту переддоговірної відповідальності;

2) визнання в ЦКУ права контрагента попереднього договору на звернення до суду з позовом про примушування до укладення основного договору, що відповідає принципу справедливості, добросовісності та розумності з огляду на сутність зобов'язання, яке встановлюється попереднім договором;

3) закріплення в ЦКУ спростовної презумпції недопустимості примушування до укладення договору;

4) конкретизації в ЦКУ моменту одержання адресатом повідомлення про оферту, повідомлення про відкликання оферти, повідомлення про відкликання відхилення оферти, повідомлення про акцепт та повідомлення про відкликання акцепту;

5) закріплення в ЦКУ спростовної презумпції невизнання мовчання акцептом.

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

– у науково-дослідній діяльності – як підґрунтя для подальшого наукового дослідження проблематики, що стосується переддоговірних правовідносин;

– у правотворчій діяльності - для вдосконалення положень чинного законодавства України, що регулює переддоговірні відносини;

– у правозастосовній практиці, зокрема при вирішенні судами спорів, які виникають із переддоговірних правовідносин;

– у навчальному процесі при викладанні навчальних дисциплін «Цивільне право», «Міжнародне приватне право», спецкурсів «Теоретичні проблеми цивільного права», «Договірне право», «Актуальні проблеми загальної частини цивільного права» та інших навчальних дисциплін для студентів вищих навчальних закладів, а також для підготовки навчальних посібників, підручників із указаних дисциплін.

Особистий внесок дисертанта. Дисертація є самостійною, завершеною науковою роботою. Сформульовані у дисертації теоретичні положення, висновки,

пропозиції одержані в результаті аналізу та критичного осмислення наукових та нормативно-правових джерел, судової практики.

Апробація результатів дисертації. Результати дослідження були закріплені в наукових статтях та тезах виступів на таких конференціях: - міжнародній науково-практичній конференції “Стан та перспективи розвитку юридичної науки” (м. Дніпропетровськ, 3-4 жовтня 2014 р.); - міжнародній науково-практичній конференції “Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації української держави” (м. Запоріжжя, Запорізький національний університет 3-4 жовтня 2014 р.)

Публікації. Основні теоретичні положення та висновки дисертації викладені у 7 наукових працях: 5 наукових статтях, з яких 4 вийшли друком у вітчизняних фахових юридичних виданнях, та 1 у науковому виданні іноземної держави, а також у 2 тезах доповідей на науково-практичних конференціях.

Структура та обсяг дисертації обумовлені метою та завданнями дослідження. Згідно з ними дисертація складається із вступу, переліку умовних скорочень, трьох розділів, дев'яти підрозділів, висновків та списку використаних джерел. Загальний обсяг дисертації 226 сторінок, у тому числі 38 сторінок - список використаних джерел з 311 найменувань.

РОЗДІЛ 1. ТЕОРЕТИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ РОЗУМІННЯ СУТНОСТІ ПЕРЕДДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИН

1.1. Юридична природа цивільно-правового договору

Договір є фундаментальною категорією приватного права, дослідження якої має тривалу історію та широку перспективу. Це пояснюється різноманітністю теоретичних смислів, які пропонує науковцю даний правовий феномен, складністю осягнення договору у контексті будь-якої приватноправової традиції. У літературі справедливо зазначається, що категорія цивільно-правового договору належить до цих правових феноменів, роль і значення яких у впорядкуванні суспільних відносин, незважаючи на численні дослідження й досі залишаються недостатньо вивченими [137, с. 12]. Водночас цивілісти наголошують на зростаючій ролі договору як універсальної та найбільш доцільної правової форми опосередкування товарно-грошових та інших майнових відносин в умовах переходу економіки України на ринкові засади [139, с. 20]. Особливої уваги заслуговують окремі проблемні аспекти пізнання складної природи договору, що впливають з розуміння договору як правовідношення (зобов'язання), юридичного факту, регулятора цивільних відносин, джерела цивільного права.

На перший погляд, логічна узгодженість послідовності «правовідношення-зобов'язання-договір» та єдність у розумінні категорій «правовідношення» й «зобов'язання» за умови більш детального теоретичного аналізу перетворюються на розгалужену сукупність нових можливостей пізнання договору.

Існує кілька основних підходів до визначення суті правовідношення, основи яких було закладено цивілістами ще в радянський період. Ю.К. Толстой розглядає правовідношення як проміжну ланку між нормою права і фактичним суспільним відношенням. Правовідношення відіграє службову роль при регулюванні фактичних суспільних відносин, які лежать в його основі. Тут саме правовідношення за суттю своєю є ідеологічним відношенням, абстракцією, через допущення та ствердження

якої норма права регулює суспільні відносини [232, с. 22, 30].

Нам видається більш обґрунтованим бачення Р.О. Халфіної, яка кваліфікувала правовідношення як реалізацію правової норми, форму суспільного відношення, що врегульоване нормою права в єдності правової форми та змісту; категорію, через призму пізнання якої виявляється відповідність між нормативною моделлю та реальним поведінковим механізмом [238, с. 99, 111-112]. Дійсно, реальність правовідношення покликана усунути розрив між статичним буттям норми права та динамічним правозастосуванням, у тому числі в межах договірної регулювання. При такому уявленні правовідношення не перетворюється на факультативну умоглядну форму, що обслуговує право та відривається від суспільного життя.

Зобов'язання у нормативній площині розглядається саме як правовідношення, видове поняття визначається через найближче родові поняття (ч.1 ст. 509 ЦКУ). Традиційно, залежно від структури міжсуб'єктного зв'язку цивільні правовідносини поділяються на відносні та абсолютні. Зобов'язання за умовою такого поділу являє собою відносне цивільне правовідношення [53, с. 101-102]. Не можна не погодитися з М.Д. Єгоровим, який указує на той факт, що специфіка окремих видів правовідношення проявляється не в тому, що уповноважена сторона має або не має права вимагати щось від зобов'язаної сторони, а в тому що саме може вимагати уповноважена сторона від зобов'язаної сторони в конкретному правовідношенні. Не ототожнюючи зобов'язання та відносне правовідношення, учений роз'яснює, що зобов'язання як наукове поняття має сенс та значення лише тоді, коли воно розглядається як специфічна правова форма опосередкування відносин цивільного обороту, пов'язаних з переміщенням товарів між учасниками цього обороту з метою задоволення їх приватних інтересів. Отже, у зобов'язальному правовідношенні зобов'язана сторона має передати саме товар уповноваженій стороні. Товар за даних умов - це дія або бездіяльність, що має вартісний характер, споживацьку вартість, може бути оцінена в умовах товарного обороту [70, с. 38-40, 45].

Осмислення загальнотеоретичної конструкції договору в умовах трансформації економічного укладу характеризується постійним ускладненням

сутності договору, зумовлює необхідність виваженого розкриття змісту поняття “договір” шляхом обережної прив’язки до нього особливостей зобов’язання як правовідношення. Очевидно, що в цивілістичній науці неминучість пізнання договору через співвідношення його з правовідношенням та зобов’язанням є загальновизнаною. Поступовий розвиток учення про договір, як буде показано нижче, лише підтверджує необхідність повторного звернення до названих понять.

Договір у сучасній цивілістичній доктрині розглядається як юридичний факт, угода (правочин), правовідношення (зобов’язання), документ, правовий акт, джерело права [104, с. 257; 103, с. 185-186; 186, с. 137]. Підкреслюючи смисловий зв’язок між договором та правовідношенням, О.О. Красавчиков зазначав, що в договорі відсутні права та обов’язки, а наявна лише конкретна вольова модель того правовідношення, яке виникає відповідно до закону на основі договору [130, с. 12]. У зв’язку з неприпустимістю змішування понять “договору-юридичного факту” та “договору-факту існування правовідношення” автор зауважував, що договір є дією, яка спрямована на рух правовідношення; саме ж правовідношення, підставою виникнення якого є договір (угода), точніше йменувати договірним правовідношенням [131, с. 117].

Знаменно, що в науці цивільного права наводяться міркування й про зайвість категорії “правовідношення” у цілому та зокрема у контексті пізнання договору. На думку Б.І. Пугінського, значення категорії “правовідношення” зводиться переважно до фіксування існування між суб’єктами юридично регламентованого відношення, правової співвіднесеності; “демістифікація правовідношення є одним із завдань сучасної науки права”; “дійсний зміст і пізнавальне значення цієї гранично загальної абстракції не доведено і не підтверджено ні в одній правовій науці або галузі права”; більше того: “позбавлені підстав спроби показати зобов’язання як різновид правовідношення і тим більше – тлумачити договір як правовідношення”. Визнання договору правовідношенням, як уважає вчений, неминуче тягне за собою неможливість розкриття регулятивного потенціалу договору, означає відмову від виявлення його основних властивостей [200, с. 39-41]. На наш погляд,

безпідставною є певна легковажність в дослідженні договору як регулятора цивільних відносин, оскільки виклики часу, що їх ставить розвиток економічних відносин та накопичення нових способів пізнання договору нерозривно пов'язані. Разом з цим, важко сприйняти досить категоричні заперечення Б.І. Пугінським “правовідношення”. Цивілісти на різних етапах розвитку науки опановували дану категорію, досліджували її роль в механізмі правового регулювання, обґрунтовували її теоретичну необхідність [96; 232; 238; 244]. У свою чергу, правила формальної логіки визначають порядок з'ясування суті зобов'язання через виявлення його приналежності до категорій інших явищ. Даний логічний зв'язок розкривається власне у легальному визначенні зобов'язання (ч.1 ст. 509 ЦКУ). Убачається, що можливість розуміння договору як правовідношення свідчить лише про складність природи договору. Навпаки, спрощення змісту даного поняття, нівелювання категоріальних особливостей договору є суттєвою перешкодою для його пізнання. До сказаного слід додати, що буде корисним урахування думки тих науковців, які наголошують на необхідності оновлення концепції правовідношення. Так, В.А. Белов у зв'язку з цим пропонує виходити з поняття суб'єктивного права замість суспільного відношення як першооснови правовідношення. За такого підходу правовідношення являє собою зв'язку юридичних можливостей із засобами їх юридичного забезпечення (регулятивного суб'єктивного права – з юридичним обов'язком, охоронного – з юридично необхідною примусовою поведінкою, секундарного – зі станом юридичної зв'язаності і т.д.) [20, с. 257].

Важливе значення має питання про співвідношення зобов'язання та договору, ретельний розгляд якого, має наслідком нові, доволі неочікувані обриси пізнання договору. Видатний німецький цивіліст Ф.К.Савіньї визначав договір як джерело зобов'язання та вів мову про договір, що породжує зобов'язання як про зобов'язальну угоду, тобто договір який устанавлює зобов'язання між декількома особами [214, с. 374].

Г.Ф. Шершеневич описував характер співвідношення договору й зобов'язання як співвідношення причини та наслідку [247, с. 442].

Визнання договору підставою виникнення зобов'язання, проте, потребує додаткового пояснення. Відповідно до ч. 2 ст. 11 ЦКУ однією з підстав виникнення цивільних прав та обов'язків є договори та інші правочини. Таким чином, у законі відображається співвідношення зобов'язання та договору як причини та наслідку, підстави та результату. Слід розуміти, що використання формулювання «цивільні права та обов'язки» у зазначеному вище положенні, а також у ч. 1 ст. 626 ЦКУ, де договір визначається як домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, означає, що зобов'язання не виступає єдиним результатом договору.

Відповідно до ч. 2 ст. 88 ЦКУ, у засновницькому договорі товариства визначаються зобов'язання учасників створити товариство, порядок їх спільної діяльності щодо його створення, умови передання товариству майна учасників, якщо додаткові вимоги щодо змісту засновницького договору не встановлені ЦКУ або іншим законом. Правильно зазначає К.І. Скловський, що зобов'язання являє собою хоча й головний, але все таки опосередкований результат договору, про що свідчить та обставина, що зобов'язання від договору частіше за все відділяють інші юридичні факти – не тільки сплив строку або настання умови, але й дії третіх осіб, події та ін [221, с. 11]. Водночас підставою виникнення зобов'язання є не лише договір. За загальним правилом, згідно з ч. 1 ст. 1167 ЦКУ, моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності її вини. Тут деліктне зобов'язання виникає на підставі цивільного правопорушення, яке є юридичним фактом.

Характер співвідношення між зобов'язанням та договором, як показують рамки теоретичного пізнання та рівень законодавчих формулювань, може значною мірою ускладнюватися. У даному контексті В.А. Белов звертається до інститутів представництва та договору на користь третьої особи [20, с. 245-246].

Розглянемо положення про представництво, що містяться в ЦКУ. Відповідно до ст. 237 ЦКУ, представництвом є правовідношення, в якому одна сторона

(представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. Представництво виникає на підставі договору, закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства. Договір, яким встановлюється правовідношення, є договором доручення, за яким одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії. Правочин, учинений повіреним, створює, змінює, припиняє цивільні права та обов'язки довірителя (ст.1000 ЦКУ). У межах правовідношення представництва, що виникає на підставі договору, важливо помітити особливості суб'єктного складу. Представник - контрагент договорів, які він укладає, не є при цьому стороною зобов'язань, що виникають на підставі даних договорів. Стороною таких зобов'язань виступає особа, яку представляють (довіритель – В.К.). Таким чином, сторона договору та суб'єкт зобов'язального правовідношення тут відрізняються. Крім цього, договір, який укладається представником є підставою виникнення окремого договірного зобов'язання, зміст якого, вочевидь, значною мірою відрізняється від змісту власне правовідношення представництва, що виникло у свою чергу на підставі договору. Таке договірне зобов'язання, на наш погляд, має службовий характер відносно представництва, оскільки основним елементом фактичного складу, необхідного для його виникнення, є наявність правовідношення представництва. Примітно також, що при законному представництві договір, який укладається представником, є наслідком правовідношення, яке виникає в силу закону. Звідси витікає, що тут правовідношення представництва є необхідною передумовою виникнення договірного зобов'язання.

У зв'язку з наведеним, С.С. Алексєєв у своїй фундаментальній роботі писав, що існування фактичних складів, які включають правовідношення, наочно показує один із випадків “ускладнення” механізму правового регулювання. Причому, на відміну від інших випадків нове правовідношення складається тут не в результаті реалізації першого правовідношення. Останнє продовжує існувати: воно є лише умовою виникнення нових прав та обов'язків. Такий випадок “ускладнення”

механізму правового регулювання ще більшою мірою, ніж інші, показує системність права, тісний зв'язок між правовідносинами в процесі правового регулювання суспільних відносин [7, с. 155].

Іншими прикладами, що підтверджують неоднозначність співвідношення між договором і зобов'язанням, є договір на користь третьої особи й відступлення права вимоги. У договорі на користь третьої особи боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена у договорі. 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 впливає із суті договору (ст. 636 ЦКУ). У даному випадку третя особа не є стороною договору, але є стороною зобов'язання, що виникло з договору. У свою чергу, при відступленні права вимоги кредитора, що відбувається за договором, цесіонарій не є стороною договору, яким встановлено первинне зобов'язання між кредитором (цедентом – В.К.) та боржником. Тут через укладення договору цесії трансформується суб'єктний склад зобов'язання при збереженні суб'єктного складу першого договору.

Не можна визнати обґрунтованими твердження про виникнення виключно одного зобов'язання на підставі договору, а також про одночасність договору та зобов'язання, що частково вже були спростовані наведеними вище міркуваннями. Принагідно зазначимо, що в літературі остання позиція також була піддана критиці [221, с. 12].

На користь суперечливості тези «один договір - одне зобов'язання» використаємо приклад, який наводять Б.М.Гонгало та П.В. Крашенінніков. Мова йде про договір, у якому передбачаються умови: 1) продавець зобов'язується передати покупцеві квартиру; 2) покупець зобов'язується сплатити продавцю, наприклад, 30% купівельної ціни; 3) 70% купівельної ціни, що залишилися, продавцю сплачує банк; 4) покупець зобов'язується сплатити банку суму, що відповідає 70% купівельної ціни, і сплатити відсотки на цю суму; 5) квартира знаходиться в заставі в банку в забезпечення зобов'язання покупця перед банком [50, с. 71]. Чи можливо

тут говорити про один договір, якому відповідає одне зобов'язання? Стверджувальна відповідь була би позбавлена будь-якого сенсу. Наявні кредитний договір, договір іпотеки, договір купівлі продажу, наявна можливість існування розгалуженої системи зобов'язань, які виникають на підставі окремих названих договорів. При цьому вся складна система договорних і відповідно зобов'язальних зв'язків основним джерелом свого формування має основний договір з вищезазначеними умовами. Цілком погоджуємося тому з К.І. Скловським, який наголошує, що договір породжує не стільки і не тільки окремі зобов'язання, які виникають разом з ним, але й можливості самих різних зобов'язань, що виникнуть в майбутньому, залежно від комбінації тих фактів, на які сторони вказали в договорі або на які вказує закон [221, с. 13].

У доктрині визнається можливість виникнення на підставі договору абсолютних правовідношень [18, с. 72-80]. Відомо, що в абсолютних правовідносинах уповноваженій особі протистоїть невизначене число зобов'язаних осіб [53, с. 102]. Свого часу Г.Ф. Шершеневич писав: “сфера договору виходить за межі зобов'язальних відносин...; ...договором переноситься з однієї особи на іншу речове право або виключне право, без права вимоги” [247, с. 442-443]. Як зазначає у зв'язку з цим В.В. Луць, договір є вираженням взаємно узгодженої волі двох або більше сторін договору, яка може бути спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків у формі зобов'язального або іншого (наприклад, майнового) правовідношення [145, с. 127].

Так, за договором дарування одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдаровуваному) безоплатно майно (дарунок) у власність (ч. 1 ст. 717 ЦКУ). Результатом договору дарування є виникнення права власності в обдарованого та відповідно абсолютне правовідношення між обдарованим й невизначеним числом зобов'язаних осіб.

Розглядаючи значення традиції як договору, за яким передається речове право, Ф.К. Савіньї зазначав, що традиція являє собою справжній договір, оскільки в ній сприймаються всі ознаки поняття договору, у традиції міститься волевиявлення

обох сторін, спрямоване на передання володіння і власності, і внаслідок цього правовідношення діючих осіб стають іншими; та обставина, що самого цього волевиявлення недостатньо для повної традиції, що має додатися дійсне набуття володіння як зовнішня дія, не анулює суть договору, що полягає в цьому [213, с. 385].

Важливим є питання про розуміння договору як юридичного факту. Слід усвідомлювати, що систематизація юридичних фактів, запропонована Ф.К. Савіньї, стала основою для формування сучасної їх класифікації. Крім цього, необхідно мати на увазі, що погляди німецького правознавця значною мірою кристалізували волевий компонент будь-якого юридичного факту. Саме тому цей підхід покладений в основу дослідження. Отже, вільні дії осіб – учасників відносин та випадкові обставини – результат першого поділу. У свою чергу способи вираження волі у вільних діях склали волевиявлення (юридичні угоди), які спрямовані безпосередньо на виникнення або припинення правовідношення, та дії, у яких воля спрямована на неюридичні цілі. Волевиявлення були поділені на односторонні волевиявлення та договори [213, с. 213-214]. Сучасна правова доктрина визначає юридичні факти як життєві обставини, з якими закон, правові норми пов'язують настання юридичних наслідків, насамперед різних правовідносин [228, с. 247]. Не зупиняючись детально на відтворенні системи юридичних фактів, зазначимо, що договір у межах роду правомірних дій відносять до юридичних актів [220, с. 403].

Важко погодитися з тими вченими, які заперечують методологічну цінність розуміння договору як юридичного факту. Прагматизм, як видається, може бути зайвим, коли йдеться про врахування усталених переконань, вироблених доктриною. Як зазначає Б.І. Пугінський, оскільки умови договорів, які визначають суб'єктивні права і юридичні обов'язки осіб, за загальним правилом, виробляються самими сторонами, а не сприймаються ними з закону, то договір не може і не має характеризуватись як юридичний факт у загальноприйнятному розумінні даного терміна. Юридичний факт – це теоретична конструкція, створена для пояснення нормативного регулювання. Вона незастосовна до договірному регулюванню, яке

вимагає від суб'єктів самостійного формування прав і обов'язків [200, с. 20-21]. Зауважимо з приводу цього наступне. По-перше, формулювання прав та обов'язків на розсуд сторін не виключає піднормативного характеру сформованої договірної конструкції – системи прав і обов'язків сторін. Наприклад, предмет та форма договору купівлі-продажу мають узгоджуватися зі ст. 656-657 ЦКУ. По-друге, реалізація начала диспозитивності у формі ініціативного та вільного формування прав та обов'язків – змісту договірної зобов'язання не суперечить вираженню сутності договору як юридичного факту, оскільки закон санкціонує рух правовідношення через факт укладення договору, а отже визначає властивість договору саме як юридичного факту. Узгодження наведених вище суджень Б.І. Пугінського з наступною його думкою про волевиявлення суб'єктів як дійсне джерело договірної зобов'язання виглядає не надто здійсненним [200, с. 20-21].

Слід розуміти значення волі для конструювання договору-юридичного факту. Р.О. Халфіна сутність договору вбачала саме у вольовому акті сторін [239, с. 106]. Пояснюючи особливості різних видів юридичних фактів, С.С.Алексєєв підкреслював, що найважливіше значення для розуміння їх природи і функцій має поділ юридичних фактів залежно від їх зв'язку з індивідуальною волею, а договір є індивідуальним актом [8, с. 167-170].

У цивілістиці сформовані способи обґрунтування волі та волевиявлення в такому юридичному факті як договір. Так, Ф.К. Савіньї розглядав договір як об'єднання кількох (осіб - В.К.) для виявлення узгодженої волі, що визначає їх правовідношення [213, с. 383]. Г.Ф. Шершеневич, формулюючи визначення договору як угоди двох і більше осіб, спрямованої на встановлення, зміну або припинення якого-небудь юридичного відношення, називав серед ознак договору, зокрема, наявність узгодженої волі декількох осіб та взаємне пізнання такої волі, засвоєння однією особою змісту волі другої особи [247, с. 442-443]. На думку К.П. Победоносцева, договір являє собою свідому домовленість кількох осіб, у якій всі вони спільно виявляють свою волю для того, щоб визначити між собою юридичне відношення у своїх особистих майнових інтересах. При цьому вчений наголошував

на необхідності наявності двох воля [182, с. 8-9]. Відтак важко погодитися з точкою зору С.М. Бервено про взаємний збіг волі учасників договору [27, с. 14]. Слід чітко розуміти, що апріорі для укладення договору необхідні дві волі, що узгоджуються між собою. Убачається необґрунтованим абсолютизувати неподільність волі, розглядати її в застиглому вимірі. Неподільність волі, продукуючої договір, виникла на основі реального існування одиничних воля кожної сторони договору, які виникають автономно перед їх узгодженням і об'єднанням.

Поряд з таким означенням волі важливо зрозуміти й характер волевиявлення. Поділяємо думку тих науковців, які визнають наявність сукупності волевиявлень. М.М. Агарков стверджував, що договір складається не з однієї, а двох і більше дій (волевиявлень), спрямованих на встановлення, зміну або припинення цивільних правовідносин [2, с. 358]. О.О. Красавчиков, констатує єдність договору як волевого акту, не заперечував при цьому наявності елементарної або складної системи волевиявлень, органічно втіленої у взаємній домовленості сторін [131, с. 121-122; 129, с. 7]. Розглядаючи договір як підставу виникнення зобов'язань, О.С. Іюффе писав про договір як про угоду, що укладається співпадаючими волевиявленнями двох або кількох сторін [93, с. 26].

На наш погляд, на етапі укладення договору об'єднання воля набуває завершеності. Волевиявлення сторін співпадають. У результаті відбувається формалізація договору. Можна визнати переконливою думку про наявність окремої стадії, що передує укладенню договору та на якій відбувається узгодження воля [74, с. 126]. Факт укладення договору знаменує собою перехід від переддоговірного правовідношення до конкретного речового або зобов'язального правовідношення. У зв'язку з цим М.Ф. Казанцев відмічає, що юридичним фактом є факт наявності договору, а не сам договір як такий [104, с. 268]. Цікавим у даному контексті є хід міркувань С.О. Погрібного. Автор спочатку зауважує, що укладення договору є виключно юридичним фактом лише тоді, коли сторони цього договору при його укладенні погоджуються на застосування до їх відносин статутного цивільного права без будь-яких змін або

доповнень. У випадках саморегулювання на підставі ст. 6 ЦКУ договір не завжди виконує роль юридичного факту, оскільки угодою сторін може бути передбачено, що їхні права та обов'язки виникають, змінюються чи припиняються не в силу самого укладення договору, а у зв'язку з певними іншими юридичними фактами, наприклад, настанням або ненастанням певної події. Проте, далі, С.О. Погрібний доходить висновку, що договір є найважливішим юридичним фактом у сфері договірних цивільних відносин, оскільки саме він *виключним чином* виступає підставою виникнення цивільних договірних відносин (зобов'язань) [186, с. 137-138, 156] (курсив наш – В. К.). Наведені думки засвідчують складність усунення юридико-фактичної властивості укладення договору. Не викликає сумнівів, що кожний договір є юридичним фактом. Це безпосередньо впливає з аналізу ст. 11, 202 та 626 ЦКУ. Інша справа, що укладення договору рідко є одиничним вичерпним правоутворюючим фактом. Часто це елемент юридично значущої сукупності (фактичного складу – В.К.), а тому укладення договору на практиці з різною мірою інтенсивності впливає на динаміку правовідносин.

Видатний німецький цивіліст Л. Еннекцерус визначав фактичний склад як сукупність вимог, з якими правопорядок (тобто абстрактні норми) пов'язує правові наслідки, тобто виникнення, припинення або зміну юридичного відношення. При цьому основну (визначальну) частину фактичного складу утворюють юридичні факти. Знаменно, що Л. Еннекцерус не тільки пропозицію щодо укладення договору та її прийняття, а й самий договір, що виникає з них обох, відносив до юридичних фактів [252, с. 76, 78]. Результатом аналізу ст. 202 та ст. 626 ЦКУ є висновок про те, що кожний договір є правочином, але не кожний правочин є договором. Інтерес викликає у зв'язку з цим позиція С.І. Шимон, яка слушно вказує на ту обставину, що правочин як дія, що спрямована на настання правових наслідків, зумовлює їх тільки в сукупності фактичного складу, який може включати такі елементи як юридичні стани, юридичні умови, факти-правовідношення. Водночас сам правочин являє собою цілісний фактичний склад, виключно повна сукупність елементів якого (що виражені в умовах дійсності правочинів) спричиняє можливість настання

юридичних наслідків [248, с. 318-319]. Наявність договору дійсно часто є елементом фактичного складу. Візьмемо до прикладу договір страхування, за яким одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання певної події (страхового випадку) виплатити другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору (ст. 979 ЦКУ). Сам договір, юридичні стани контрагентів (наприклад, статус юридичної особи страховика, що діє на підставі ліцензії та громадянство страхувальника), настання страхового випадку являються, на нашу думку, елементами фактичного складу, що, таким чином, виступає комплексною підставою для виникнення основного зобов'язання із відшкодування, яке у свою чергу обслуговує стрижень страхового правовідношення – страховий інтерес. У законодавстві можуть моделюватися й більш складні сукупності юридичних фактів. Так, за договором комерційної субконцесії, користувач надає іншій особі (субкористувачу) право користування наданим йому правоволодільцем комплексом прав або частиною комплексу прав на умовах, погоджених із правоволодільцем або визначених договором комерційної концесії (ч. 1 ст. 1119 ЦКУ). За таких умов крім факту укладення договору, правосуб'єктних передумов, юридичних станів, необхідною є наявність факту правовідношення, що виникло з основного договору концесії, предметом якого виступає суб'єктивне право – елемент окремого юридичного стану (ч. 1 ст. 1116 ЦКУ).

Аналіз договору через призму категорій “правовідношення”, “зобов'язання”, “юридичний факт” безумовно займає значне місце в дослідженні його природи. Водночас важливо звернути увагу на розуміння договору як регулятора цивільних відносин, а також пов'язану з таким підходом проблематику, що стосується можливості визнання договору джерелом цивільного права або джерелом цивільно-правових норм.

Регулятивність договору як його важливу функцію досліджували в різні історичні періоди Й.О. Покровський, Р.О. Халфіна, Т.І. Ілларіюнова, М.М. Сібільов та інші вчені. Так, Й.О. Покровський визначав договір як спосіб регулювання

відносин між приватними особами згідно з їх індивідуальними інтересами та потребами [189, с. 236]. На думку М.М. Сібільова, договір як регулятор суспільних відносин, протягом майже усього періоду існування радянського права під таким кутом зору не розглядався ані в загальній теорії права, ані в науці цивільного права [218, с. 34]. Проте з цим погодитися можна лише частково. Р.О. Халфіна, досліджуючи договір як засіб регулювання поведінки сторін, зауважувала, що договір відрізняється від інших видів юридичних фактів тим, що він не тільки дає підстави для застосування тієї чи іншої норми права до конкретного випадку і для виникнення, зміни або припинення конкретного правовідношення, але й безпосередньо регулює поведінку сторін, безпосередньо визначає права і обов'язки учасників породжуваного ним правовідношення [239, с. 106]. Т.І. Ілларіонова називала договір юридичним засобом впливу, актом соціально-регулятивного характеру, провідником регулятивної і охоронної функції цивільного права [92, с. 45-52]. У сучасній цивілістичній доктрині роль договору як регулятора цивільних відносин є визнаною [137; 5; 144; 186, с. 84-94].

Дискусійним залишається питання щодо можливості віднесення договору до джерел цивільного права. Дана проблема, на наш погляд, потребує ретельного розгляду. Не вдаючись до поглибленого аналізу сучасного бачення щодо джерел права, дозволимо собі зробити деякі зауваження. Окремі науковці сьогодні досить сміливо та, вважаємо, допоки передчасно констатують створення договором норм цивільного права. Так, О.О. Первомайський зазначив, що застосування договору для вирішення спору про право між двома конкретними суб'єктами або обов'язок останніх здійснювати свою правореалізаційну діяльність на підставі договору навіть за умови незагальнообов'язковості та однократності його дії, дозволяє розглядати договір як джерело права як для них самих, так й інших правореалізаційних суб'єктів щодо правовідносин між першими [180, с. 36]. М.М. Сібільов висловив думку, що норми договору, згідно з якими сторони відступають від положень закону, мають вважатися нормами цивільного права [147, с. 109]. Пізніше С. О. Погрібний, досліджуючи регулятивність договору з урахуванням ст. 6 ЦКУ,

зауважив, що створення договором і закріплення в ньому правил поведінки учасників відповідних відносин є визначенням договором норми цивільного права, якою відповідні відносини регулюються [186, с. 94; 183, с. 34]. Таку позицію поділяє Р.А. Майданик, пропонуючи розглядати договір як похідне джерело цивільного права [195, с. 199].

Очевидно, що наведені міркування для сприйняття їх в новій концептуальній якості потребують належного обґрунтування шляхом перегляду таких основоположних загальнотеоретичних категорій як “правове регулювання”, “джерело права”, “нормативність”, “норма права”. Виявимо та проаналізуємо спроби такого переосмислення прихильниками визнання договору джерелом цивільного права на двох рівнях. На першому рівні, як буде показано, відбувається перегляд “нормативності” з фактичною відсутністю смислового виходу на категорію “норми права”, тобто наявний розрив між взаємозалежними категоріями. У свою чергу на другому рівні переоцінка “джерела цивільного права” здійснюється абстраговано від “норми цивільного права”, а “правове регулювання” взагалі позбавляється необхідності перегляду.

Отже, на першому рівні наукової дискусії С.О. Погрібний визнає необхідність уточнення змісту нормативності в цивільному праві й відповідно визначає нормативність як властивість акта створювати правило поведінки на певну життєву ситуацію, незалежно від того, персоніфіковані чи ні суб'єкти такої поведінки, розраховане це правило на разове чи багаторазове застосування [186, с. 91-93; 185, с. 92-93]. Видається, що таке розуміння нормативності цілком узгоджується з властивостями будь-якої соціальної норми, до множини яких належить й правова норма, але не відображає специфіку норми права. У юридичній науці при виявленні природи норми права та відповідно норми цивільного права наголошується на загальнообов'язковості норми [124, с. 367-369]; обов'язковості норми права, що має своїм джерелом веління державної влади [246, с. 369-370]; повторюваності відношення, що регулюється нормою права та є передумовою загальнообов'язковості [94, с. 130]; загальнообов'язковості відповідного правила

соціальної поведінки, установленні або санкціонуванні його державою [199, с. 250; 228, с. 211]; всезагальності та обов'язковості застосування норми [36, с. 31]; поширенні норми на невизначене коло осіб (на “всіх та кожного”) та забезпеченні державою [54, с. 40]. Р. А. Майданик значною мірою конкретизує оновлену нормативність та визначає останню як закріплення правил поведінки, юридично обов'язкових для невизначеного або індивідуально визначеного кола учасників; установлення правила, тобто виду і міри належної поведінки [195, с. 197]. Слід визнати, що така корекція нормативності також потребує уточнення поняття норми права, у змісті якого будуть нівельовані усталені доктринальні переконання про ознаки норми права. У протилежному випадку з'являється конфлікт між родовим та видовим поняттями в частині неохоплення нормою цивільного права конститутивних характеристик будь-якої правової норми.

На другому рівні доктринального осмислення О.О. Первомайський пропонує розглядати джерело права як результат правопізнання, що знаходить своє об'єктивне втілення в юридичному акті або іншій зовнішній формі, які є обов'язковими для кола учасників правовідносин, визначених у відповідному джерелі [180, с. 183]. Не заперечуємо феноменальність та багатовимірність права, трансцендентні витoki його природи, але відверто визнаємо при цьому обмеженість пізнання саме ідеального права. Обережно схиляємось при цьому до проявів права в об'єктивній реальності – форм вираження норм права як надійних орієнтирів для нашого пізнання. Рішуче сприйняття О.О. Первомайським джерела права як результату правопізнання та надання такому абстрактному процесу якості твердого фундаменту для теоретичних узагальнень призводить автора до висновку: “немає підстав стверджувати, що закон як нормативний юридичний акт є результатом більшого пізнання права, ніж, наприклад, договір як індивідуальний юридичний акт” [180, с. 187]. Такі міркування, на наш погляд, невиправдано відриваються від традиційної методології дослідження джерел права [124, с. 369; 149, с. 69], що базується на догматичному положенні про наявність об'єктивного права. Одночасно в нормотворенні автором убачається творіння джерел права [180, с. 182]. Сутність

норми права при цьому не переглядається, що сприяє розмиттю змісту “усталеної нормативності” (взято в лапки нами - В.К.). З урахуванням зазначеного, уже не викликає здивування визначення С.О. Погрібним правового регулювання як діяльності певного суб’єкта зі створення норм права, приписам яких має відповідати поведінка суб’єктів відповідних правовідносин [184, с. 28]. Договір можна вважати джерелом норм індивідуальної дії (індивідуальних норм) [114], які, проте не мають і не можуть мати загальнообов’язкового характеру всупереч поглядам окремих вчених [162, с. 293], а отже не є нормами права. Тому переосмислення “правового регулювання”, на наш погляд, має відбуватися на іншій концептуальній основі, про що буде зазначено окремо. Відмітимо також у цьому контексті, що С.О. Погрібний та Р.А. Майданик при доведенні своїх позицій спираються на тезу Ю.О. Тихомирова щодо визнання договірних правил у широкому розумінні проявом нормативної саморегуляції [229], але слід усвідомлювати, що в іншій загальнотеоретичній праці вчений ясно визнає розмежування регулюючої ролі договору від правової норми за критеріями походження правил поведінки та відмінністю меж дії правила поведінки [230, с. 291].

Доцільність визнання договору джерелом цивільного права піддавалася сумніву правознавцями в XIX-XX ст. На нашу думку, їх аргументи не втратили своєї актуальності. Так, Ф. Регельсбергер писав, що “автономія не є підставою для виникнення юридичних норм; вона сама запозичує свою силу з тієї чи іншої (диспозитивної) норми” [204, с. 80-81]. Ю.С. Гамбаров зазначав: “...суб’єктивні права, які виникають з договору, так само, як і будь-які суб’єктивні права взагалі, зобов’язані своїм походженням не договору..., а загальній юридичній нормі, яка надає договору правозароджуючої сили...; ...як недозволені дії не суть джерела права в технічному сенсі слова, так само мало можуть бути визнані ними й договори цивільного права” [46, с. 220]. У цьому смисловому контексті писав також М.К. Ренненкампф: “визначення приватних осіб, що складені в формі договору... не суть особливі форми права. Договір не створює норми права, він передбачає її вже наявною, і на її підставі встановлює правовідношення; можливості і межі права

осіб... визначати на власний розсуд зміст договорів полягає в загальних нормах права, що допускають його; визначення сторін договору мають юридичну силу тільки тому, що засновуються на загальних нормах права та охороняються ними” [163, с. 118]. Винятковою була позиція Ф.В. Тарановського: “... диспозитивна норма дозволяє сторонам взаємною угодою визначати їх права та обов’язки відносно один одного. Якщо сторони користуються цією наданою їм можливістю, джерелом конкретної юридичної норми, що регулює відносини між ними, є договір” [227, с. 187]. Слід розуміти, проте, що ця думка вченого супроводжує проведений ним поділ договорів на нормативні договори та договори-угоди. Лише договір нормативного типу створює об’єктивну юридичну норму. Учений також наголошував на необґрунтованості змішування нормативних фактів (нормативних договорів) та юридичних фактів (договорів-угод) [227, с. 188, 169]. Є підстави вважати, що Ф.В. Тарановський цивільно-правові договори відносив до договорів-угод, коли серед ознак останніх називав: бажання кожної сторони чогось свого, особливого (покупець та продавець); різницю мотивів сторін; створення таким договором-угодою юридичного відношення [227, с. 188]. Нині опосередковане підтвердження нашому припущенню знаходимо у Є.О. Суханова, коли вчений підкреслює значення цивільно-правових договорів у механізмі цивільно-правового регулювання як юридичних фактів, а не правових норм, зазначаючи, що договори не є загальнообов’язковими правилами поведінки та мають значення для виникнення, зміни або припинення конкретних правовідносин. Характерно, що при цьому визнається організуюча та регулююча роль договору [209, с. 87].

На нашу думку, більш широкий аспект проблематики визнання договору джерелом цивільного права відображає ту тенденцію лібералізму в приватному праві, яка розвиває зміст базових ідейних елементів правової реальності та в цьому переплітається з постмодерністськими та глобалізаційними викликами для людства в цілому. Мова йде про кількісне зростання суб’єктів нормотворчості зовсім не в дусі Й.О. Покровського з ідеєю приватного права як системи правової децентралізації та наявності множини центрів, які самовизначаються [189, с. 10].

Цивіліст, цілком усвідомлюючи регулятивні властивості договору, не дозволив собі писати про договір як джерело цивільного права. Мається на увазі поступове знецінення держави як носія правової ідентичності, гаранта позитивного правопорядку, у нормах якого має апріорі легітимізуватись ідеальне право. Зменшення соціальної цінності договору корелює з вихолощенням ідеї договору як провідника індивідуальної свободи – ядра ліберальної ідеї. Цим самим грандіозна перспектива права, що прямує до солідарності вільних особистостей [189, с. 62-63], ризикує бути нігілізованою на невизначений історичний період.

М.К. Ренненкампф справедливо вказував, що визнання договорів особливою формою права було б рівносильно визнанню приватної особи законодавцем у своїй приватній сфері, що суперечить поняттю про закон та державу. Історичними прикладами такого визнання є досвід германських племен на перших щаблях їх політичного життя та період панування приватного свавілля й відсутності загальної державної влади в добу феодалізму [163, с. 118-119]. Видається не випадково, що через майже півтора століття М.К. Ренненкампфу ніби вторить сучасний правознавець М.М. Марченко з риторичним питанням: “... що робити з такою «мультиправовою» економікою і як жити в такому безладному суспільстві, яке складається з мільйонів законодавців та відповідно такої ж кількості систем законодавства ?” [158, с. 311].

Відзначимо, що, незважаючи на реформаторські погляди окремих цивілістів, і в сучасній правовій доктрині залишається достатньо стійкою ідея недоцільності визнання договору джерелом цивільно-правових норм. С.М. Бервено називає договір ненормативним засобом індивідуального врегулювання відносин договірних сторін [27, с. 12]. В. Яроцький відносить цивільно - правові договори до актів піднормативного рівня, якими забезпечується індивідуальне регулювання [253, с. 22]. І.А. Міннікес визнає за договірним індивідуальним правовим регулюванням піднормативний характер [160, с. 13]. В.В. Луць зауважує, що саме індивідуальне регулювання відносин сторін у конкретному договорі і відрізняє його від нормативного регулювання, здійснюваного нормами закону чи іншого нормативно-

правового акта [144, с. 20]. С.П. Погребняк чітко виявляє різницю між цивільно-правовим договором та нормативним договором, указуючи, що індивідуальний договір спрямований на встановлення, зміну чи припинення правовідносин, тоді як метою нормативного договору є встановлення, зміна чи скасування норм права [66, с. 21]. Уважаємо, що з обережністю ставиться до даної проблеми Н.С. Кузнєцова, яка зазначає, що кваліфікація договору як джерела цивільного права не викликає абсолютного неприйняття опонентів, але водночас підкреслює, що договір продовжує існувати і регулює в межах, *встановлених нормами об'єктивного права*, поведінку учасників створеного ним правовідношення доти, поки не буде досягнуто результату, який був метою договору [137, с. 17, 14] (курсив наш – В. К.). Межі об'єктивного права окреслені й в ст.6 ЦКУ, яка являє собою диспозитивну норму, що санкціонує регулятивність договору та рамки механізму саморегулювання. Тому логічно суперечливим є допущення можливості створення норми об'єктивного права у процесі саморегулювання, який обмежений нормою права (ст. 6 ЦКУ). Характерною в цьому контексті є також думка автора про усунення індивідуальним договірним приписом нормативного припису, *коли про це прямо йдеться в законі* [138, с. 11] (курсив наш – В. К.).

Більш перспективним, на нашу думку, є поглиблення вивчення регулятивних властивостей договору в контексті категорій “правове регулювання”, “механізм правового регулювання” “договірне правове регулювання” [102] на базі новітніх загальнотеоретичних моделей як то, наприклад, інструментальної теорії права, де правове регулювання розглядається як комплекс динамічних систем та структур у масштабі правової матерії, засобів або інструментів правової регуляції, серед яких норми права зберігають своє провідне значення, але не вичерпують змісту правового регулювання [11, с. 70-280].

1.2. Воля та волевиявлення в переддоговірному правовідношенні

Проблематика дослідження категорій волі та волевиявлення є багатоаспектною. Вона включає, зокрема: сутність концептів волі та волевиявлення, як це пропонується в доктрині; місце волевиявлення в договорі як фактичному складі; оферту та акцепт як волевиявлення.

З огляду на це, важливим є з'ясування: природи оферти, акцепту та інших дій в межах переддоговірного правовідношення; можливості виокремлення суб'єктивних цивільних прав, які опосередковують рух оферти та акцепту в такому правовідношенні. Очевидно, що необхідною передумовою для вирішення цих завдань є спроба виявлення сутності та видів переддоговірних правовідносин.

При цьому доцільно зосередитися на значенні волі та волевиявлення при належній динаміці переддоговірного правовідношення, а отже - не будемо зачіпати широке коло проблем щодо дефектних волі та волевиявлення, які можуть мати наслідком виникнення іншого зобов'язання.

Поняття волі й досі є недостатньо розробленим в юридичній науці. Найбільш поширеним є використання надбань психології для пояснення волі в праві. Так, В.А. Ойгензіхт фіксував наявність у науці розуміння волі як подолання перешкод; здатності; причини, сумарного підсумку всіх причин; бажання; цілеспрямованості [170, с. 10-12]. Учений пропонував визначати волю як єдиний, комплексний процес психічного регулювання поведінки (дій, учинків) суб'єкта [170, с. 24].

З огляду на феноменальність цієї категорії, волю в праві, на наш погляд, можна визначити як внутрішній процес самовизначення суб'єкта права, об'єктивно направлений на настання юридичних наслідків.

У юридичній літературі висловлені різні думки з приводу волі в цивільному праві. Як вірно підмічає Н.В. Курмашев, воля як елемент правової конструкції правочину і психологічна категорія волі не є тотожними, підкріплюючи свій висновок особливостями волі юридичної особи, волі в інституті представництва, волі в межах категорії "дієздатність", волі в інституті недійсності правочинів,

з'ясування волі при тлумаченні правочинів [140, с. 73-80, 87]. Існує визначення волі в приватному праві як особистої здатності усвідомлено приймати рішення з приводу власних дій і супутніх їм наслідків [175, с. 9]. Воля визнається елементом правочину [33, с. 168; 176, с. 52-54], суб'єктивним елементом правочину [167, с. 20], елементом фактичного складу правочину [177, с. 51-53], внутрішнім елементом волевиявлення [233, с. 74].

З деякими підходами важко погодитися. Так, С.М. Бервено називає волю суб'єктивним проявом ставлення особи до своїх дій або до дій, спрямованих на укладення договору для досягнення відповідної юридичної мети [27, с. 14]. На нашу думку, такий підхід звужує дійсну наповненість волі, оскільки тут ставлення особи до своїх дій невиправдано поглинає волю, яка охоплює, уважаємо, наміри, мотиви, бажання, рішення суб'єкта. Ставлення, безумовно, також є елементом вольового процесу. Крім цього, формулювання С.М. Бервено дає можливість зробити неприйнятний висновок про відірваність цілеспрямованих дій суб'єкта від його волі. У свою чергу К. Свіданов указує, що внутрішня стадія формування волі перебуває насамперед у психічній площині, а зовнішня – у площині дій. Зіставлення внутрішнього та зовнішнього процесів з очевидністю демонструє численні складнощі, які спіткають їх взаємоузгодження [98, с. 241]. З таким твердженням складно погодитися. На нашу думку, для вольового процесу характерна єдність. Результат вольового процесу об'єктивується зовні – у волевиявленні, де вже немає місця для формування волі. Дія – це реалізація сформованої волі, а не джерело її розвитку. У контексті дослідження договірної волі правильним, на наш погляд, є визначення волі як прийнятого в результаті внутрішнього регулятивного процесу рішення про вчинення відповідного правочину, вираженого у волевиявленні [177, с. 55-57]. Договірну волю, уважаємо, можна розщепити на волю, спрямовану на укладення договору як окремий організаційний факт та волю, спрямовану на досягнення правового результату у формі належно виконаного договірною зобов'язання. Договірна воля - це нова єдина воля [219, с. 185] або взаємно засвоєна

та погоджена воля сторін [247, с. 452]. Договірна воля виявляється в договірних волевиявленнях сторін [17, с. 68-70].

Важливим є дослідження самого поняття волевиявлення. Передусім відзначимо, що в ЦКУ правочин визначається через категорію “дія особи”, а не волевиявлення (ч. 1 ст. 202 ЦКУ). Договір визначається через категорію “домовленість” (ч. 1 ст. 626 ЦКУ). Водночас концепт волевиявлення має системне значення в межах інституту правочину, про що свідчить ч. 3 ст. 203 ЦКУ. Такий підхід законодавця, на нашу думку, є результатом складного синтетичного впливу німецької теоретичної юриспруденції та радянського цивілістичного вчення про юридичні факти, яке абстрагувалося значною мірою від досягнень пандектистики. Проте слід усвідомлювати, що основи концептів волевиявлення та правочину розроблені в ХІХ ст. саме в рамках німецької пандектистики через практичну необхідність звільнитися від незручних пережитків римської казуїстики та створити загальну частину системи приватного права [155, с. 192-197]. Ф.К.Савіньї називав юридичною угодою волевиявлення, що спрямоване безпосередньо на виникнення або припинення правовідношення, навіть якщо воно буде тільки засобом для досягнення інших, навіть неюридичних цілей [213, с. 213]. Осібно стоїть позиція Д.Д. Грімма в його критичному огляді пандектистської доктрини: “... волевиявлення як таке взагалі не є дією, а становить результат відомих дій: воно взагалі не є вольовим актом...; ... волевиявлення як процес являє собою хоч і складний, але все ж єдиний зовнішній вольовий акт, спрямований на повідомлення про майбутній вольовий акт, що має проявитися зовні, у дії: ясно, що не можна ототожнювати це повідомлення про майбутній вольовий акт з самим вольовим актом: не ототожнюємо ж ми факт з повідомленням про цей факт, або почуття з повідомленням про нього.” [57, с. 285]. Дані міркування ми розуміємо як розрив з традиційним вченням про волевиявлення. Тут під волевиявленням одночасно розуміється вольовий процес, який має чомусь сприйматися через дію особи та точковий акт фіксації цього процесу, його завершена стадія, яка за Д.Д. Грімом виключно через особливості свого буття в часі не виправдано, вважаємо,

позбавляється імманентного вольового змісту. Традиційно, в доктрині волевиявлення розглядається як елемент правочину [252, с. 109; 33, с. 168], об'єктивний елемент поняття правочину [107, с. 70] або як елемент договору - фактичного складу [17, с. 59-61; 133, с. 10]. Сумнівною тому є доцільність віднесення Ю. П. Єгоровим волевиявлення до компонентів волі [72, с. 87]. Пропонуємо визначати волевиявлення як об'єктивований результат вольового процесу, що потребує правової кваліфікації.

Визначення поняття волевиявлення в процесі юридичного пізнання пов'язується з виокремленням його елементів, ознак та цілей. У класичному підручнику з німецького цивільного права волевиявлення розуміється як вираження приватної волі, спрямоване на настання правового наслідку. По своєму змісту воно має бути спрямоване на настання правового результату, тобто на встановлення, припинення або зміну правовідношення. Воля такого змісту є волею вчинити правочин (*Geschäftswille*). Волевиявлення – виявлення волі вчинити правочин [252, с. 109-110]. Внутрішній елемент волевиявлення – це поєднання трьох напрямів волі: воля до акту (*Handlungswille*), воля виявити (*Erklärungswille*), тобто донести свою волю до контрагента, та воля до правочину (*Geschäftswille*). Зовнішній елемент – саме виражене, мовчазне або конклюдентне виявлення [233, с. 74]. У відомого німецького дослідника проблематики волевиявлення А. Манігк елементи складу всіх волевиявлень - воля на досягнення результату та безпосередня воля на вчинення дії [154, с. 246-248]. Дійсний договір передбачає відповідність волевиявлень, засновану на узгодженості волі двох сторін. Договір є фактичним складом, у якому складовими частинами погоджених договірних волевиявлень сторін виступають умови договору [132]. Серед ознак волевиявлення називаються його призначення бути сприйнятим іншими особами та усвідомлення суб'єктом вираження волі на вчинення правочину; свідомість волевиявлення та відображення в ньому наміру особи [61, с. 261]. А. Манігк убачає об'єктивну роль волевиявлення в його якості бути засобом пізнання. Така роль отримується волевиявленням відповідно до наміру особи, яка його здійснює та має на меті опублікувати свою

волю. У цьому полягає вже суб'єктивна роль волевиявлення [153, с. 246-249]. Мета будь-якого дійсного волевиявлення – наділення адресата можливістю розпізнати правочинну волю та відреагувати на неї [156, с. 259-261]. Завдання волевиявлення – доведення приватно-автономного рішення, волі особи до відома інших осіб [175, с. 9].

Слід звернути увагу на вчення про визначення основи дійсності правочину, яке можна вважати також теоріями співвідношення волі та волевиявлення. М.Л. Дювернуа характеризує три групи вчень. У першій групі основу сили правочину вбачають у волі особи, і де відсутня воля особи, там заперечують силу правочину. У другій групі вирішальним для юридичного ефекту правочину вважають не волю в її справжніх процесах, а лише результат цих процесів, що одержується у волевиявленні, і цьому волевиявленню приписують юридичний ефект у складі визначеного інституту. Перше вчення – теорія волі. Друге – теорія волевиявлення. Кожне з них передбачає застереження та виключення при застосуванні основного принципу. Третя група представлена теорією довіри (*Vertrauenstheorie*), що покликана примирити крайності обох вчень та вирішити труднощі шляхом широкого застосування міри добросовісності у випадках зіткнення з дійсною волею особи [68, с. 100-101]. Розкриття аргументів апологетів кожної з теорій залишимо поза рамками нашого дослідження. Зазначимо тільки, що захищаються насамперед теорія волі [252, с. 191-192; 33, с. 169, 172] та теорія волевиявлення [154, с. 251-252]. А. Панов правильно звертає увагу на деяку штучність конфлікту між даними теоріями, наголошуючи, що в разі наявності розбіжності між волею та волевиявленням навіть радикальні прихильники теорії волі ніколи не ствержували, що наслідки угоди будуть позитивно визначатися внутрішньою, не вираженою зовні волею сторони. Питання завжди було лише в тому, чи має право, з огляду на внутрішню волю, підтримати чи скасувати наслідки виявлення. Таким чином, обидві теорії насправді завжди мали спільне коріння: позитивні правові наслідки волевиявлення можуть визначатися лише виявленням волі [177, с. 68-70].

Не видається правильним аналізувати супутні, периферійні категорії без вироблення підходу до розуміння смислового центру, своєрідного ядра, навколо якого обертаються інші проблемні, але похідні явища. Стрижнем нашого дослідження виступає категорія переддоговірного правовідношення. Саме тому, визначення сутності та видів переддоговірних правовідносин має передувати дослідженню оферти та акцепту як волевиявлень й пов'язаної з цим проблематики правочинів та суб'єктивних прав у межах переддоговірного правовідношення.

Розглядаючи особливості договору як юридичного факту, ми звернули увагу на ту обставину, що факт укладення договору знаменує собою перехід від переддоговірного правовідношення до конкретного речового або зобов'язального правовідношення. Наразі видається можливим говорити про відсутність цілісної теорії переддоговірних відносин. Водночас показово, що навіть у деяких науково-практичних коментарях до цивільного законодавства, які з методологічних міркувань характеризуються переважно поміркованістю та виваженістю в актуалізації спірних теоретичних положень, можна зустріти непрямі посилання на відповідний факт. Наприклад, у коментарі до ЦК РФ за редакцією Т.Є. Абової та О.Ю. Кабалкіна в контексті тлумачення положення про переддоговірні спори (ст. 446 ЦК РФ) визнається факт існування цивільних правовідносин між учасниками переддоговірного спору. Такі відносини породжуються або прямими вказівками закону, які зобов'язують укласти договір, або тими юридичними фактами, які передбачені законом та уповноважують одну із сторін вимагати укладення договору від другої сторони, або укладеними між сторонами угодами про вступ у договірні відносини на умовах, установлених судом [121, с. 1025]. При цьому в царині спеціальних досліджень позиції науковців щодо розуміння суті переддоговірних відносин є відмінними. Так, А.М. Кучер фактично зводить види переддоговірних відносин до стадій переддоговірного процесу, називаючи такими: моделювання й структурування майбутніх договірних відносин; документальну перевірку; укладення договору; належне оформлення та державну реєстрацію договору [142, с. 15-29]. В.Г. Полякевич послуговується терміном “спосіб укладення договору”, під

яким розуміється вся різноманітність дій, які здійснюються учасниками переддоговірних відносин у ході договірної роботи з метою вироблення умов договору [190, с. 31]. Найбільш прийнятним для виявлення природи переддоговірних відносин нам видається підхід В.В. Богданова, який пропонує розглядати їх крізь призму класичного теоретичного вчення про структуру правовідношення [29, с. 29-49].

Предмет цивільно-правового регулювання становлять особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників (ч.1 ст. 1 ЦКУ). На наш погляд, права та обов'язки учасників переддоговірного правовідношення часто реалізуються в немайновому контексті, але при цьому не є особистими (наприклад, укладення попередньої угоди про ексклюзивність переговорів); можуть мати процедурний характер (права та обов'язки оферента та акцептанта); у поведінковому сенсі являють собою організаційно-підготовче обслуговування сторонами кінцевої мети – укладення договору в майбутньому, тобто виражають водночас немайнове та майнове цілепокладання осіб. У зв'язку з цим видається необхідним звернутися до концепції організаційних відносин, дослідження яких має тривалу цивілістичну історію.

Зосередимося лише на тих положеннях доктрини, які, вважаємо, мають значення для проблематики дослідження. С.С. Алексєєв організаційні відносини розглядав як майнові відносини на підставі матеріальності благ, які становлять об'єкт відносин [212, с. 72]. С. М. Братусь убачав в організаційних відносинах передусім владний характер, але при цьому визнавав також існування організаційних відносин, які є ніби зворотною стороною, рефлексом майнових відносин [211, с. 66]. О.О. Красавчиков сформував цілісне вчення про організаційні відносини та визначив особливості цивільних організаційно-правових відносин [129]. Прикметно, що до оформлення теорії в означеній статті цивіліст уже вирішив для себе питання про існування особливого правовідношення, що передуює договору. Автор писав: “правовідношення, яке виникло у зв'язку з наданням пропозиції

укласти договір, своїм змістом має не ті права та обов'язки, які виникнуть у результаті укладення договору, а лише права та обов'язки по укладенню самого договору, який виступає як юридичний факт для розвитку правовідношення, на встановлення, зміну або припинення якого направлено пропозицію [131, с. 60]. О.О. Красавчиков визначив організаційні правовідносини як правовідносини, засновані на засадах рівності їх учасників, які виражають здійснювану в межах закону діяльність громадян та організацій по впорядкуванню своїх взаємозв'язків та координації зусиль у процесі реалізації державної або власної ініціативи [129, с. 163]. Важливо звернути увагу на виокремлення вченим у межах групи організаційно-передумовних відносин, зокрема, зобов'язань з укладення всіх договорів у порядку, що на той час визначався ст. 160-166 ЦК РСФСР, а також на виділення групи організаційно-інформаційних відносин, у яких сторони майнового правовідношення зобов'язані обмінюватися визначеною інформацією [129, с. 163-164].

На думку С. Бородовського, відносини щодо подання оферти та висловлення акцепту можна розглядати як організаційні цивільні відносини, оскільки вони спрямовані на формування дво – або багатостороннього правочину і тривають до моменту його укладення [31, с. 181]. Водночас існує й протилежна думка про необґрунтованість визнання організаційним відношення, яке виникає до укладення договору; пропонується також визнавати відповідні відносини фактичними майновими відносинами або етапами розвитку майнових суспільних відносин [123, с. 44]. І. Спасибо-Фатєєва та О. Кібенко визнають організаційними відносинами як відносини із попереднього договору, які не є майновими, так і відносини, що передують будь-якому договору, тобто стадії його укладення (оферта і акцепт) [125, с. 215]. Погоджуємося з першою частиною даного твердження про природу попереднього договору. Сумніви виникають з приводу другого формулювання. Залишається неясним, чи вважають І. Спасибо-Фатєєва та О. Кібенко сам процес укладення договору на основі законодавчо закріпленої функціональної схеми оферти та акцепту (ст. 641-646 ЦКУ) організаційним

правовідношенням чи вчені обмежуються визначенням переддоговірної природи відношення, що виникає ще раніше стадії укладення договору.

Виходячи з поглядів О.О. Красавчикова, Ю.П. Єгоров обґрунтовано писав: “Фактичні економічні та соціальні можливості осіб по здійсненню процедурних дій набувають правової форми. Реалізація суб’єктивних прав та обов’язків в такому організаційному правовідношенні спрямована на створення умов для формування елементів складу угоди” [74, с. 127]. “При укладенні договорів абсолютні організаційні відносини виникають у кожного суб’єкта договору з третіми особами. Наприклад, при укладенні договору поставки на третіх осіб покладається пасивний обов’язок не перешкоджати суб’єктам договору в здійсненні ними процедурних дій відповідно до законодавства”; “...при укладенні договорів виникають відносні організаційні правовідносини між сторонами майбутнього договору та абсолютні організаційні правовідносини між суб’єктами договору й третіми особами” [74, с. 129, 130-131].

На нашу думку, переддоговірне правовідношення можна визначити як цивільно-правове відношення, у якому належна поведінка суб’єктів безпосередньо спрямовується на укладення договору або сприяє його укладенню, а неналежна поведінка суб’єктів до моменту укладення договору визнається недобросовісною та обумовлює відповідальність, установлену договором або законом. Отже, переддоговірне правовідношення не можна віднести виключно до сфери організаційних правовідносин з огляду на можливу наявність компенсаційного фактору – відповідальності *sui generis* за недобросовісне ведення переговорів у його межах. При обґрунтуванні автономності положення про відповідальність за *culpa in contrahendo* ми в подальшому будемо намагатися розмежувати її з деліктами. Водночас змістом деліктного зобов’язання визнається деліктна відповідальність [210, с. 1078], а змістом переддоговірного компенсаційного правовідношення (зобов’язання особливого роду) [64, с. 327] є відповідальність *sui generis* за недобросовісне ведення переговорів. Даний висновок має своєю передумовою виокремлення в доктрині охоронного

(відповідального) відношення, що є результатом трансформації регулятивного правовідношення [136, с. 33, 36-37]. Крім цього, незважаючи на відсутність розгляду переддоговірної відповідальності саме як переддоговірного правовідношення, нам вдалося зафіксувати важливий інтуїтивний акцент з цього приводу. Н.І. Майданик цілком проникливо назвала такі чотири найбільш типові стадії переддоговірного процесу: 1) формування економічного завдання та моделювання майбутніх договірних відносин; 2) перевірка на належну старанність; 3) укладення договору; 4) переддоговірна відповідальність [13, с. 838]. Неважко помітити, що перші три стадії відповідають змісту переддоговірного організаційного правовідношення, а четверта стадія являє собою по суті переддоговірне компенсаційне правовідношення.

З урахуванням наведеного, пропонуємо відкриту класифікацію переддоговірних правовідносин за наступними критеріями: 1) за функціональним призначенням: організаційне (безпосередньо спрямовується на укладення договору або сприяє його укладенню) та компенсаційне правовідношення (має характер *sui generis* стосовно організаційного правовідношення та являє собою зобов'язання, у змісті якого конструюється відповідальність особливого роду – *culpa in contrahendo*); 2) за підставою виникнення: договірне (виникає, наприклад, із попереднього договору, переддоговірної угоди про ексклюзивність переговорів, переддоговірної угоди про розподіл витрат сторін під час ведення переговорів, порушення правила добросовісного ведення переговорів за умови визначення відповідного обов'язку сторін в переддоговірній угоді) та позадоговірне (виникає, зокрема, із вступу у переговори, що визначається в законі як юридичний факт або з початку процедури укладення договору, передбаченої законом, у тому числі під час проведення торгів, конкурсів або аукціонів). При цьому запропонована класифікація переддоговірних правовідносин на організаційні та компенсаційні має своєю необхідною передумовою більш загальну класифікацію цивільних правовідносин на регулятивні та охоронні. Логічні принципи впровадження класифікації, на нашу думку, не порушуються, оскільки переддоговірні організаційні та компенсаційні

правовідношення за обсягом є вузкими поняттями, ніж регулятивні та охоронні правовідношення відповідно.

Щодо обґрунтованості виокремлення переддоговірного договірною правовідношення зауважимо наступне. При укладенні окремої переддоговірної угоди (наприклад, попереднього договору або договору про порядок ведення переговорів) відбувається розщеплення природи переддоговірною правовідношення. Парадоксально, але тут виникає договірне правовідношення, що зберігає при цьому свою складну переддоговірну природу. Характерними у зв'язку з цією тезою є визнання М.О. Єгоровою договору про порядок ведення переговорів підставою виникнення переддоговірною правовідношення [148, с. 125], а також визнання Р.А. Зейналовою попереднього договору та опціонного договору видами переддоговірних (організаційних) відносин [89, с. 37]. Указана особливість може зберігатися й щодо переддоговірною компенсаційного правовідношення, коли умови відповідальності за *culpa in contrahendo* конкретизуються в переддоговірній угоді. Таке розщеплення відсутнє, коли переговори ведуться без укладення окремого договору, а саме: а) правовідношення виникає на основі визнання законодавцем за вступом у переговори якості юридичного факту; б) зміст прав та обов'язків сторін до укладення договору конкретизується в актах законодавства; в) у випадку завдання шкоди добросовісній стороні переговорів, що породжує зобов'язання особливого роду за умови відсутності переддоговірною правочину.

Вирішення питань про сутність та види переддоговірних правовідносин повертає нас до проблематики переддоговірних волевиявлень.

Оферта та акцепт розглядаються як волевиявлення. Так, Є. О. Крашенінніков та Ю.В. Байгушева у своєму спільному дослідженні зазначають, що оферта та акцепт є волевиявленнями, які спрямовані на формування загальної волі сторін, що віднаходиться в їх договірних волевиявленнях, тому останні не містять у собі нічого такого, чого немає в оферті та акцепті. Договірні волевиявлення є тотожними за змістом оферті та акцепту. Водночас оферта та акцепт визнаються такими, що мають самостійне існування. Консенсуальність договору складається не з оферти та

акцепту, які не визнаються елементами фактичного складу договору, а з договірних волевиявлень сторін [17, с. 68-71]. Тут виникає питання про сутність договірних волевиявлень, які все-таки відмежовуються від оферти та акцепту. Є.О. Крашенінніков визнає умови договору елементами договірних волевиявлень [132, с. 33]. Якщо договірне волевиявлення – це виключно сукупність погоджених умов договору, то, дійсно, оферта та акцепт набувають самостійного значення як акти реалізації таких волевиявлень, але вони, однак, не стають елементами фактичного складу договору. Такий підхід, безумовно, заслуговує на увагу. Проте, деяка складність його осмислення спричиняється одночасними: 1) визнанням якості волевиявлення за офертою та акцептом; 2) невизнанням за офертою та акцептом якості правочинів; 3) виокремленням сутнісних договірних волевиявлень у результаті очевидного абстрагування. На противагу цьому вважаємо, що в складній структурі договору як фактичного складу, є підстави розглядати оферту та акцепт як юридичні факти. Сприйняття даної позиції потребує відповідного обґрунтування природи оферти та акцепту.

Звернемося до генези уявлень про невизнання оферти та акцепту правочинами. Важливим та основоположним, на нашу думку, доказом для супротивників відповідного визнання стала теза О.О. Красавчикова про договір як єдиний вольовий акт, а не суму двох односторонніх правочинів [131, с. 121-122]. О.О. Красавчикова підтримав Ю. К. Толстой [232, с. 17]. Згодом Б.Б. Черепакін писав: “оферта та акцепт, взяті окремо, не є односторонніми правочинами, хоча вони і є волевиявленнями, які спрямовані на юридичні наслідки. Кожний учасник договору, що укладається, бажає викликати визначені правові наслідки не своїм одностороннім волевиявленням, а в поєднанні та єдності з узгодженим волевиявленням другої сторони” [245, с. 31-32]. Можна помітити, що видатний цивіліст не опікувався питанням визначення природи таких волевиявлень, які спрямовані на юридичні наслідки. Видається, що сам акцент розгляду Б.Б. Черепакіна потребував їх кваліфікації в межах юридичних фактів або обґрунтування відсутності приналежності таких волевиявлень до відповідної групи.

Зауважимо, що Ю.П. Єгоров здійснив спробу вирішення даного питання, визнавши оферту та акцепт різновидом юридично значимих односторонніх дій, які опосередковують процес учинення правочинів-договорів, самостійним видом юридичних актів [71, с. 22]. На наш погляд, складність сприйняття цього твердження обумовлюється, по-перше, традиційним розумінням цивільно-правового юридичного акту саме як правочину [131, с. 116]; по-друге, аргументованим у сучасній теорії юридичних фактів поділом юридичних актів за ступенем формалізації волевиявлення на односторонні правочини та публічні акти [208, с. 117, 136].

Ключовий довід О.О. Красавчикова та Б.Б. Черепакіна про відсутність самодостатності окремих оферти та акцепту відповідно був підтриманий пізніше Ф.І. Гавзе [44, с. 86]. М.І. Брагінський та В.В. Вітрянський зробили висновок про загальне визнання цієї точки зору [33, с. 201]. У сучасній доктрині правочинна автономність оферти та акцепту продовжує піддаватися сумніву [73, с. 101-102; 71, с. 21-22; 42, с. 177; 249, с. 122; 250, с. 200]. Красномовною є позиція С. Бородовського щодо визнання оферти та акцепту яскравими прикладами юридичної фікції; штучними поняттями, що запроваджені лише для спрощення розуміння феномену договору та які виникли на основі теорії волевиявлення внаслідок розщеплення поняття договору [31, с. 181].

Насправді, у цивілістиці є досить значна опозиція наведеному вище підходу. Насамперед вчені посилаються на М. Г. Александрова у зв'язку з визнанням автором оферти та акцепту односторонніми правочинами [4, с. 157-158 цит. за 33, с. 201]. Не була однозначною й позиція О.С. Іоффе. У своїй дисертації він указував, що оферта обумовлює можливість виникнення договірних відносин, а не породжує їх. Водночас оферта розглядається як частина фактичного складу [96, с. 123]. Пізніше, проте, учений визнав, що “оферта та акцепт породжують визначені зобов'язання для осіб, які їх вчиняють: оферта зв'язує оферента можливістю її прийняття у встановлені строки, а приєднання до неї акцепту обумовлює визнання договору укладеним [93, с. 49]. Важливо усвідомлювати також, що наведена вище

серед першої групи думок теза О.О. Красавчикова знаходить смислове протиставлення в тій же роботі. Цивіліст зазначав: “оферта лише остільки породжує юридичну зв’язаність, поскільки вона є самостійним юридичним фактом, передбаченим спеціальними нормами права, які регулюють порядок укладення договорів...” [131, с. 60].

Таким чином, О.С. Іоффе, О.О. Красавчиков та Б.Б. Черепакін, явно схилилися до визнання оферти та акцепту юридичними фактами, але питання про встановлення їх видової приналежності чомусь залишалось невирішеним. Дійсно, якщо оферта та акцепт – юридичні факти, то вочевидь – це дії, а значить була і є потреба виявити їх серед відповідної сукупності вольових юридичних фактів.

Про оферту як правочин, що спрямований на встановлення правовідношення, писав О.Г. Певзнер [179, с. 98, 118]. У М.М. Агаркова припущення щодо оферти та акцепту як правочинів, на наш погляд, є імпліцитним. Аналізуючи вчення про секундарні права та пов’язані з ними односторонні волевиявлення, автор писав: “одностороннє волевиявлення, що породжує, змінює або припиняє якесь правовідношення, є юридичним фактом. У цьому відношенні *кожне одностороннє волевиявлення підпадає під поняття правочину...*” [3, с. 68-69] (курсив наш– В.К.).

Однозначним у цьому контексті було бачення С. С. Алексєєва. Правознавець запропонував категорію односторонніх зобов’язуючих правочинів, у силу яких здійснюється вплив на правову сферу інших осіб. С. С. Алексєєв відмічав: “оферта та акцепт, спрямовані на юридичні наслідки, які мають відносно самостійне правове значення: зачіпаючи відносини з організації укладення цивільно-правового договору, вони існують до тих пір, поки останній не укладено; ... як тільки останній укладено, односторонні правочини, пов’язані з його укладенням..., виявляються поглиненими договором” [10, с. 471-472]. Серед сучасних учених також є поширеним визнання оферти та акцепту односторонніми правочинами [21, с. 234; 12].

На наш погляд, визнання оферти та акцепту правочинами відповідає ч. 1 та ч. 3 ст. 202 ЦКУ. Пропонуємо визначати оферту як односторонній правочин, що

безпосередньо спрямований на виникнення суб'єктивного цивільного права на акцепт оферти, а умовно направлений на виникнення прав та обов'язків за договором. У разі визнання законодавцем базового виду переддоговірного правовідношення можливою є не лише правоутворююча в сенсі виникнення суб'єктивного цивільного права, а й правозмінююча якість оферти уже в сенсі видозміни переддоговірного правовідношення - переходу його від елементарної моделі до більш складної. Пояснення даного твердження буде надане нижче при дослідженні природи юридичної можливості направити оферту. Акцепт – це односторонній правочин, безпосередньо спрямований на виникнення прав та обов'язків за договором, тобто припинення переддоговірного правовідношення та виникнення договірної правовідношення. На нашу думку, відкликання оферти (ч. 3 ст. 641 ЦКУ) та відкликання акцепту (ч. 3 ст. 642 ЦКУ) також доцільно визнати односторонніми правочинами. Функціонально вони є рівноцінними, оскільки безпосередньо спрямовані на припинення переддоговірного правовідношення та упередження виникнення договірної правовідношення. Різниця між ними полягає в моменті вчинення, який для оферти та акцепту не співпадає та виражає різну стадію розвитку або може виражати навіть різний вид переддоговірної правовідношення у випадку ускладнення останнього іншими юридичними фактами (наприклад, при відкликанні акцепту, коли конфіденційну інформацію було надано після вчинення оферти, але до вчинення акцепту). Крім цього, слід розуміти, що відкликання акцепту спрямовується на припинення переддоговірної правовідношення шляхом припинення суб'єктивного права на акцепт оферти. Важливо також, що правочинна природа вищезгаданих дій, знаходить підтвердження в таких європейських приватноправових інструментах як PECL (ст. 1:303, 2:107); DCFR (ст. I.-1:109, ч. 2 ст. II.-1:101, ч. 2 ст. II.-1:103); CESL (ст. 10).

Визнання оферти, акцепту, відкликання оферти та відкликання акцепту односторонніми правочинами потребує, як свідчать вищенаведені висновки, обґрунтування наявності суб'єктивних прав у межах змісту переддоговірної правовідношення. На наш погляд, ми залишимося при цьому в рамках проблематики

волі та волевиявлення. Визначення природи відповідних волевиявлень як правочинів потребує доведення наявності суб'єктивних прав або фіксації стану правовідношення, які є об'єктами реалізації таких волевиявлень. Інакше кажучи, якщо односторонні правочини, що передують факту укладення договору, є актами реалізації суб'єктивних прав, то нам потрібно довести справедливість виокремлення таких прав. У протилежному випадку визнання відповідних волевиявлень правочинами не буде повністю аргументованим. При цьому неможливо обійти звернення в деякій мірі до більш загальних проблем визначення поняття суб'єктивного права та співвідношення суб'єктивного права й правоздатності. Ми сподіваємося, що подальший розгляд проілюструє виправданість таких відступів.

У доктрині широко визнаною є ідея, що передбачає пояснення суті суб'єктивного права через його зв'язок з кореспондуючим обов'язком [75, с. 26; 179, с. 33; 232, с. 39; 238, с. 225]. Така відповідність вважається іманентною для існування самого суб'єктивного права. Можна сказати навіть, що дане уявлення набуло рис своєрідної цивілістичної аксіоми. Звідси випливає, що тим можливостям суб'єкта, які є предметом нашого аналізу, на перший погляд, не відповідають юридичні обов'язки, а тому їх не слід визнавати суб'єктивними правами. Звернемо увагу на дану обставину та залишимо тепер питання перегляду категорії суб'єктивного права. Структура викладу дослідження неминуче поверне нас до цієї проблеми. Натомість, перейдемо до поступового розгляду можливостей, що нас цікавлять.

У контексті виявлення природи можливості вчинити оферту важливим є дослідження категорії правоздатності. Відзначимо, що в цивілістичній доктрині окремо не ставилося питання про природу відповідної можливості. Може скластися враження, що проблема взагалі відсутня, але це не зовсім так. Цивілістами увага звертається на категорію правочиноздатності суб'єкта – здатності вчиняти правочини. Вона визнається проявом цивільної правоздатності [3, с. 70], елементом правоздатності [179, с. 121] або елементом правосуб'єктності [32]. Очевидно, що офертоздатність є вужчим за обсягом поняттям, ніж правочиноздатність, тобто за

загальним правилом є елементом правочиноздатності та водночас компонентом правоздатності на вихідному рівні структурування. На наш погляд, проте, офертоздатність набуває якості суб'єктивного права при окремих умовах, які мають бути наявні разом. По-перше, при визнанні в цивільному законі за вступом в переговори якості юридичного факту й закріплення обов'язку добросовісного ведення переговорів для кожної сторони (ч.2 § 311 BGB; ч.2 ст. 434.1 ЦК РФ; ст. 2:301 PECL; ст. II.-3:301 DCFR). Тут виникає першопочатковий базовий вид переддоговірного правовідношення, що має відносний характер. По-друге, при наявності часового розриву між вступом у переговори та самою офертою (наприклад, коли вступ у переговори здійснюється шляхом пропозиції, що не містить усі істотні умови договору або містить застереження однієї сторони про можливість остаточного рішення про укладення договору). За наявності таких умов суб'єктивному праву на оферту відповідає обов'язок пасивного типу для іншого учасника переговорів визнати оферту та утриматися від дій, що перешкоджають направленню оферти. Треті особи при цьому також зобов'язані не перешкоджати оференту. Мається на увазі внутрішня та зовнішня дія відносного права учасника переговорів [203, 178].

Інший спосіб обґрунтування природи можливості вчинити оферту може впливати із визнання правоздатності суб'єктивним правом [209, с. 134-135; 37, с. 45-60; 75, с. 52; 26, с. 57]. На нашу думку, аргументація прихильників такої ідеї є досить уразливою. У площині нашої проблематики важлива невизначеність природи правочиноздатності та офертоздатності. Дані аспекти з незрозумілих причин залишаються або взагалі без розгляду, або не обґрунтовуються належним чином. Так, Я.Р. Веберс обмежується тим, що констатує: “здатність мати *право на вчинення різних правочинів*... - значний та обширний елемент змісту правоздатності” [37, с. 78] (курсив наш - В.К.). Виникають питання: по-перше, щодо місця правочиноздатності у структурі правоздатності як суб'єктивного права; по-друге, щодо природи права на вчинення різних правочинів, яке не співпадає з відповідною здатністю. Неприйнятним є підхід вченого і для визначення природи

офертоздатності, якщо мати на увазі, що структуру суб'єктивного права складають правомочності [39, с. 23-24]. С. М. Корнеєв та А.Є. Шерстобітов вважають, що зміст правоздатності складають не самі права, а можливість мати відповідні права [209, с. 136]. Звідси випливає, що правочиоздатність є елементом правоздатності-суб'єктивного права. При цьому зберігаються наведені вище упушення. Характерно в цьому зв'язку, що М.М. Агарков право укладати договори не вважав суб'єктивним правом як елементом правовідношення, але використовував слово "право" для позначення різних проявів правоздатності, у тому числі права укладати договори. Проблема співвідношення суб'єктивного права та прояву правоздатності у видатного цивіліста залишилася без вирішення [3, с. 72].

Можна погодитися з точкою зору вчених, які розмежовують правоздатність та суб'єктивне право [236, с. 158; 234; 195, с. 223; 39, с. 22-23], наголошують на абстрактному характері правоздатності [237, с. 257-258, 263], її сутності як необхідної передумови суб'єктивного права [34, с. 5] або цивільно - правової форми [22, с. 61]. Такий підхід не буде суперечити наведеному нами вище розумінню офертоздатності як елементу правочиоздатності, який може набувати якості суб'єктивного права. Визнання правоздатності суб'єктивним правом призводить до виникнення необхідності розщеплення правомочності, якщо правочиоздатність розглядати саме як правомочність, що є проблематичним. Не знаходять пояснення в такому смисловому полі й природа офертоздатності, заповітоздатності та інших проявів правочиоздатності.

Продовжуючи дослідження природи можливостей суб'єкта на переддоговірній стадії, які реалізуються через односторонні волевиявлення-правочини, слід повернутися до нашого попереднього зауваження про ніби-то невідповідність змісту таких можливостей (можливості акцептувати оферту, відкликати оферту, відкликати акцепт) поняттю суб'єктивного права. Спростування даної тези є можливим завдяки концепції секундарних прав.

Формування теорії секундарних прав пов'язують з іменами німецьких цивілістів Е. Цительмана, Е. Зеккеля та А. ф. Тура [235]. Так, Е. Зеккель визначив

приватне секундарне право як суб'єктивне (конкретне) приватне право, змістом якого є можливість установити (перетворити) конкретне правовідношення за допомогою одностороннього правочину. Зауважимо, що право направляти оферту Е. Зеккель не визнав секундарним правом [251, с. 212-214].

У доктрині відсутня єдність щодо розуміння сутності секундарного права. Розходження поглядів спостерігаються насамперед у способі пояснення стану учасника правовідношення, який є адресатом відповідного одностороннього правочину, а також узагалі – у кваліфікації можливостей, які описуються категорією секундарного права. Щодо першої обставини, то висловлена думка про стан юридичної зв'язаності, що відповідає секундарному праву [234; 15, с. 11], також звертається увага на кореспондуючий обов'язок у формі необхідності квазізазначання зобов'язаною особою односторонніх дій носія права [39, с. 18, 30].

Полярними є погляди й щодо природи секундарних прав. С. С. Алексеев, розглядаючи право акцептувати оферту, відносив його до категорії правоутворюючих правомочностей, які відповідають початковій стадії розвитку суб'єктивного права [10, с. 472]. В.А. Белов визнає секундарні права правовою формою, відмінною від суб'єктивних прав. На наш погляд, аргументація В.В. Бєлова потребує уточнення. По-перше, в основу розмежування покладено критерій об'єкта права. Об'єктом секундарного права називається суб'єктивне право, а отже змістом секундарного права є можливість учинення юридичних, а не фактичних дій [24, с. 411]. Виникає питання про достатність такого критерію, яке загострюється іншими твердженнями В.А. Бєлова. Учений указує, що секундарні права забезпечуються *станом безправ'я* [24, с. 415], але водночас при характеристиці абсолютних суб'єктивних прав зазначає: “абсолютне право забезпечується такою правовою формою пасивної поведінки всіх та кожного, як юридична неможливість учинення дій, які перешкоджають реалізації права, тобто *станом безправ'я* [24, с. 490] (курсив наш – В.К.). Ми підтримуємо вчених, які визнають секундарні права суб'єктивними правами [34, с. 10; 217, с. 75; 15, с. 6].

З урахуванням вищезазначеного, можемо зробити наступні висновки. Право на акцепт це суб'єктивне право (секундарне право), якому кореспондує стан юридичної зв'язаності оферента. Такий стан є формою імперативної поведінки, іншою ніж обов'язок у традиційному розумінні. Право на відкликання оферти та право на відкликання акцепту є суб'єктивними правами [23, с. 229; 64, с. 167], яким кореспондує імперативна поведінка адресата відповідного одностороннього правочину у формі зазнавання наслідку реалізації секундарного права через одностороннє волевиявлення. Таким наслідком є припинення переддоговірного правовідношення.

Таким чином, шляхом доведення наявності суб'єктивних прав у межах переддоговірного правовідношення, ми додали завершеності висновку про правочинну природу односторонніх волевиявлень учасника такого правовідношення. Водночас ми повернулися до розуміння сутності суб'єктивного права та припускаємо тепер недостатність змісту цього поняття для вимог цивільного обороту. Перегляд категорії суб'єктивного права, на нашу думку, має відбуватися, зокрема, на основі поглядів С.М. Братуся, В. І. Серебровського та С.Ф. Кечекьяна, у яких трактовка суб'єктивного права є широкою та відсутня жорстка смислова прив'язка до обов'язку, кореспондуючого праву. Натомість квінтесенцією суб'єктивного права визнається юридично забезпечена можливість вчинення окремих дій [34, с. 11, 16; 217, с. 75; 117, с. 59].

1.3. Природа свободи договору в контексті вчення про переддоговірні правовідносини

Дослідження принципу свободи договору може охоплювати широке коло питань. Ми зосередимось на уточненні його місця та значення в апараті категорій цивілістичної теорії, а саме - спробуємо насамперед показати необґрунтованість визнання свободи договору суб'єктивним цивільним правом. При цьому напрямок аналізу обумовлений виміром переддоговірного правовідношення.

Й.О. Покровський звертає увагу: “Всякий договір є здійсненням приватної автономії, здійсненням тієї активної свободи, яка утворює необхідне припущення самого цивільного права. Унаслідок цього верховним началом у всій цій галузі є принцип договірної свободи. Разом з началом приватної власності цей принцип слугує одним з наріжних каменів усього сучасного цивільного ладу. Знищення даного принципу означало б повний параліч цивільного життя, приречення його на невідвільність” [189, с. 241]. Ця теза була підтверджена в радянський період. У командно-адміністративній економіці принцип свободи договору був фактично табуованим через провідну роль плану, який мав виконуватися контрагентами. В умовах відсутності самостійності підприємств договори забезпечували виконання саме планових установок бюрократичного апарату та були ближче до внутрішньокорпоративного перерозподілу активів [110, с. 103]. Офіційна поразка соціалістичної парадигми капіталістичному шляху розвитку обумовила повернення до ідеології примату договірної свободи. Легітимація основних начал цивільного права у ст. 3 ЦКУ, серед яких - свобода договору, призводить до концептуального розуміння ЦКУ як Кодексу приватного права [134, с. 55].

Відмітимо актуальність осмислення свободи договору через призму політики права. А.Г. Карапетов указує на необхідність постановки фундаментальних політико-правових питань про свободу та індивідуалізм, патерналізм та соціальну справедливість, допустиму роль держави в економіці при дослідженні свободи договору [111, с. 66-68]. Цілком погоджуємося з таким методологічним підходом. Слід констатувати недостатність уваги сучасних вітчизняних дослідників до проблем правової політики при розгляді юридичних категорій у цілому. Не є виключенням і свобода договору. Зауважимо лише, що принцип свободи договору в пануючій ліберальній системі координат, що сформована значною мірою в умовах глобалізації світового ринку не може аналізуватися, з одного боку, у відриві від ідеології еліт, що впливає на формування політики права [108; 109], а з другого боку, абстраговано від функціонального забезпечення ринку. Не випадково, що свобода договору

називається інструментом конкурентного порядку ліберального (ринкового) типу економіки (ordoliberal) [16, с. 91].

На наш погляд, свободу договору можна визначити як засаду регулювання приватних відносин, що конкретизує автономію волі суб'єктів на переддоговірній та договірній стадіях динаміки цивільних прав та обов'язків. Таке розуміння ґрунтується на позиції цивілістів, які акцентують увагу на залежності свободи договору від автономії волі [49, с. 210; 226, с. 22; 21, с. 193].

Уточнення природи свободи договору у зв'язку з ученням про переддоговірні правовідносини потребує характеристики доктринального розуміння змісту принципу. Контури такого відступу в подальшому будуть використані при спробі спростування уявлення про свободу договору як суб'єктивне право.

Й.О. Покровський зазначав: "...з негативного боку, принцип договірної свободи означає, що ніхто проти його волі не зобов'язаний укладати договір... З позитивного боку принцип договірної свободи означає право приватних осіб укладати договори будь-якого змісту" [189, с. 242]. Деякі сучасні дослідники більш широко описують зміст свободи договору. Так, А.В. Луць вважає, що крім можливості вибору контрагента та визначення змісту договору, свобода договору включає також а) вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини; б) свободу вибору сторонами форми договору; в) право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, законом не передбачені, але йому не суперечать; г) право сторін за своєю угодою змінювати, розривати або продовжувати дію укладеного ними договору; д) визначати способи забезпечення договірних зобов'язань; е) право встановлювати форми (міри) відповідальності за порушення договірних зобов'язань тощо [143, с. 5-6].

На нашу думку, вільний вияв волі особи на вступ у договірні відносини презюмується з необхідністю в інституті дійсності правочину, коли серед умов дійсності правочину виокремлюється вільний характер волевиявлення учасника правочину та відповідність такого волевиявлення внутрішній волі (ч. 3 ст.203 ЦКУ). Саме суб'єктивна іманентність такої умови, як, наприклад, й умови про обсяг

діездатності потенційного контрагента, представляється, перешкоджає розглядати її як елемент принципу. Свободу вибору форми договору, вважаємо, доцільно віднести до свободи укладення договору. Елементи змісту принципу позначені пунктами д) та е), на нашу думку, охоплюються свободою визначення змісту договору, яка у свою чергу також включається в свободу укладення договору. Право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, законом не передбачені, але йому не суперечать, є по суті правом сторін укладати договір.

Значну кількість елементів змісту свободи договору пропонує Н.В. Кузнецова [135, с. 89-90]. Виважений та ґрунтовній критиці позицію Н.В. Кузнецової піддала І.А. Діковська, яка цілком вірно наголосила на недоцільності віднесення до елементів свободи договору юридичної рівності; непідвідомчості судам переддоговірних спорів; диспозитивності норм, які регулюють договірні відносини; визначення законодавством окремих договірних умов оціночними поняттями [64, с. 118-120]. Наші зауваження до пропозиції А.В. Луць зберігають свою актуальність і щодо погляду Н.В. Кузнецової.

Проблематичним, на нашу думку, є включення в зміст свободи договору суб'єктивних прав учасників переговорів абстраговано від юридичної значимості переговорів. Маються на увазі, наприклад, право на ведення переговорів та право offerenta відкликати offerту [296; 174, с. 87; обидва джерела цит за 64, с. 122, 126]. Накладення відповідних особливостей дії свободи договору на реально існуючі переддоговірні права та подальше їх сплетення не вбачаються методологічно правильними в контексті вчення про автономне переддоговірне правовідношення. Конкретна модель переддоговірного правовідношення віддзеркалює ті сутнісні прояви свободи укладення договору як структурного елементу свободи договору, які конкретизують автономію суб'єктів саме на стадії переговорів. При цьому принцип як не переходить в якість суб'єктивного права, так і не змішується з елементами змісту переддоговірного правовідношення, але спрямовує його розвиток, тобто функціонує саме як принцип. Дані обставини, очевидно, не враховує С.М. Бервено, коли спочатку зазначає про віддалене стосування до принципу

свободи договору права сторін вести переговори про укладення договору без обмеження в часі, а далі, проте, перераховує елементи прояву свободи сторін на *переддоговірній стадії договірною правовідношення* [27, с. 124, 126] (курсив наш – В. К.).

З урахуванням зазначеного, більш обґрунтованим представляється вузьке розуміння змісту свободи договору. Так, Є.О. Суханов називає аспектами прояву принципу свободи в укладенні договору та відсутність примушування до вступу в договірні відносини; свободу визначення характеру договору, що укладається; свободу визначення умов договору [210, с. 137-139]. На наш погляд, свобода визначення характеру договору та свобода визначення умов договору походять від свободи укладення договору, а точніше є її елементами. І.А. Діковська вказує, що матеріальна свобода сторін договору полягає в їх можливості вступати в договірні відносини (укладати договір), обирати контрагента, визначати зміст договору, змінювати та припиняти його [64, с. 117]. Не претендуючи на формулювання переліку елементів свободи укладення договору, вважаємо аспектами (елементами) свободи договору: а) свободу вибору контрагента; б) свободу укладення договору; в) свободу сторін змінювати та припиняти договір. При цьому свободу ведення переговорів, у тому числі надання можливостей сторонам під час обміну офертою та акцептом сутнісно можна включити в другий елемент принципу [159, с. 53].

Концепція свободи договору як суб'єктивного права була запропонована Ю.Л. Єршовим у дисертаційному дослідженні [76, с. 47-102]. Звернемось до положень роботи вченого та спробуємо показати їх суперечливість. Зокрема, Ю.Л. Єршов, розглядаючи ст. 422 ЦК РФ, констатує наявність суб'єктивного цивільного права – права суб'єктів цивільного права вільно укладати договори [76, с. 54]. Водночас ст. 18 ЦК РФ, у якій визначається зміст правоздатності громадян, спонукає автора до висновку про належність можливості вільного укладення договору до складових правоздатності громадян РФ [76, с. 55]. Очевидно, що наведені міркування суперечать один одному. Навіть якщо підтримати думку вчених про правоздатність як про своєрідне суб'єктивне право, виникає проблема визначення природи кожної з

розгалуженої системи можливостей, які вміщені в зміст свободи договору. Ю.Л. Єршов вважає, що свобода правочинів реалізується в рамках абсолютних правовідносин, а свобода договору має виражений відносний характер [76, с. 59]. Дане твердження є доволі спірним, якщо виходити з розуміння оферти, акцепту, відкликання оферти та відкликання акцепту як односторонніх правочинів у переддоговірному правовідношенні між конкретними суб'єктами.

На думку Ю.Л. Єршова, свобода правочинів є однією із складових правоздатності – юридичною можливістю вчинення правочину на основі вільного волевиявлення. Водночас, у кожному конкретному правочині, що вчиняється суб'єктом, розглянута свобода присутня саме як суб'єктивне право, і їй уже відповідають обов'язки всіх інших осіб не перешкоджати вільному волевиявленню особи, що виражене в даному конкретному правочині [76, с. 61]. Даний висновок автора є привабливим, особливо якщо припускати можливість трансформації конкретного виду правочиноздатності в суб'єктивне право. Проте, це перетворення є скоріше винятком з правила про окремі механізми функціонування елементів правоздатності та суб'єктивних прав.

Прикметним також є наступне міркування вченого: “Якщо звернути увагу на процес учинення правочинів, то стає зовсім неможливо встановити конкретний момент, з якого можна було б визнати виникнення суб'єктивного права вільного волевиявлення у правочині” [76, с. 64]. Виникнення цієї проблеми, на наш погляд, свідчить про те, що мова йде саме про правочиноздатність, а не про суб'єктивне право. Проте, автор розвиваючи свою думку, приходять до наступної спірної конклюдії про появу відповідного суб'єктивного права з моменту виникнення суб'єкта права (народження людини або державної реєстрації юридичної особи) [76, с. 64]. Як бути в такому разі, наприклад, з юридичною можливістю скласти заповіт, яка за загальним правилом не може виникнути в малолітньої або неповнолітньої особи? Якщо суб'єктивне право на вчинення правочину виникає з моменту народження особи, то право на заповіт як його елемент може зовсім не виникнути або момент його виникнення не буде збігатися з моментом виникнення

суб'єктивного права. У цьому ж смисловому полі знаходиться твердження автора про можливість віднесення свободи договору до абсолютних прав немайнового характеру [76, с. 66]. Як кваліфікувати при такому розумінні узгодження сторонами умов договору в межах переддоговірного правовідношення або розірвання договору в договірному зобов'язанні? Названі дії суб'єктів характеризуються наявністю відносного правового зв'язку. При цьому по суті вони залишаються проявами принципу свободи договору. Крім цього, як узгодити даний висновок ученого з попередньою тезою про відносний характер свободи договору [76, с. 59]?

Ю.Л. Єршов зазначає, що свобода договору як суб'єктивне цивільне право, доволі своєрідне, так як має абстрактний характер [76, с. 67]. Наполегливість автора у доведенні своєї позиції безсумнівно заслуговує на повагу, але не представляється справедливим залишити поза увагою визнане в доктрині переконання про абстрактний характер правоздатності [179, с. 82; 237, с. 257-258, 263].

Спірною є теза Ю.Л. Єршова про те, що на стадії формування умов договору відбувається остаточне оформлення майбутнього договірного правовідношення й завершується правовідношення, яке йому передувало та виникло з права виразити свою волю шляхом вчинення правочинів, у тому числі й договорів [76, с. 95-96]. Виходить, що суб'єктивне право виступає як юридичний факт. З цим погодитися важко. Переддоговірне правовідношення беззаперечно виникає на підставі юридичних фактів, якими є не суб'єктивні права, а юридичні дії (наприклад, переддоговірне організаційне правовідношення виникає на підставі вступу в переговори у разі визнання законодавцем його юридико-фактичної властивості або оферти однієї сторони).

Концепція Ю.Л. Єршова не залишилася непоміченою. М.В. Кратенко вірно підмітив, що такі наведені Ю.Л. Єршовим властивості як абстрактність, невичерпний характер, виникнення з моменту народження та припинення зі смертю громадянина більшою мірою притаманні цивільній правоздатності; а властивість учиняти правочини є елементом останньої [146, с. 6-10]. Водночас, на думку вченого, обґрунтування свободи договору як класичного суб'єктивного права (з

кореспондуючим йому суб'єктивним обов'язком) є можливим тільки за умови звернення до теорії переддоговірної відповідальності (*culpa in contrahendo*), добре відомої зарубіжній доктрині. Саме ця теорія пояснює існування суб'єктивних прав та обов'язків на стадії, що передує укладенню договору [146, с. 6-10]. Слід зауважити, що ми поділяємо думки вчених, які фіксують наявність переддоговірного правовідношення без зв'язку з переддоговірною відповідальністю [131, с. 60; 74, с. 127, 129, 130-131; 183, с. 128]. Крім цього, компенсаційне правовідношення, змістом якого є *culpa in contrahendo* – відповідальність *sui generis*, на нашу думку, також є переддоговірним правовідношенням.

В українській цивілістиці позицію Ю.Л. Єршова в цілому підтримав Х.Г. Колінчук, який правильно звернув увагу на ту обставину, що правомочності визначення умов договору реалізуються чітко визначеними суб'єктами. Але цим не вдалося обійти проблему, з якою стикнувся Ю.Л. Єршов. Про це свідчить наступне формулювання: “...якщо говорити про такі правомочності суб'єктивного права свободи договору, як визначення умов договору, *це право набуває відносного характеру...*[119, с. 114] (курсив наш – В. К.). Розуміємо цю тезу як набуття абсолютним правом відносного характеру. Як наслідок, питання про абсолютну чи відносну природу цього права залишається невирішеним.

Наведені вище протиріччя, що впливають з визнання свободи договору суб'єктивним правом усуваються, коли вона розглядається як принцип цивільного права та як характеристика правоздатності. Так, на думку О.В. Жевняк, свободу договору необхідно розглядати як визначену характеристику окремого елемента цивільної правоздатності – здатності укладати договори [77, с. 36]. У цілому погоджуючись з вченою, зазначимо наступне. Свобода договору, зберігаючи якість абстрактної передумови правовідношення та виступаючи в цьому сенсі як прояв правочиоздатності, водночас пронизує переддоговірне та договірне автономне регулювання сторін і виступає як складний за структурою принцип цивільного права. Визнання свободи договору суб'єктивним правом необґрунтовано нівелює концепцію переддоговірного правовідношення та спричиняє проблему кількісного

та якісного вимірювання правомочностей, які б утворювали структуру такого суб'єктивного права. Крім значної кількості правомочностей, спрямованість їх функціональності розщеплюється в переддоговірному та договірному правовідношеннях відповідно.

З урахуванням вищезазначеного, спірними також убачаються міркування М.Ф. Казанцева, висловлені російським цивілістом в одній з його робіт [105]. Посилаючись на С.С. Алексєєва, учений зазначає, що свобода договірної регулювання за своєю природою є загальним дозволом. Але водночас указується, що *право на вільне договірне регулювання* презюмується, поки не буде знайдено конкретне правове положення, що встановлює вилучення з цього *загального права (дозволу)* [105, с. 143] (курсив наш – В. К.). Складність у тому, що С.С. Алексєєв загальні дозволи називав самостійними, особливими субстанційними правовими явищами, які відрізняються від юридичних норм та суб'єктивних прав й обов'язків. Не ототожнював цивіліст загальні дозволи й з принципами права, оскільки перші, на думку С.С. Алексєєва, відносяться не до фактичного змісту, а безпосередньо до регулятивної сторони права [9, с. 229, 232]. Обраний М.Ф. Казанцевим спосіб обґрунтування природи договірної свободи на основі вчення С.С. Алексєєва про загальні дозволи та заборони, на нашу думку, передбачає й інші суперечності, які загострюють проблему пояснення. Зокрема, М.Ф. Казанцев визначає принцип свободи договору як принцип договірної права (та в цілому цивільного права), у силу якого суб'єкти цивільного права мають можливість укласти будь-які цивільно-правові договори, визначати будь-які їх умови, які не суперечать законодавству. У свою чергу, свобода цивільно-правового договірної регулювання визначається як свобода (можливість) суб'єктів цивільного права здійснювати цивільно-правове регулювання своїх відносин у будь-яких межах, які не суперечать законодавству за допомогою цивільно-правових договорів, які укладаються ними [105, с. 142]. Кваліфікація свободи договірної регулювання як загального права (дозволу) не узгоджується з думкою М.Ф. Казанцева про абсолютну ідентичність свободи договору та свободи договірної регулювання як понять за об'ємом та змістом [105,

с. 142]. Нагадаємо, що за С.С. Алексєєвим загальний дозвіл не є ні суб'єктивним правом, ні принципом права. Отже, спосіб обґрунтування природи свободи договору як загального дозволу потребує додаткової аргументації.

Висновки до Розділу 1

1. Характер співвідношення між зобов'язанням та договором, як показують рамки теоретичного пізнання та рівень законодавчих формулювань, може значною мірою ускладнюватися. Аналіз інститутів представництва, договору на користь третьої особи, відступлення права вимоги показує можливість неспівпадіння суб'єктних складів договору та зобов'язання. Не є обґрунтованими тези про виникнення виключно одного зобов'язання на підставі договору, а також про одночасність договору та зобов'язання.

2. Залишається актуальним дослідження договору як юридичного факту. Укладення договору рідко є одиничним вичерпним правоутворюючим фактом. Часто це елемент юридично значущої сукупності, у яку можуть включатися правосуб'єктні передумови, юридичні стани, окремі правовідношення. Тому укладення договору на практиці з різною мірою інтенсивності впливає на динаміку правовідносин.

3. Передчасним є підхід у доктрині, за яким цивільно-правовий договір визнається джерелом цивільного права. Аналіз аргументів прихильників цієї позиції свідчить про наявність кількох проблем в обґрунтуванні. По-перше, відбувається перегляд “нормативності” з фактичною відсутністю смислового виходу на категорію “норми права”, тобто наявний розрив між взаємозалежними категоріями. Корекція нормативності потребує уточнення поняття норми права, у змісті якого будуть нівельовані усталені доктринальні переконання про її ознаки. У протилежному випадку з'являється конфлікт між родовим та видовим поняттями в частині неохоплення нормою цивільного права конститутивних характеристик будь-якої правової норми. По-друге, переоцінка “джерела цивільного права” здійснюється абстраговано від “норми цивільного права”, а “правове регулювання” взагалі позбавляється необхідності перегляду.

4. Договір є джерелом норм індивідуальної дії (індивідуальних норм), які, проте не мають загальнообов'язкового характеру, а отже не є нормами права.

5. Визнання договору джерелом цивільного права відображає ту тенденцію лібералізму в приватному праві, яка розвиває зміст базових ідейних елементів правової реальності та в цьому переплітається з постмодерністськими та глобалізаційними викликами для людства. Мова йде про кількісне зростання суб'єктів нормотворчості зовсім не в дусі Й.О. Покровського з ідеєю приватного права як системи правової децентралізації та наявності множини центрів, які самовизначаються. Мається на увазі поступове знецінення держави як носія правової ідентичності, гаранта позитивного правопорядку, у нормах якого має апріорі легітимізуватись ідеальне право. Зменшення соціальної цінності договору корелює з вихолощенням ідеї договору як провідника індивідуальної свободи – ядра ліберальної ідеї. Цим самим грандіозна перспектива права, що прямує до солідарності вільних особистостей (за Й.О. Покровським), ризикує бути нігілізованою на невизначений історичний період.

6. Більш перспективним, на нашу думку, є поглиблення вивчення регулятивних властивостей договору в контексті категорій “правове регулювання”, “механізм правового регулювання” “договірне правове регулювання” [102] на базі новітніх загальнотеоретичних моделей як то, наприклад, інструментальної теорії права, де правове регулювання розглядається як комплекс динамічних систем та структур у масштабі правової матерії, засобів або інструментів правової регуляції, серед яких норми права зберігають своє провідне значення, але не вичерпують змісту правового регулювання [11, с. 70-280].

7. Воля в праві – це внутрішній процес самовизначення суб'єкта права, об'єктивно направлений на настання юридичних наслідків.

8. Волевиявлення в праві – це об'єктивований результат вольового процесу, що потребує правової кваліфікації.

9. Для вольового процесу характерна єдність. Результат вольового процесу об'єктивується зовні – у волевиявленні, де вже немає місця для формування волі. Дія – це реалізація сформованої волі, а не джерело її розвитку.

10. Права та обов'язки учасників переддоговірного правовідношення часто реалізуються в немайновому контексті, але при цьому не є особистими (наприклад, укладення попередньої угоди про ексклюзивність переговорів); можуть мати процедурний характер (права та обов'язки оферента та акцептанта); у поведінковому сенсі являють собою організаційно-підготовче обслуговування сторонами кінцевої мети – укладення договору в майбутньому, тобто виражають водночас немайнове та майнове цілепокладання осіб. У зв'язку з цим для виявлення сутності переддоговірного правовідношення необхідним є звернення до концепції організаційних відносин.

11. Переддоговірне правовідношення - це цивільно-правове відношення, у якому належна поведінка суб'єктів безпосередньо спрямовується на укладення договору або сприяє його укладенню, а неналежна поведінка суб'єктів до моменту укладення договору визнається недобросовісною та обумовлює відповідальність, установлену договором або законом.

12. Переддоговірне правовідношення не можна віднести виключно до сфери організаційних правовідношень з огляду на можливу наявність у його межах компенсаційного фактору – відповідальності *sui generis* за недобросовісне ведення переговорів.

13. Змістом деліктного зобов'язання є деліктна відповідальність, а змістом переддоговірного компенсаційного правовідношення (зобов'язання особливого роду) - відповідальність *sui generis* за недобросовісне ведення переговорів.

14. Переддоговірні правовідносини можна класифікувати за наступними критеріями: 1) за функціональним призначенням: переддоговірне організаційне (безпосередньо спрямовується на укладення договору або сприяє його укладенню) та переддоговірне компенсаційне правовідношення (має характер *sui generis* стосовно організаційного правовідношення та являє собою зобов'язання, у змісті якого конструюється відповідальність особливого роду – *culpa in contrahendo*); 2) за підставою виникнення: договірне (виникає, наприклад, із попереднього договору, переддоговірної угоди про ексклюзивність переговорів,

переддоговірної угоди про розподіл витрат сторін під час ведення переговорів, порушення правила добросовісного ведення переговорів за умови визначення відповідного обов'язку сторін в переддоговірній угоді) та позадоговірне (виникає із вступу у переговори, що визначається в законі як юридичний факт або з початку процедури укладення договору, передбаченої законом, у тому числі під час проведення торгів, конкурсів або аукціонів).

15. При укладенні окремої переддоговірної угоди (наприклад, попереднього договору або договору про порядок ведення переговорів) відбувається розщеплення природи переддоговірного правовідношення. Виникає договірне правовідношення, що зберігає при цьому свою складну переддоговірну природу. Дана особливість може зберігатися й щодо переддоговірного компенсаційного правовідношення, коли умови відповідальності за *culpa in contrahendo* конкретизуються в переддоговірній угоді. Таке розщеплення відсутнє, коли переговори ведуться без укладення окремого договору, а саме: а) правовідношення виникає на основі визнання законодавцем за вступом у переговори якості юридичного факту; б) зміст прав та обов'язків сторін до укладення договору конкретизується в актах законодавства; в) у випадку завдання шкоди добросовісній стороні переговорів, що породжує зобов'язання особливого роду за умови відсутності переддоговірного правочину.

16. Визнання оферти, акцепту, відкликання оферти та відкликання акцепту односторонніми правочинами відповідає ч. 1 та ч. 3 ст. 202 ЦКУ.

17. Оферта – це односторонній правочин, що безпосередньо спрямований на виникнення суб'єктивного цивільного права на акцепт оферти, а умовно направлений на виникнення прав та обов'язків за договором. У разі визнання законодавцем базового виду переддоговірного правовідношення можливою є не лише правоутворююча в сенсі виникнення суб'єктивного цивільного права, а й правозмінююча якість оферти уже в сенсі видозміни переддоговірного правовідношення - переходу його від елементарної моделі до більш складної.

18. Акцепт – це односторонній правочин, безпосередньо спрямований на виникнення прав та обов'язків за договором, тобто припинення переддоговірного правовідношення та виникнення договірної правовідношення.

19. Відкликання оферти (ч. 3 ст. 641 ЦКУ) та відкликання акцепту (ч. 3 ст. 642 ЦКУ) функціонально є рівнозначними односторонніми правочинами, оскільки безпосередньо спрямовуються на припинення переддоговірної правовідношення та упередження виникнення договірної правовідношення. При цьому відкликання акцепту спрямовується на припинення переддоговірної правовідношення шляхом припинення суб'єктивного права на акцепт оферти. Різниця між ними полягає в моменті вчинення, який для оферти та акцепту не співпадає та виражає різну стадію розвитку або може виражати навіть різний вид переддоговірної правовідношення у випадку ускладнення останнього іншими юридичними фактами (наприклад, при відкликанні акцепту, коли конфіденційну інформацію було надано після вчинення оферти, але до вчинення акцепту).

20. Офертоздатність є вужчим за обсягом поняттям, ніж правочиноздатність, тобто за загальним правилом є елементом правочиноздатності та водночас компонентом правоздатності на вихідному рівні структурування.

21. Визнання оферти, акцепту, відкликання оферти та відкликання акцепту односторонніми правочинами потребує обґрунтування наявності суб'єктивних прав у змісті переддоговірної правовідношення.

22. Офертоздатність набуває якості суб'єктивного права при окремих умовах, які мають бути наявні разом. По-перше, при визнанні в цивільному законі за вступом в переговори якості юридичного факту й закріплення обов'язку добросовісного ведення переговорів для кожної сторони; тобто, коли виникає першопочатковий базовий вид переддоговірної правовідношення, що має відносний характер. По-друге, при наявності часового розриву між вступом у переговори та самою офертою (наприклад, коли вступ у переговори здійснюється шляхом пропозиції, що не містить усі істотні умови договору або містить застереження однієї сторони про можливість остаточного рішення про укладення

договору). За наявності таких умов суб'єктивному праву на оферту відповідає обов'язок пасивного типу для іншого учасника переговорів визнати оферту та утриматися від дій, що перешкоджають направленню оферти. Треті особи при цьому також зобов'язані не перешкоджати оференту. Мається на увазі внутрішня та зовнішня дія відносного права учасника переговорів.

23. Визнання правоздатності суб'єктивним правом призводить до виникнення необхідності розщеплення правомочності, якщо правочиноздатність розглядати саме як правомочність, що є проблематичним. Не знаходять пояснення в такому смислового полі й природа офертоздатності, заповітоздатності та інших проявів правочиноздатності.

24. Секундарні права є суб'єктивними цивільними правами.

25. Право на акцепт це суб'єктивне право (секундарне право), якому кореспондує стан юридичної зв'язаності оферента. Такий стан є формою імперативної поведінки, іншою ніж обов'язок у традиційному розумінні. Право на відкликання оферти та право на відкликання акцепту є суб'єктивними правами, яким кореспондує імперативна поведінка адресата відповідного одностороннього правочину у формі зазнавання наслідку реалізації секундарного права через одностороннє волевиявлення. Таким наслідком є припинення переддоговірного правовідношення.

26. Доведення наявності суб'єктивних прав у межах переддоговірного правовідношення додає завершеності висновку про правочинну природу односторонніх волевиявлень суб'єкта такого правовідношення.

27. Перегляд визначення поняття суб'єктивного права має відбуватися на основі поглядів, у яких трактовка суб'єктивного права є широкою та відсутня жорстка смислова прив'язка до суб'єктивного обов'язку, що кореспондує суб'єктивному праву.

28. Свобода договору – це засада регулювання приватних відносин, що конкретизує автономію волі суб'єктів на переддоговірній та договірній стадіях динаміки цивільних прав та обов'язків.

29. Елементами свободи договору є : а) свобода вибору контрагента; б) свобода укладення договору; в) свобода сторін змінювати та припиняти договір. Свобода ведення переговорів, у тому числі надання можливостей сторонам під час обміну офертою та акцептом сутнісно включається в другий елемент принципу.

30. Конкретний вид переддоговірних правовідносин віддзеркалює ті сутнісні прояви свободи укладення договору як структурного елементу свободи договору, які конкретизують автономію суб'єктів саме на стадії переговорів. При цьому принцип як не трансформується в суб'єктивне право, так і не змішується з елементами змісту переддоговірного правовідношення, але спрямовує його розвиток, тобто функціонує саме як принцип.

31. Свобода договору, зберігаючи якість абстрактної передумови правовідношення та виступаючи в цьому аспекті як прояв правочиоздатності, водночас пронизує переддоговірне та договірне автономне регулювання сторін і виступає як складний за структурою принцип цивільного права. Визнання свободи договору суб'єктивним правом необґрунтовано нівелює концепцію переддоговірного правовідношення та спричиняє проблему кількісного та якісного вимірювання правомочностей, які б утворювали структуру такого суб'єктивного права. Крім значної кількості правомочностей, спрямованість їх функціональності розщеплюється в переддоговірному та договірному правовідношеннях відповідно.

32. Спосіб обґрунтування природи свободи договору як загального дозволу не є переконливим та потребує додаткової аргументації.

РОЗДІЛ 2. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПЕРЕДДОГОВІРНИХ ПРАВОВІДНОСИН

2.1. Особливості структури переддоговірних відносин за правом України та Німеччини

У радянську добу ставлення правознавців до цивільно - правового договору було значною мірою ідеологізованим та тенденційним. У літературі відзначалося, що в межах адміністративно-тоталітарної системи саме план виступав основою для формування договірних відносин, оскільки основним регулятором суспільних відносин у сфері виробництва виступав закон планомірного розвитку економіки [137, с. 13]. Відтак цілком зрозумілим є те, що основна увага дослідників приділялася плановим завданням, а функція договору зводилася до суто формальних чинників – корекція плану, виправлення помилок тощо [28; 58; 95; 216].

Розвиток торгових відносин у межах суперечливого, але очевидного глобалізаційного процесу, характеризується зростанням ролі переддоговірних відносин. Визнання тільки факту їх наявності вже не є достатнім з огляду на постійне ускладнення транзакцій, що супроводжують зростаючі потреби міжнародного обігу. Сьогодні укладенню договору нерідко передують різноманітні організаційні дії учасників приватноправових відносин.

При цьому підготовчий етап та власне процедура укладення договору можуть не співпадати із лінійною схемою, яка у загальному вигляді описується категоріями оферти та акцепту. У працях західних учених виявляються недостатність та недоліки такої статичної моделі [303; 263; 304].

З огляду на запропоноване нами бачення сутності та видів переддоговірних правовідносин, важливим у межах порівняльно-правового дослідження є вирішення питання про їх структуру.

На нашу думку, структуру переддоговірних відносин становлять елементи, які мають правовий характер: суб'єкти, об'єкти та зміст правовідношення, обсяг яких

установлюється на підставі загальнотеоретичних положень та приписів законодавства. Спірною у зв'язку з цим убачаються позиція Н.І. Майданик про визначену структуру переддоговірних відносин, яка складається з певних правових і позаправових конструкцій, а також теза про те, що зміст переддоговірних відносин складають відносини [150, с. 60-61].

Виявлення особливостей структури переддоговірного правовідношення передусім потребує вирішення питання про юридичні факти – підстави виникнення переддоговірних правовідносин. У цивілістичній науці під такими юридичними фактами, зокрема, розуміються: намір укласти договір [190, с. 17], укладення договору про наміри, направлення пропозиції про початок ведення переговорів, направлення пропозиції робити оферти [29, с. 26]. На думку О.В. Шполтакова, переддоговірне правовідношення виникає з моменту одержання стороною пропозиції про узгодження умов, передбачених в раніше зробленій оферті [249, с. 125]. Таку позицію складно визнати достатньою в описовому плані, якщо виходити з запропонованого нами широкого розуміння переддоговірного правовідношення. Важко погодитися з визнанням контроферти виключним юридичним фактом. При такому підході поза увагою залишається як кваліфікація стану учасників переговорів до моменту контроферти, так і юридична оцінка поведінки недобросовісного їх учасника.

Відповідно до ч.2 § 311 BGB, зобов'язання виникає внаслідок: 1) вступу в переговори про укладення договору; 2) підготовки договору, за яким одна зі сторін, у розрахунку на відповідні правовідносини за угодою, надає другій стороні можливість впливати на свої права, правові блага та інтереси або довіряє їх їй; 3) ділових контактів [55, с. 144-145]. Отже, німецький законодавець безпосередньо називає підстави виникнення переддоговірних правовідносин. Формулювання даного положення є наслідком розвитку доктрини. А. Тур відшкодування шкоди особі або майну контрагента пов'язував з правовідношенням переговорів про укладення договору [309, с. 486-490 цит. за 47, с. 64]. У свою чергу Г.Штолль уважав, що підставою виникнення переддоговірних обов'язків, невиконання яких

породжує відповідальність за *culpa in contrahendo*, у всіх випадках є вступ у переговори. Учений також визнавав наявність зобов'язального правовідношення між сторонами вже на стадії переговорів, яке виникає за допомогою односторонньої угоди – унаслідок пропозиції укласти договір або запрошення вступити в переговори [308, s. 543-545 цит. за 47, с. 65].

Сучасний дослідник К.В. Гнищевич, узагальнюючи бачення німецьких цивілістів з приводу підстав виникнення переддоговірних правовідносин підсумовує, що переговори про укладення договору реалізуються в рамках особливого правовідношення, що виникає з того моменту, коли одна сторона приймає пропозицію другої сторони про початок переговорного процесу. Така пропозиція і її прийняття можуть бути виражені не тільки явно, але й конклюдентними діями. Змістом правовідношення переговорів виступають взаємні права та обов'язки, пов'язані з добросовісним веденням переговорів. За їх порушення встановлюється відповідальність у вигляді відшкодування збитків [47, с. 73].

У ЦКУ відсутні спеціальні положення щодо підстав виникнення переддоговірних правовідносин, відтак слід керуватися загальними нормами. Так, відповідно до ч. 1 ст. 11 ЦКУ, цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, що передбачені актами цивільного законодавства, а також із дій осіб, що не передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки. Підставами виникнення цивільних прав та обов'язків, крім договорів та інших правочинів; створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності; завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі, визнаються також інші юридичні факти (ч. 2 ст.11 ЦКУ).

Важливо розуміти й значення змісту попередніх переговорів при тлумаченні змісту правочину (ч. 4 ст. 213 ЦКУ). У даній нормі, на нашу думку, законодавець формулює юридико-фактичну властивість самих попередніх переговорів через визнання їх змісту обставиною, що має істотне значення, тобто підставою тлумачення змісту самого правочину, а отже й договору (ч. 1 ст. 637 ЦКУ). Для

усвідомлення доцільності закріплення в ЦКУ юридичних фактів, що обумовлюють виникнення переддоговірних відносин використаємо також досвід Російської Федерації, де в результаті реформи ЦК РФ з'явилася ст. 434.1 ЦК РФ, у якій передбачається, що при вступі в переговори про укладення договору, у ході їх проведення та по їх завершенні сторони зобов'язані діяти добросовісно, не допускати вступ у переговори про укладення договору або їх продовження при свідомій відсутності наміру досягти домовленості з другою стороною (ч.2 ст. 434.1 ЦК РФ). Отже, зі вступом у переговори виникають як суб'єктивний обов'язок кожної сторони діяти добросовісно, так і суб'єктивне право кожної сторони вимагати добросовісної поведінки на стадії переговорів. Вочевидь, що тут законодавець визнав юридико-фактичну властивість переговорів. У даному положенні важко не помітити вплив німецької цивілістичної доктрини [171].

З урахуванням розуміння сутності та видів переддоговірних правовідносин, підставами виникнення переддоговірного організаційного правовідношення можна вважати: 1) вступ у переговори, у тому числі шляхом вчинення оферти, направлення пропозиції зробити оферту, або пропозиції укласти договір, яка не є офертою; 2) укладення договору, який є переддоговірним правочином, тобто визначає різні аспекти поведінки учасників переговорів до укладення договору або передбачає укладення основного договору (наприклад, попередній договір). Підставою виникнення переддоговірного компенсаційного правовідношення є недобросовісна поведінка учасника переговорів, яка може виражатися в: 1) порушенні стороною загального обов'язку добросовісного ведення переговорів; 2) ухиленні від укладення договору в різних формах, у тому числі шляхом недобросовісної відмови від переговорів; 3) невиконанні або неналежному виконанні переддоговірних обов'язків, установлених переддоговірним правочином або передбачених законом.

У методологічному плані необхідним є виявлення особливостей структури переддоговірних правовідносин або визначення їх елементів.

Загальновизнано, що суб'єктами правових відносин є особи, які виступають як носії передбачених правовою нормою суб'єктивних прав та обов'язків та які

співвідносять з ними свою поведінку [191, с. 549]. На наш погляд, суб'єктами переддоговірних правовідносин є не лише контрагенти майбутнього договору, які водночас можуть бути сторонами переддоговірної угоди (наприклад, попереднього договору), але й інші особи, які можуть виступати як посередники або експерти в підготовці проекту майбутнього договору, узгодженню його умов, наданні фахових висновків щодо можливих фінансових ризиків сторін. Підтвердження даної тези знаходимо в абз. 2 § 241 BGB. Відповідно до змісту зобов'язання кожна зі сторін може бути зобов'язана враховувати права, правові блага та інтереси другої сторони. Зобов'язання, що містить обов'язки згідно з названим положенням, може також виникнути стосовно осіб, які самі не мають стати сторонами договору. Таке зобов'язання виникає, зокрема, коли третя особа користується особливою довірою і таким чином значною мірою впливає на попередні переговори або на укладення договору (ч.3 § 311 BGB). Мається на увазі відповідальність агентів або інших осіб, які, не виступаючи контрагентами договору, є залученими до переговорного процесу (Verhandlungshelfen). Наприклад, компанія В укладає договір з компанією А; після банкрутства А, В вимагає відшкодування від компанії Б - агента А. Тут основний договір укладено між принципалом та позивачем, агент, який діє від імені принципала, не є стороною договору. Якщо агент або інша особа, яка "зриває угоду" підлягає відповідальності разом з принципалом, то це має відбуватися на основі норм про делікти або норм про переддоговірну відповідальність, тобто *culpa in contrahendo* [287, р. 104].

У ЦКУ відсутня регламентація як самого змісту переддоговірного правовідношення, так і загальних положень про переддоговірну відповідальність, а тому не видається можливим виходити за межі розуміння статусу суб'єктів відповідних відносин як контрагентів майбутнього договору, учасників переддоговірної угоди, а також осіб, які сприяють виникненню договірному правовідношенню. До останньої групи можна віднести представників, правовий статус яких визначається ЦКУ.

Доктриною наразі не вироблено підходів до визначення об'єкта

переддоговірного правовідношення. На нашу думку, відповідні об'єкти за ступенем юридичної визначеності можна класифікувати на основні та додаткові. До основних віднесемо: 1) порядок ведення переговорів; 2) формування умов та укладення переддоговірної угоди – окремого договору; 3) формування умов та укладення майбутнього основного договору. Додатковими об'єктами виступають: 1) задоволення приватних інтересів, яке досягається із настанням наслідків майбутнього договору (наприклад, передання майна у власність, надання послуг, виконання робіт); 2) відшкодування, яке надається у випадку встановлення факту недобросовісної поведінки учасника переговорів до моменту укладення договору.

У структуру переддоговірного правовідношення включається зміст, що складається з прав та обов'язків суб'єктів переддоговірних правовідносин, та може визначатися або положеннями переддоговірного правочину, або нормами права. Спочатку розглянемо у зв'язку з цим переддоговірні угоди (правочини), які є важливим компонентом вчення про переддоговірні правовідносини.

В історичній ретроспективі слід звернути увагу на той факт, що свого часу К.П. Побєдоносцев писав, що: "...остаточному узгодженню двох воель може передувати ціла низка переговорів, які відображуються формулою питання й відповіді, доки не утвориться нарешті остаточно сформульована з однієї сторони пропозиція, що приймається з другої сторони рішучою згодою. До цієї хвилини переговори не мають самі по собі обов'язкового значення для сторін, хіба що сторони захотіли, зупинившись на якій-небудь точці переговорів, закріпити на ній свою волю умовно, у вигляді обов'язкової угоди про майбутню остаточно угоду (*pactum de contrahendo*)" [182, с. 113].

Причинами укладення переддоговірних угод в юридичній науці вважаються: бажання обох або однієї з сторін закріпити проміжний результат, досягнутий в ході переговорів (наприклад, деякі або всі узгоджені умови остаточно договору); необхідність підтвердити серйозність намірів сторін стосовно остаточно договору, щоб одна сторона змогла почати процес отримання фінансування (позик) або дозволу антимонопольних або інших державних органів, процес внутрішнього

корпоративного схвалення угоди (наприклад, радою директорів); бажання однієї або обох сторін обмежити другу сторону в переговорах щодо остаточного договору, заборонивши їй проводити паралельні переговори з третіми особами; бажання сторін установити правила ведення подальших переговорів, що особливо актуально для сторін, діючих у рамках правового режиму, який не містить загального зобов'язання діяти добросовісно на стадії переговорів; необхідність узгодити розподіл витрат у випадку невдалих переговорів, а також узгодити суму, яку повинна буде виплатити сторона, що відмовилася від ведення подальших переговорів [272, р. 46 цит. за 141, с. 127].

Слід звернути увагу на питання класифікації переддоговірних угод. Зокрема, виокремлюються: угоди, які організують переговори та угоди, які покладають на сторони обов'язки вести переговори. Перша група угод установлює правила, якими мають керуватися сторони до укладення договору. Такі угоди спрямовані лише на організацію переговорів та не визначають їх результат. Сторони можуть домовитися будувати переговори відповідно до спеціальних правил, які встановлюють різні зобов'язання на переговорному етапі. Сторони, зокрема, можуть бути зв'язані такими переддоговірними обов'язками: обов'язком конфіденційності, обов'язком розкриття інформації, обов'язком ексклюзивності ведення переговорів, обов'язком поважати визначені строки та обов'язком лояльності. Друга група угод може покладати на сторону обов'язок вступу в переговори або обов'язок продовжувати переговори. Перший тип угод у межах даної групи охоплює угоди про початок переговорів та преференційні угоди. Щодо преференційних угод, то за ними одна сторона, у випадку її рішення про вступ у переговори, зобов'язується запропонувати укладення договору виключно другій стороні. Угоди про початок переговорів не надають переважного права на укладення договору [278, р. 25-26 цит. за 271, р. 481-482].

Дещо відмінним є підхід американського професора А.Фарнsworthа. Автор класифікував угоди, які встановлюють обов'язок продовжувати переговори, на угоди з відкритими умовами та угоди про переговори. Угоди з відкритими умовами

передбачають більшість умов договору, що приймаються сторонами як обов'язкові. При цьому контрагенти зобов'язуються продовжувати переговори стосовно умов, які хоча й залишаються відкритими, але будуть включені в остаточний договір. Така угода обумовлює наступні юридичні наслідки. По-перше, сторони зобов'язані вести переговори добросовісно і можуть нести відповідальність у випадку недосягнення ними згоди з відкритих умов унаслідок порушення цього зобов'язання. По-друге, якщо, не зважаючи на продовження переговорів, сторони не досягли згоди з відкритих умов та відповідно не уклали основний договір, то вони у такому випадку пов'язані попередньою угодою, а інші умови визначаються у порядку, що встановлює суд. За угодою про переговори сторони визначають істотні умови основного договору, але не визнають свою пов'язаність цими умовами. На відміну від переддоговірної угоди з відкритими умовами, сторони пов'язані лише обов'язком добросовісного ведення переговорів. Тому, якщо, не зважаючи на переговори між сторонами, остаточний договір не було укладено, сторони не пов'язані умовами попередньої угоди. Відповідальність тут може наставати у випадку недобросовісного ведення переговорів [255, р. 250-251 цит. за 271, р. 481-482].

Американські дослідники М&А (злиття та поглинання – В.К.), описуючи конкретні фази відповідного процесу, зазначають, що фаза протоколу про наміри (листа про наміри – В.К.) починається від виконання угоди про конфіденційність, включаючи обговорення по плануванню внутрішньої кооперації, попередній аналіз правових наслідків, формування структури угоди та закінчується виконанням листа про наміри. У свою чергу фаза *due diligence* починається з розміщення запиту на *due diligence*, включаючи процес аудиту, та закінчується договором купівлі продажу активів [270, р. 153].

Цікавим у зв'язку з наведеною думкою вчених є наступний приклад із української судової практики. У мотивувальній частині постанови Господарського суду м. Києва від 10.12.2010 р. по справі № 46/530-б про визнання боржника банкрутом відзначається, зокрема, що між заявником та боржником було укладено

договір, предметом якого є регулювання порядку надання виконавцем (заявником) послуг замовнику (боржнику) стосовно консультування, проведення юридичної та правової оцінки діяльності замовника, а також фінансового аналізу замовника. Відповідно до п. 1.2 договору виконавець надає замовнику послуги, пов'язані з консультуванням, проведенням юридичної та правової оцінки діяльності замовника, а також фінансового аналізу замовника (процедура Due Dilligence), а замовник зобов'язується оплатити та прийняти надані виконавцем послуги на умовах, визначених цим договором [192]. Безумовно на практиці можливим є також укладення договору, за яким буде встановлюватися порядок надання виконавцем послуг замовнику стосовно консультування, проведенням юридичної та правової оцінки активів, що будуть придбані в майбутньому.

А.М. Кучер серед умов переддоговірних угод, які сторони часто прагнуть бачити обов'язковими, називає положення про ексклюзивність переговорів, про встановлення суми, що має виплатити сторона, яка перериває переговори, положення про конфіденційність, положення про розподіл витрат, понесених у ході переговорів [141, с. 133]. Немає сумніву в тому, що по кожній з названих умов може бути укладено окремий договір. Дане твердження відповідає принципу свободи договору, закріпленому в ст. 6, ст. 627 ЦКУ. Відповідно до ч. 1 ст. 6 ЦКУ, сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Зокрема, в одній із судових справ було укладено додаткову угоду до попереднього договору, за якою сторони, зокрема, домовились збільшити суму позики, що зазначена в попередньому договорі про зобов'язання сторін у майбутньому укласти та підписати договір купівлі-продажу 3-х кімнатної ізолюваної квартири [87]. В іншій справі між сторонами було укладено договір на ексклюзивне обслуговування, згідно з яким стороні договору було надано ексклюзивне право на пошук потенційних покупців житлового будинку та передбачено відповідальність продавця у випадку ведення переговорів про продаж будинку з покупцями та представниками інших фірм без участі виконавця та укладення договору купівлі-продажу без участі виконавця [86].

У Німеччині принцип свободи договору (Vertragsfreiheit) являє собою конкретизацію принципу приватної автономії (Privatautonomie), що відповідно до рішення Федерального Конституційного Суду має конституційну цінність та неявно передбачений ст.2 [1] Основного Закону, яка гарантує право кожного громадянина на вільний розвиток своєї особистості [265, р. 427]. Незважаючи на те, що BGB не містить окрему статтю або параграф, які стосуються свободи укладення непоіменованих договорів, системне тлумачення положення норм BGB не залишало ніяких сумнівів в юридичній силі будь-яких угод, що відповідають загальним вимогам до порядку укладення договору. Це питання було вирішене до кінця XIX століття [112, с. 108].

Найбільш дослідженим видом переддоговірних угод є попередній договір. В ЦКУ міститься положення про попередній договір (ст. 635 ЦКУ). Історично дана договірна форма розвинулася з договору запродажу, за яким одна сторона зобов'язувалася продати другій стороні до призначеного часу нерухоме або рухоме майно. При чому означалася й сама ціна, за яку має бути здійснений продаж і кількість неустойки, якщо сторони, які домовляються, знайдуть корисним забезпечити нею свій договір (ст. 1679 Зводу законів Російської імперії) [215, с. 338-339]. Видатний цивіліст Г.Ф. Шершеневич називав запродаж попереднім договором про укладення іншого договору та пояснював потребу в ньому наявністю перешкод до укладення того договору, який передбачається в майбутньому, унаслідок відсутності будь-яких умов, необхідних для його укладення [247, с. 473]. Відповідно до ч. 1 ст. 635 ЦКУ, попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором. Сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства (ч. 2 ст. 635 ЦКУ).

Не маючи на меті детальну характеристику даного договору, відмітимо увагу

науковців на необхідності визнання права контрагента на звернення до суду з позовом про примушування до укладення основного договору [69, с. 60; 6]. У судовій практиці не задовольняються такі вимоги [207; 196, с. 791-792; 173, с. 187]. Так, в одній із справ, позивач звернувся до суду з позовом, у якому просив зобов'язати відповідача укласти основний договір купівлі-продажу. Суд зазначив, що примушування до угоди, яка ґрунтується на попередньому договорі, за відсутності згоди зустрічної сторони законом не передбачено, оскільки за порушення умов попереднього договору ч. 2 ст. 635 ЦК передбачені інші правові наслідки - відшкодування збитків [207]. Слід мати на увазі, що відповідно до ч.3 ст. 182 Господарського кодексу України, у разі якщо сторона, яка уклала попередній договір, одержавши проект договору від іншої сторони, ухиляється від укладення основного договору, друга сторона має право вимагати укладення такого договору в судовому порядку. Попередній договір виконує певною мірою забезпечувальну функцію щодо укладення основного договору, а тому визнання відповідної вимоги в ЦКУ буде цілком відповідати принципу справедливості, добросовісності та розумності з огляду на сутність зобов'язання, яке встановлюється попереднім договором.

Пропонуємо викласти ч. 2 ст. 635 ЦКУ у наступній редакції: “Сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням або укласти з другою стороною договір за умови звернення сторони, права якої порушено, з такою вимогою до суду, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства”. Водночас унесення змін до ч. 2 ст. 635 ЦКУ потребує доповнення ч. 1 ст. 627 ЦКУ другим абзацом наступного змісту: “Примушування до укладення договору не допускається, за винятком випадків, коли обов'язок укласти договір, установлений цим Кодексом, законом, або впливає з добровільно прийнятого зобов'язання сторін”. Така редакція ст. 627 ЦКУ буде відповідати регламентації в законодавстві випадків коли укладення договору є обов'язковим (наприклад, ч. 4 ст. 633 ЦКУ, ч. 2 ст. 43 Закону України “Про

авторське право і суміжні права” від 23.12.1993 р.) та узгоджуватися з загальними нормами про свободу договору цивільних кодексів багатьох членів СНД (абзац 2 ч.1 ст. 421 ЦК РФ; ч.1 ст. 380 ЦК Республіки Казахстан; ч.1 ст.391 ЦК Республіки Білорусь, ч.2 ст. 667 ЦК Республіки Молдова) [52; 241; 240; 242].

У німецькому праві попередній договір (Vorvertrag) є юридично обов’язковою угодою про укладення в майбутньому основного договору (Hauptvertrag). Попередній договір має містити всі умови, які необхідні для основного договору та має укладатися відповідно до вимог, що встановлені для основного договору. Формальність при цьому має не просто доказове значення, а спрямована на захист однієї з сторін від необачної дії; використовується проти сторони або обох сторін, що взяла на себе (взяли на себе – В.К.) обов’язок укласти основний договір за допомогою декларативного судження [287, р. 78].

До розгляду попереднього договору примикає питання про значення договору про наміри. Відповідно до ч. 4 ст. 635 ЦКУ, договір про наміри (протокол про наміри тощо), якщо в ньому немає волевиявлення сторін щодо надання йому сили попереднього договору, не вважається попереднім договором. Карімов М.Р. з приводу цього зазначає, що у відповідному протоколі лише фіксується бажання сторін вступити в договірні відносини в майбутньому. Однак сама угода про наміри не породжує будь-яких прав та обов’язків у сторін, якщо в ній не встановлено інше [113, с. 63].

Як свідчить судова практика, сторони нерідко укладають договір про наміри, зокрема договір про наміри, який забезпечував укладення між ними договору купівлі-продажу будинку [206] або договір про намір купівлі-продажу житлового приміщення [88]. Дані випадки кореспондують позиції, закріпленій у п. 35 інформаційного листа Вищого господарського суду України N 01-8/211 від 07.04.2008 р. “Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України”, де пояснюється, що документ, який відповідає вимогам частини першої статті 635 ЦК, частин першої та другої статті 182 ГК, є попереднім договором, незалежно від його назви, навіть якщо сторони визначили

його як договір про наміри, протокол про наміри тощо [97].

Що стосується досвіду Німеччини у площині регулювання окремих переддоговірних угод, то крім можливості укладення непоіменованих договорів відповідно до принципу свободи договору та інституту попереднього договору, слід звернути увагу й на опціонні договори. Optionsvertrag надає одній стороні право вимоги договірною правовідношення (Optionsrecht) через одностороннє волевиявлення [287, р. 78]. Пояснюється дане твердження теорією поділу договорів (Trennungstheorie), яка передбачає, що опціонний договір є самостійним та незалежним договором підготовчого характеру, який дає можливість володільцю права опціону ввести в дію основний договір шляхом односторонньої заяви, що має особливий характер – формує або змінює правовідношення. Тобто разом з опціонним договором сторонами створюється окреме, незалежне (секундарне) право по формуванню та зміні правовідношення (Gestaltungsrecht). Даний підхід було запропоновано німецькими вченими Ларенцем та Георгіадісом [157].

Зміст переддоговірних відносин може визначатися безпосередньо в приписах законодавства без укладення окремих угод. Мається на увазі визначення прав та обов'язків учасників переддоговірною правовідношення в нормах права, які регламентують порядок проведення таких процедур, як торги, конкурси й аукціони.

Наприклад, ст. 17 Закону України “Про товарну біржу” від 10.12.1991 р. розрізняє біржові операції та біржові торги. Укладенню угоди купівлі-продажу (біржової операції –В.К.) передує процедура торгів.

Інші приклади знаходимо в приватизаційному законодавстві. Наприклад, порядок проведення аукціону з продажу об'єкта малої приватизації передбачає ведення протоколу до якого заноситься початкова ціна об'єкта, пропозиції учасників аукціону, відомості про учасників аукціону, результат торгів (ціна продажу, відомості про фізичну або юридичну особу, яка одержала право на придбання об'єкта). Протокол підписується ліцитатором та покупцем (його представником), який одержав право на придбання об'єкта (ч. 6 ст. 17 Закону України від 06.03.1992 р. “Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)”).

Обов'язок сторін підписати такий документ, а також реалізація інших прав та обов'язків під час проведення конкурсу *передуює укладенню договору купівлі-продажу* (курсив наш – В. К.), яким підтверджується право власності на державне майно та який укладається між покупцем та уповноваженим представником відповідного органу приватизації (ч. 1 ст. 23 Закону). Підтвердження переддоговірної природи конкурсів та аукціонів містить Наказ Фонду державного майна України №439 від 02.04.2012 р. “Про затвердження Порядку продажу об'єктів малої приватизації шляхом викупу, на аукціоні (в тому числі за методом зниження ціни, без оголошення ціни), за конкурсом з відкритістю пропонування ціни за принципом аукціону”, де в п. 12.1 передбачається, що *за результатом* проведених аукціонів (у тому числі за методом зниження ціни, без оголошення ціни), конкурсів, викупу між державним органом приватизації та покупцем укладається договір купівлі-продажу, який підлягає нотаріальному посвідченню та у випадках, передбачених законом, державній реєстрації (курсив наш – В. К.).

Відзначимо у цьому контексті, що в Законі України “Про публічні закупівлі” для режиму регулювання переговорної процедури закупівлі виокремлено Розділ VI, у якому, зокрема, вона визначається як процедура, що використовується замовником як виняток і відповідно до якої замовник укладає договір про закупівлю з учасником після проведення переговорів з одним або кількома учасниками (ч. 1 ст. 35 Закону). Прикметно, що забороняється укладання договорів, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур закупівель, крім випадків, передбачених цим Законом (ч. 3 ст. 36 Закону).

Є підстави вважати, що обов'язок сторін укласти договір та обов'язок розкриття інформації є елементом змісту переддоговірних правовідносин сторін у частині обов'язків їх учасників. Відмітимо, що такий кут розгляду названих обов'язків є новим для цивілістичних досліджень унаслідок недостатньої розробленості категорії переддоговірного правовідношення.

Так, продавець частки у праві спільної часткової власності зобов'язаний письмово повідомити інших співвласників про намір продати свою частку, вказавши

ціну та інші умови, на яких він її продає (ч. 2 ст. 362 ЦКУ). На наш погляд, виконання даного обов'язку продавцем обумовлює виникнення переддоговірного правовідношення. Переважному праву співвласника на купівлю частки тут кореспондує обов'язок продавця частки укласти договір з покупцем, оскільки у разі продажу частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі співвласник може пред'явити до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця (ч. 4 ст. 362 ЦКУ).

Іншим прикладом є переважне право наймача житла на укладення договору найму (ст. 822 ЦКУ). Юридичними фактами, які обумовлюють виникнення переддоговірних правовідносин у даному випадку, може бути сплив строку договору найму та пропозиція наймодавця наймачеві укласти договір. Про презумптивний характер обов'язку наймодавця укласти договір свідчить положення про можливість переведення прав наймача на особу, переважне право якої порушено (абзац 3 ч. 1 ст. 822 ЦКУ).

У Законі України “Про акціонерні товариства” № 514-VI від 17.09.2008 р., передбачається обов'язок акціонерного товариства укласти договір про викуп акцій на вимогу акціонерів. При цьому передбачається порядок реалізації акціонерами суб'єктивного права на викуп акцій, який передуює укладенню договору (ст. 68-69 Закону).

Відповідно до ст. 43 Закону України “Про авторське право і суміжні права” № 3792-XII від 23.12.1993 р. та п. 4 розділу II постанови Кабінету Міністрів України “Про затвердження розміру, порядку та умов виплати винагороди (роялті) за комерційне використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань” від 18.01.2003 № 71, обов'язковим є укладення договору про виплату винагороди за комерційне використання об'єктів суміжних прав між суб'єктами такого використання та уповноваженою організацією колективного управління до початку комерційного використання. У судовій практиці визнаються обґрунтованими позови про спонукання до укладення договору про виплату винагороди за комерційне

використання об'єктів суміжних прав та про зобов'язання укласти договір про виплату винагороди (роялті) за публічне сповіщення (публічне повторне сповіщення), зафіксованих у фонограмах, відеограмах виконань, фонограм, відеограм, опублікованих з комерційною метою, та їх примірників [224, с. 41-47].

Важливою ілюстрацією також є значна група публічних договорів, які є обов'язковими для укладення (ч. 3 ст. 633 ЦКУ). Зокрема до публічних віднесені: договір роздрібної купівлі-продажу (ч.2 ст. 698 ЦКУ); договір прокату (ч.3 ст. 787 ЦКУ); договір побутового підяду (ч.2 ст. 865 ЦКУ); договір перевезення транспортом загального користування (ч.2 ст. 915 ЦКУ); договір банківського вкладу, у якому вкладником є фізична особа (ч.2 ст. 1058 ЦКУ); договір складського зберігання, укладений складом загального користування (ч.2 ст. 957 ЦКУ) [166, с. 193].

Німецьке законодавство встановлює обов'язок конкретних суб'єктів укласти договір (Kontrahierungszwang). Це стосується, наприклад, сфери забезпечення споживачів предметами першої необхідності. Kontrahierungszwang виникає у сфері використання комунальних послуг, таких як електропостачання, газопостачання; при здійсненні залізничних та повітряних перевезень. Споживач у названих випадках має право вимагати акцепту своєї оферти постачальниками відповідних послуг. Обов'язок по укладенню договору впливає також із норм, які забороняють обмеження конкуренції [116, с. 39 цит. за 1, с. 72]. Закон проти Недобросовісної конкуренції (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) забороняє здійснення дискримінаційних заходів підприємствами, які займають домінуюче становище на ринку або застосовують обмежувальні цінові заходи й таким чином запобігають доступу на ринок невеликих підприємств. В одній із судових справ позов було подано спортивним магазином із Баварії проти дистриб'ютора відомої марки лиж, який відмовив поставляти позивачу товар через продаж його спортивним магазином за ціною, що нижче рекомендованої ціни. Така відмова була визнана неправомірною і постачальник був змушений відновити поставки. Захист від монополістичних зловживань може виходити за межі економічної сфери. Лікар або фармацевт можуть

нести відповідальність за відмову від надання відповідної послуги без поважної причини [287, р. 71].

При аналізі обов'язку розкриття інформації учасником переговорів слід урахувати доктринальний простір для інтерпретації природи такого обов'язку, що є можливою в контексті вчення про інформаційні цивільні правовідносини, в основі регулювання яких – метод юридичної рівності сторін [127, с. 34]. На думку О.В. Кохановської, найсуттєвішою рисою цих правовідносин є те, що сторони рівні при реалізації своїх прав, незалежні одна від одної, жодна з них не має і не може мати переваг перед іншою, або нав'язувати свої умови при укладенні або виконанні договору [128, с. 152]. На наш погляд, є доцільним виявлення особливостей обов'язку розкриття інформації саме в межах учення про переддоговірні правовідносини [225; 300, р. 39-64]. По-перше, така постановка проблеми впливає із означеної сутності переддоговірного організаційного правовідношення. По-друге, даний підхід узгоджується з приватноправовими тенденціями в межах ЄС, які будуть розглянуті окремо.

У вітчизняній цивілістиці незначна частина досліджень стосується інформаційних обов'язків, передбачених для окремих договорів [126; 164; 172]. Законодавчий рівень регулювання у даній сфері характеризується фрагментарністю. Це пояснюється, на наш погляд, по-перше, відсутністю норми в ЦКУ, що закріплює обов'язок добросовісної поведінки на стадії переговорів та положення про переддоговірну відповідальність; по-друге, недосконалістю, а іноді - відсутністю спеціальних норм.

З одного боку, щодо деяких договорів наявні положення, у яких установлюються обов'язок розкриття інформації та заходи відповідальності. Так, відповідно до ч. 3 ст. 700 ЦКУ, якщо покупцеві не надано можливості негайно одержати повну і достовірну інформацію про товар у місці його продажу, він має право вимагати відшкодування збитків, завданих необґрунтованим ухиленням від укладення договору, а якщо договір укладено, - в розумний строк відмовитися від договору, вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми і відшкодування

збитків, а також моральної шкоди; ч. 2 ст. 767 та ч. 2 ст. 780 ЦКУ встановлюють обов'язок наймодавця розкрити інформацію про якість речі та його відповідальність за порушення цього обов'язку, а ч. 2 ст. 769 ЦКУ - відповідальність наймодавця за порушення його обов'язку повідомити наймача про права третіх осіб на річ, що передається у найм; ч. 2 ст. 1039 ЦКУ передбачає відповідальність установника управління за непопередження управителя про те, що майно, яке передається в управління, є предметом договору застави; ч. 3 ст. 6 Закону України "Про іпотеку" від 05.06.2003 № 898-IV закріплює обов'язок іпотекодавця до укладення іпотечного договору попередити іпотекодержателя про всі відомі йому права та вимоги інших осіб на предмет іпотеки, в тому числі ті, що не зареєстровані у встановленому законом порядку. У разі порушення цього обов'язку іпотекодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання та відшкодування іпотекодавцем завданих збитків.

Окремі норми, проте, не визначають заходи відповідальності. Наприклад, відповідно до ст. 868 ЦКУ, підрядник зобов'язаний до укладення договору побутового підряду надати замовникові необхідну та достовірну інформацію про запропоновані роботи, їх види та особливості, про ціну та форму оплати роботи, а також повідомити замовникові на його прохання інші відомості, що стосуються договору; у ст. 847 ЦКУ встановлено перелік обставин, про які підрядник зобов'язаний своєчасно повідомити замовника без закріплення суб'єктивного права замовника на відшкодування. Деякі норми не встановлюють момент настання юридично значимої обставини, з якою пов'язується відповідальність. Так, ч. 2 ст. 721 ЦКУ передбачає відповідальність дарувальника за неповідомлення обдаровуваного про недоліки речі, що є дарунком, або її особливі властивості, які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна обдаровуваного або інших осіб; ч. 2 ст. 952 ЦКУ – відповідальність поклажодавця за збитки, завдані властивостями речі, переданої на зберігання, якщо зберігач, приймаючи її на зберігання, не знав і не міг знати про ці властивості. Видається, що в даних нормах презюмується невиконання одним контрагентом свого обов'язку до укладення

відповідного договору, тобто на переддоговірному етапі.

З другого боку, нам не вдалося віднайти положення про наслідки недобросовісного мовчання за невжиття заходів по узгодженню умов договору та неповідомлення про відмову від договору. Так, ч. 2 ст. 507 ЦК РФ передбачає механізм урегулювання розбіжностей при укладенні договору поставки та відповідальність у формі відшкодування збитків, завданих ухиленням від узгодження умов договору. Орієнтирами для таких ситуацій слугують лише загальна норма ч. 2 ст. 649 ЦКУ, згідно з якою, розбіжності, що виникли між сторонами при укладенні договору не на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, можуть бути вирішені судом у випадках, встановлених за домовленістю сторін або законом; а також ст. 181 Господарського кодексу України, що передбачає порядок урегулювання розбіжностей при укладенні господарських договорів, але не встановлює відповідальність за недобросовісне мовчання. Слід також зазначити, що у випадках порушення на переддоговірному етапі обов'язку розкриття інформації можливим є використання ст. 229 або ст. 230 ЦКУ, але таке правозастосування крім факту укладення договору потребує доведення помилки добросовісної сторони саме щодо *істотних* обставин або встановлення факту умисного обману щодо обставин, які мають істотне значення саме в контексті ненадання інформації (курсив наш – В.К.).

Щодо досвіду Німеччини, то в цивільному праві цієї держави передбачається обов'язок розкриття інформації протягом переговорного процесу (*Ausklärungspflichten*). Німецькі суди обґрунтовують покладення такого обов'язку на сторони на основі необхідності дотримання принципу добросовісності під час переговорів. Обов'язок розкриття інформації розглядається також як прояв більш загального обов'язку однієї сторони договору піклуватися про інтереси другої сторони (*Schutzpflicht*), закріплений в абзаці 2 § 241 BGB [291, р. 206]. Тоді як саме мовчання не є аморальним, непрямий обов'язок розкриття інформації може бути продиктований конкретними обставинами. У деяких випадках його порушення

шляхом приховування важливої інформації від необізнаного контрагента може навіть бути інтерпретованим як навмисне введення в оману. Отже, “непрямі” інформаційні обов’язки впливають, по-перше, - з принципу добросовісності й конструкції переддоговірного правовідношення (§ 311 [2] BGB), по-друге, - з положення про навмисне введення в оману (§ 123 BGB). Водночас слід розуміти, що наслідки ненадання інформації матеріалізуються на договірній стадії. Якщо, наприклад, автодилер продає автомобіль без повідомлення покупця про факт ремонту після значної аварії, то має місце недолік відповідно до § 433 BGB (типіві обов’язки для договору купівлі-продажу – В.К.). Верховний федеральний суд Німеччини (BGH) розмежував *culpa in contrahendo* та відповідальність за невідповідність згідно з §§ 434-435 BGB. Як тільки доставка була здійснена та відбувся перехід ризику, питання про відповідальність набуває договірної природи, а §§ 434-435 переважають над *culpa in contrahendo* за винятком випадків обману. Позитивні або “прямі” переддоговірні обов’язки в німецькому праві передбачені правом захисту споживачів (*acquis*) [268, р. 238-239]. Протягом реформи зобов’язального права (*Schuldrechtsreform*) інформаційні обов’язки з раніше імplementованих правил ЄС щодо захисту споживачів були внесені в BGB й особливо в BGB - InfoV (Постанова про надання інформації та документів у рамках Цивільного кодексу – В.К.). Через значне несприйняття судами даного адміністративного акту, більшість переддоговірних обов’язків було зафіксовано в ст. 246-248 EGBGB (Ввідний закон до BGB – В.К.). У BGB переддоговірні обов’язки, що засновані на *acquis*, передбачаються, зокрема, щодо: договору дистанційних продаж (§ 312c); договору про право тимчасового проживання (§ 482); договору споживчої позики (§ 492); договору про туристичне обслуговування (§ 651); договору між підприємцем та споживачем про посередництво в отриманні позики (§ 655 b) [268, р. 242-243].

2.2. Переддоговірна відповідальність за правом України та Німеччини

У цивілістичній доктрині виокремлюються два способи регламентації переддоговірної відповідальності, перший з яких передбачає закріплення обов'язку добросовісності при веденні переговорів на рівні загальної норми, а другий – передбачає конструювання конкретних складів цивільних правопорушень на переддоговірній стадії в спеціальних нормах (нормах щодо конкретних видів договорів – В.К.) [141, с. 119; 190, с. 55-56].

Визначальним досягненням доктрини, яке послугувало розвитку концепції переддоговірної відповідальності, було формування видатним німецьким цивілістом Рудольфом фон Ієрінгом теорії *culpa in contrahendo* в 1861 році. На нашу думку, не зовсім точною є інтерпретація поглядів Р. Ієрінга окремими вченими. Ідеться про визнання основою теорії припущення, що сторони, вступаючи в переговори, як би укладають між собою договір про те, що вони будуть здійснювати добросовісні дії, спрямовані на укладення договору [176, с. 22; 187, с. 35; 188, с. 8]. Р. Ієрінг, керуючись положеннями римського права, писав, що: "...укладення договору, яке передбачалося та здійснене зовні або яке здавалося здійсненим (*ausserlich oder scheinbar vollzogene*) та з яким ми маємо справу кожного разу, коли має місце наш позов, уже з самого початку підштовхує нас до припущення, що справжня природа нашого позову полягає в з'єднанні, у якому (одночасно) з'являються проступок та договірне відношення...Вимога договірної *diligentiae* стосується договірних відносин, які виникли (*gewordene*), а також таких, які виникають (*werdende*); порушення як перших, так і других є підставою договірного позову про відшкодування збитків" [91, с. 209, 227]. Поняття *diligentiae* фактично являє собою вимогу добросовісності сторін. За римським правом *diligentiam* – це зобов'язання турбуватися про право іншої особи, дбайливо ставитися до нього [43]. Тобто твердження про квазідоговір не є належним обґрунтуванням теорії німецького вченого. Р. Ієрінг виходив як з факту укладення договору, так і з факту його неукладення, а не створював фіктивну конструкцію [301].

Зазначимо лише ключові положення концепції Р. Ієрінга. Сторона, яка вступила в переговори, не повинна захищати себе проти вини другої сторони на етапі формування умов договору. Закон має покладати на контрагентів обов'язок не порушувати інтереси другої сторони на переддоговірній стадії, якщо сторони спеціально не домовилися про відповідальність [287, р. 93]. Порушення такого обов'язку має наслідком відповідальність, яка пов'язується не з недійсністю договору, а з неповідомленням другій стороні підстав такої недійсності, відомих одній стороні [47, с. 116-117]. Тобто, *culpa in contrahendo* захищає добросовісного контрагента від порушення його довіри з боку недобросовісного контрагента. При цьому важливо розуміти, що як укладення договору, так і дійсність укладеного договору не є умовами *culpa in contrahendo*. Вимоги до договору (*Erfordernisse des Contracts*), недотримання яких, за Р. Ієрінгом, має наслідком *culpa in contrahendo* зводяться до: здатності укласти угоди; оборотоздатності; достовірності волі особи [91, с. 222].

Ідеї Р. Ієрінга, крім відображення їх в BGB після реформи зобов'язального права в 2001 році, стали визначальним компонентом німецької теорії переддоговірних правовідносин, що пояснюється як необхідністю дотримання контрагентами принципу добросовісності на стадії визнаного законом переддоговірного відношення, так і специфікою регулювання деліктів. Прикметно також, що застосування *culpa in contrahendo* в практиці Верховного федерального суду Німеччини не визнається обмеженням принципу свободи договору. У межах даного принципу кожний контрагент має право відмовитися від укладення запланованого договору. Ризик витрат, понесених у зв'язку з підготовкою до укладення договору, належить відповідній стороні. Сторона зобов'язана відшкодувати шкоду на підставі *culpa in contrahendo* лише, якщо вона відмовляється від укладення договору без поважної причини, хоча хід переговорів явно свідчив про очікування укладення договору і одна зі сторін розраховуючи на дану обставину понесла витрати, необхідні для укладення договору [277, р. 35-36]. Не важко помітити в цьому коментарі європейських учених відхід від класичного вузького

змісту концепту Р. Ієрінга як “договірної необережності” [91, с. 192]. Таке розуміння не є підміною понять, а лише фіксує широкий підхід до переддоговірної відповідальності. До формування інституту відповідальності за *culpa in contrahendo*, що охоплює вину сторін на стадії переговорів та не залежить ні від дійсності договору, ні від факту його укладення, а також до моменту остаточного оформлення в тексті BGB теорія пройшла складний еволюційний шлях. Наприкінці ХІХ ст. в німецькій юридичній науці майже одностайним було невизнання правового значення переговорів, які передують оферті [48]. У першій половині ХХ ст. BGB сприйняло доктрину *culpa in contrahendo* не як загальний принцип відповідальності за порушення довіри контрагента на стадії переговорів, а як теорію відповідальності за негативний інтерес при недійсності договорів, що розроблена пандектистикою та спрямована на забезпечення захисту добросовісності лише в окремих випадках, передбачених законом [99, с. 124-125]. Розвиток доктрини відповідальності за вину в переговорах пов’язують з поглядами Ф. Леонгарда [197]. Німецька доктрина та судова практика тривалий час кваліфікували ситуації, пов’язані з виною сторони договору під час переговорів, відповідно до норм деліктного права або положень про недійсність договору. Визнавалися також позови з дійсних договорів, де факт порушення фіксувався на стадії неналежного виконання договірною зобов’язання або де сам договір визнавався невігідним для однієї з сторін. Поширеним було й застосування фікції попереднього договору. Наявність значної кількості обмежень у реалізації деліктної відповідальності підвищувало актуальність проблеми відшкодування шкоди, завданої контрагенту в процесі переговорів до укладення договору, але без зв’язку з останнім [100, с. 154].

Переговори, які передують укладенню договору, уперше були визнані підставою відповідальності за *culpa in contrahendo* в “справі про лінолеум” (*Lino leumfall* або *Lino leumteppich-Urteil*), у якій споживачка була травмована двома рулонами лінолеуму, що впали на неї внаслідок необережності продавця магазину під час ознайомлення покупця з товаром. Ушкодження тут було нанесене до укладення договору. Імперський суд Німеччини визнав обов’язок продавця

турбуватися про життя та власність споживача, констатуючи: “з договірною або зобов’язального відношення можуть виникнути обов’язки проявляти добросовісність та обачність стосовно життя і власності партнера, причому ці обов’язки не мають нічого спільного з правовою природою даного правовідношення у вузькому сенсі, але з необхідністю впливають з його фактичного оформлення” Суд також зазначив, що відповідальність продавця у даному випадку засновується на “правовідношенні, що виконує підготовчу функцію стосовно купівлі” та має характер, аналогічний договірному правовідношенню [100].

В іншій справі “про салатний лист” донька, яка супроводжувала свою матір під час купівлі нею овочів, послизнулася на листі салату та зазнала ушкодження. Хоча у фактичному переддоговірному відношенні знаходилась споживачка, Верховний федеральний суд Німеччини захистив інтерес її доньки через звернення до того ж обов’язку добросовісності та турботливості, який покладається на продавця [254, р. 374-375].

Аналіз положень BGB та ознайомлення з наведеними судовими рішеннями дозволяє зробити наступний висновок. Інститут відповідальності за *culpa in contrahendo* в німецькому праві конструюється в §§ 241 (2) та 311 (2) BGB, які встановлюють вимогу турботливості для сторін та фіксують наявність переддоговірного зобов’язання між ними відповідно, а також у положеннях, які закріплюють засоби захисту добросовісної сторони зобов’язання (§ 280 - § 292 BGB). Відповідальність третіх осіб за *culpa in contrahendo* виводиться додатково з § 311 (3) BGB.

Історичний екскурс, проведений для виявлення витоків та шляху еволюції концепту *culpa in contrahendo* у німецькій цивілістичній теорії й судовій практиці з неминучістю повертає нас до українського права. Аналіз спеціальних досліджень, на наш погляд, засвідчує недостатній рівень розробленості проблематики переддоговірної відповідальності у вітчизняній приватноправовій доктрині [38; 151; 67; 115; 223; 222; 19].

У цивільному законодавстві України відсутній спеціальний інститут у вигляді

сукупності органічно поєднаних положень, які фіксують механізм відповідальності за недобросовісну поведінку на переддоговірному етапі. Спробуємо виявити або констатувати відсутність норм, які визначають склади переддоговірних порушень – підстави переддоговірної відповідальності у різних ситуаціях. При цьому, будемо виходити з широкого її трактування, що об'єднує як початкову інтерпретацію теорії Р. Ієрінга суто як необережного введення в оману [47, с. 118], так й інші переддоговірні порушення.

Першим випадком, який доречно розглянути, є помилка контрагента щодо обставин, які мають істотне значення, на стадії переговорів, що має наслідком недійсність договору. Особливістю даного переддоговірного порушення є регламентація форми вини контрагента в ч. 2 ст. 229 ЦКУ. Очевидно, для застосування відповідного положення необхідним є факт укладення договору. Тому не видається можливим посилатися на дану норму у разі виявлення факту сприяння помилці, який мав наслідком несення витрат добросовісною стороною на стадії переговорів без подальшого укладення договору. Важливо також, що відповідно до п. 19 постанови Пленуму Верховного Суду України № 9 від 06.11.2009 р. “Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними”, не є помилкою щодо якості речі неможливість її використання або виникнення труднощів у її використанні, що сталося після виконання хоча б однією зі сторін зобов'язань, які виникли з правочину, і не пов'язане з поведінкою іншої сторони правочину. Не має правового значення помилка щодо розрахунку одержання користі від вчиненого правочину. Помилка внаслідок власного недбальства, незнання закону чи неправильного його тлумачення однією зі сторін не є підставою для визнання правочину недійсним.

У BGB §§ 119 та 122 стосуються відповідальності контрагента за помилку, унаслідок якої було порушено довіру другої сторони договору. Згідно з ч. 1 § 119 BGB, особа, яка помилялася при волевиявленні стосовно його змісту або взагалі не мала наміру висловити волевиявлення такого змісту, має право оспорювати здійснене волевиявлення, якщо можна припустити, що, знаючи дійсний стан справ і

розумно оцінюючи ситуацію, вона б його не здійснила. (2) Помилкою стосовно змісту волевиявлення визнається також помилка щодо таких якостей особи або властивостей речі, які в обороті вважаються істотними (ч. 2 § 119 BGB). Якщо волевиявлення вважається недійсним згідно з § 118, або оспорене на підставі §§ 119, 120, то особа, яка виявила свою волю, має за умови, що волевиявлення слід було здійснити конкретній особі, відшкодувати даній особі – а у протилежному випадку будь-якій третій особі – збитки, яких зазнала друга сторона або третя особа внаслідок їх упевненості в дійсності волевиявлення, проте не більше розміру вигоди, яку б друга сторона або третя особа отримали у випадку дійсності волевиявлення (ч. 1 § 122 BGB). Обов'язок відшкодувати збитки виключається, якщо потерпіла особа знала про підстави недійсності або оспорюваності волевиявлення або не знала про це внаслідок необережності (мала знати про це) (ч. 2 § 122 BGB).

Наступним порушенням є ухилення від укладення договору, яке може набувати різних форм вираження. По-перше, даний юридичний факт конструюється на основі порушення обов'язку укласти договір, що є елементом змісту переддоговірного правовідношення. По-друге, ухилення від укладення договору може здійснюватися у вигляді відмови від ведення переговорів без достатньої правової підстави, що охоплює недобросовісний вступ у переговори, їх продовження або зрив переговорів. Слід відмітити, що ЦКУ не передбачає таку форму ухилення від укладення договору через невизначеність загального принципу переддоговірної відповідальності. У німецькій практиці можливим є застосування §§ 241 (2), 280 (1), 311 (2) BGB.

Прикладом недобросовісного вступу в переговори є, зокрема, ситуація, коли А дізнається про намір Б продати свій ресторан. А, який узагалі не має наміру придбати цей ресторан, тим не менше вступає в тривалі переговори з Б з єдиним наміром завадити Б продати ресторан В, який є конкурентом А. А, який перериває переговори після того, як В придбав інший ресторан, є відповідальним перед Б, якому вдається все-таки продати свій ресторан, але за більш низькою ціною, ніж та, що її пропонував В, в обсязі, що складає різницю в ціні [198, с. 61].

На переддоговірній стадії добросовісна сторона може нести витрати. Зокрема, в одній судовій справі між сторонами було досягнуто усної домовленості щодо продажу відповідачем належного йому домоволодіння за 6500 доларів США. Зі згоди відповідача позивач розпочав ремонт у домі, а відповідач повинен був підготувати всі необхідні документи для юридичного оформлення договору купівлі-продажу. Через деякий час відповідач звернувся до нього з пропозицією надати йому суму грошей як завдаток, яку він збирався витратити на оформлення документів. Позивач видав йому як завдаток 2000 грн, про що вони склали розписку, а коли ремонт у домі був практично закінчений, відповідач закрив домоволодіння своїм ключем, позбавивши позивача доступу до нього, та сказав, що продажна ціна дома збільшується до 12000 доларів США. Позивач не був згоден на таких умовах придбати цей будинок та звернувся до відповідача з приводу повернення внесеного завдатку та коштів, витрачених на ремонт домоволодіння. У рішенні суду було задоволено вимогу про стягнення завдатку, але фактичні витрати на ремонт, понесені добросовісною стороною були залишені поза увагою [205], що, таким чином, можна вважати прогалиною регулювання переддоговірної відповідальності за ЦКУ.

По-третє, несприяння державній реєстрації або нотаріальному посвідченню договору, що може вчинятися недобросовісним контрагентом з метою зриву переговорів, на наш погляд, також можна вважати ухиленням від укладення договору. Слід визнати у зв'язку з цим неповноту змісту деяких норм ЦКУ. Так, ст. 220 ЦКУ не встановлює відповідальність у формі відшкодування збитків за ухилення від нотаріального посвідчення договору, який не був частково або повністю виконаний. Відсутня норма про правові наслідки недодержання вимоги закону про державну реєстрацію договору. При цьому, згідно з п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України № 9 від 06.11.2009 р. “Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними”, не є вчиненим, зокрема, правочин у разі нездійснення його державної реєстрації, якщо правочин підлягає такій реєстрації. Суд відмовляє в задоволенні позову про визнання такого

правочину недійсним. Наслідки недійсності правочину не застосовуються до правочину, який не вчинено. Очевидною тому є невизначеність, що виникає у випадках ухилення учасника переговорів від державної реєстрації договору після його нотаріального посвідчення та повного або часткового виконання або у разі відсутності такого виконання. Тут договір залишається неукладеним, тобто має місце переддоговірна стадія. При цьому, звісно, необхідно убачається наявність стану впевненості добросовісного контрагента, по-перше, - в належній поведінці другого контрагента, а по-друге - у досягненні мети переговорів, тобто укладенні договору. Слід розуміти, що ЦКУ презюмує обізнаність сторін про законодавчі вимоги до форми договору. Німецький законодавець пов'язує відповідальність з неповідомленням одним контрагентом обставин, які можуть мати наслідком недійсність договору, у тому числі й тих, що стосуються форми договору. Відповідно до § 125 BGB, угода, при укладенні (учиненні) якої не було дотримано форму, що встановлена законом, недійсна. Недотримання форми, визначеної умовами самої угоди, якщо не доведено протилежне, має наслідком недійсність угоди.

У зв'язку з наведеним вище слід також відмітити факт виявлення Д. Г. Павленко елементів переддоговірної відповідальності у ст. 10 Закону України "Про захист від недобросовісної конкуренції" № 236/96-ВР від 07.06.1996 [176, с. 21 цит. за 38, с. 96], згідно з якою, схиленням до бойкоту суб'єкта господарювання є *спонування його конкурентом іншої особи, безпосередньо або через іншу особу, до відмови від установаження договірних зв'язків із цим суб'єктом господарювання, до невиконання (розірвання) або виконання неналежним чином договірних зобов'язань перед цим суб'єктом господарювання (курсив наш – В.К.)*. Водночас, у цьому контексті, цілком погоджуємося з Н.І. Майданик щодо переважно публічно-правового характеру законодавства про захист від недобросовісної конкуренції [38, с. 96].

Нерозкриття на стадії переговорів одним контрагентом інформації, важливої для другого контрагента, безсумнівно є переддоговірним порушенням, що

характеризується невиконанням або неналежним виконанням учасником переговорів відповідного обов'язку. У ЦКУ така вимога встановлюється щодо окремих договорів (зокрема, ч. 3 ст. 700 ЦКУ, ч. 2 ст. 721 ЦКУ, ч. 2 ст. 952 ЦКУ, ч. 2 ст. 1039 ЦКУ), а також можуть застосовуватися положення про правові наслідки правочину, вчиненого під впливом помилки (ст. 229 ЦКУ) або правочину, учиненого під впливом обману (ст. 230 ЦКУ). Крім цього, Закон України “Про захист прав споживачів” від 12.05.1991 р. закріплює право споживача на необхідну, доступну, достовірну та своєчасну інформацію про продукцію, її кількість, якість, асортимент, а також про її виробника (виконавця, продавця) та кореспондуючий цьому праву обов'язок виробника (виконавця, продавця). Передбачається відповідальність за надання недоступної, недостовірної, неповної або несвоєчасної інформації про продукцію та про виробника (виконавця, продавця) за наявності наслідків, установлених Законом (ч.1 ст. 4, ч.1 ст.6, ст. 15, ст. 23 Закону).

Згідно з BGB відповідальність за порушення інформаційних обов'язків впливає, по-перше, - з порушення принципу добросовісності та передумовлюється визнанням переддоговірною правовідношення (ч. 2 § 311 BGB), по-друге, - з положення про навмисне введення в оману (§ 123 BGB). Щодо окремих договорів в BGB визначаються інформаційні обов'язки (зокрема, §§ 312с, 482, 492, 651, 655b BGB). У зв'язку з цим, варто звернути увагу на існування в доктрині думки про те, що відповідна недобросовісна поведінка (як юридичний факт), яка є підставою для недійсності правочину, повинна бути наявною насамперед в момент укладення недійсного правочину (договору) [29, с. 109]. Уважаємо, що недобросовісність контрагента, виражена нерозкриттям інформації, безумовно існує в момент укладення договору, проте сам факт, наприклад, недобросовісного мовчання може виникати на стадії переговорів значно раніше, зокрема, під час підготовки сторонами проекту договору.

Підсумуємо наш огляд підстав переддоговірної відповідальності аналізом порушенням обов'язку збереження конфіденційної інформації під час переговорів. ЦКУ не передбачає даного обов'язку для учасників переддоговірною

правовідношення. Ми вважаємо цю обставину прогалиною в правовому регулюванні з огляду на визнаність обов'язку в уніфікованих приватноправових принципах (ст. 2:302 PECL; ст. 2.1.16 Принципів УНІДРУА) та окремих кодифікаціях (наприклад, ч. 4 ст. 434. 1 ЦК РФ). Слід підкреслити незалежність виконання стороною даного обов'язку від факту укладення договору.

На практиці можливим є виникнення різних ситуацій, які характеризуються порушенням вимоги збереження конфіденційності. Так, А запрошує Б та В, які є виробниками систем повітряних кондиціонерів, направити йому оферти на встановлення такої системи. У своїх офертах Б та В повідомляють окремі технічні деталі, які стосуються роботи їх систем. При цьому Б просить А не розголошувати відповідні технічні характеристики. А відмовляється від оферти Б та продовжує переговори з В, під час яких розголошує йому конфіденційну інформацію, передану Б [198, с. 63]. Німецький підхід передбачає вирішення подібних випадків відповідно до §§ 241 (2), 280 (1), 311 (2) BGB.

Розглянемо іншу ситуацію, у якій А – відомий виробник комп'ютерів, а Б – невеликий виробник комп'ютерних компонентів, який нещодавно став активним учасником ринку. Б звертається до А з повідомленням про розроблення нової комп'ютерної мікросхеми, що дозволяє вдвічі прискорити роботу комп'ютера. А зацікавлюється можливістю придбання мікросхеми для використання її у комп'ютерах, що виробляються. Починаються переговори, під час яких Б передає А інформацію про деталі нової розробки, яка не захищена правом інтелектуальної власності. Згодом А перериває переговори, пояснюючи такі дії високою ціною пропозицією Б, та звертається до В з пропозицією виробити останнім відповідну мікросхему за нижчою ціною. При цьому А передає В інформацію, отриману від Б. Укладається договір між А та В [277, р. 336]. У даній ситуації А несе відповідальність на підставі §§ 280(1) та 311(2) BGB (*culpa in contrahendo*). Особливе правовідношення (*Sonderrechtsverhältnis*) виникло між сторонами переговорів на підставі закону (*gesetzliches Schuldverhältnis*), що покладає додатковий обов'язок на одну сторону звертати увагу на активи другої сторони, з якими він має справу під

час переговорів (Obhuts- oder Erhaltungspflicht). Таким чином, сторона зобов'язана, по-перше, оцінювати інформацію, що надходить від другої сторони на предмет її конфіденційності; по-друге, не використовувати таку інформацію на шкоду другій стороні. Тобто, А повинен поставити Б в позицію, у якій би перебував останній без порушення конфіденційності. Відповідальність А буде полягати у відшкодуванні упущеної вигоди Б або в сплаті суми, яку б він заплатив Б за виробництво, або в поверненні Б прибутку, одержаного від недобросовісного використання А розробки [277, р. 345-346].

Видається, що критика переддоговірної відповідальності, спроби доведення недоцільності її автономного законодавчого закріплення найбільш змістовно можуть виражатися шляхом звернення до категорій зловживання правом та деліктів, які, на перший погляд, усувають необхідність виокремлення *culpa in contrahendo*. Важливо показати у зв'язку з цим обґрунтованість окремого функціонування інституту зловживання права, системи норм деліктного права та власне відповідальності за *culpa in contrahendo* - переддоговірного компенсаційного правовідношення.

Визнаним є поділ цивільно-правової відповідальності за підставами виникнення цивільних прав та обов'язків (договірною або позадоговірною природою) на договірну та позадоговірну (недоговірну) [90, с. 107-108; 106, с. 336]. Висловлюються погляди про деліктну або квазиделіктну, а тому позадоговірну природу переддоговірної відповідальності [142, с. 221; 169, с. 8-5, 29-36 цит. за 101, с. 60]. Прикметно, що поширення деліктної природи на переддоговірну відповідальність іноді супроводжується збереженням її договірної основи в контексті принципів та політики права [284, р. 22-24 цит. за 30, с. 35]. Існує також думка про її договірний або квазидоговірний характер [47, с. 169].

Ми поділяємо думку тих учених, які вважають природу переддоговірної відповідальності складною, такою що синтезує договір та позадоговірний стан. Так, німецькі цивілісти інтерпретували концепцію Р. Ієрінга як “парадокс договірної та водночас переддоговірної відповідальності” [302, с. 339 цит. за 47, с. 18]. І.В.

Бекленіщева називає переддоговірну відповідальність *sui generis*, що займає проміжне положення між договірною і деліктною відповідальністю [18, с. 168-169]. І.А. Діковська вважає, що недобросовісна поведінка під час ведення переговорів при відсутності попередньої угоди породжує позадоговірне зобов'язання особливого роду [64, с. 327]. Німецький цивіліст Р. Циммерманн зазначає, що *culpa in contrahendo* знаходиться в “сірій зоні” (взято в лапки нами – В.К.) між договірним правом та деліктним правом та є невід’ємною частиною третього “шляху” відповідальності [311, р. 245]. В естонській цивілістиці також визнається наявність особливого правовідношення між сторонами переговорів, природа якого лежить між договором та деліктом та яке впливає у свою чергу з власне переддоговірного відношення [286, р. 209]. Саме такий доктринальний тип розуміння переддоговірної відповідальності значною мірою вплинув на формулювання нами висновку про наявність переддоговірного компенсаційного правовідношення, що виникає з факту недобросовісної поведінки на стадії переговорів та по суті є переддоговірною відповідальністю.

Для обґрунтування згоди з наведеними думками, слід попередньо окреслити специфіку регулювання деліктів за правом Німеччини та України крізь призму переддоговірних відносин. У BGB відсутня норма про генеральний делікт, яка в інших національних правопорядках виступає базовим елементом деліктного регулювання. Так, правило генерального делікту було вперше закріплено у Цивільному кодексі Франції 1804 р., де у ст. 1382 передбачається, що будь-яка дія людини, яка завдає шкоди іншій людині, зобов'язує винну людину к відшкодуванню. Кожний несе відповідальність за шкоду, завдану не лише дією, але також недбалістю або необережністю (*imprudence*) (ст. 1383) [267]. Дане правило охоплює можливість відшкодування чистих економічних витрат, тобто економічних збитків, що виникають без зв'язку зі шкодою, що нанесена особі або власності (фізична шкода) [60, 59, 310]. У німецькому праві натомість діють декілька норм BGB, які формують основу деліктного права. Так, згідно з ч. 1 § 823 BGB, особа, яка навмисно або з необережності протиправно завдає шкоду життю або здоров'ю,

посягне на свободу, власність або інше право другої особи, зобов'язана відшкодувати потерпілій особі завдану шкоду. Крім цього, особа, яка навмисно завдасть другій особі шкоду способом, що суперечить добросовісності, зобов'язана відшкодувати завдану шкоду (§ 826 BGB). Буквальне неохоплення даними положеннями чистих економічних витрат вважається важливою причиною окремого функціонування інституту відповідальності за culpa in contrahendo [277, р. 36].

В Україні визначальним положенням деліктного права є ч.1 ст. 1166 ЦКУ, яку можна тлумачити як правило генерального делікту, що охоплює чисті економічні витрати. Можливими для застосування у разі порушень на переддоговірному етапі, на перший погляд, вбачаються також правила, передбачені ч. 1 ст. 1209 та ч. 1 ст. 1212 ЦКУ. На нашу думку, не слід можливість відшкодування чистих економічних витрат, що закріплюється в положеннях деліктного права, уважати єдиною причиною недоцільності впровадження інституту відповідальності за culpa in contrahendo. Так, правило генерального делікту в ЦК РФ (ст. 1064) функціонує разом з правилами про переддоговірну відповідальність (ст. 434.1).

Насправді, для виявлення суті відмінностей важливо розуміти специфіку відповідних правових конструкцій. Природа переддоговірних порушень виявляється в обсязі нематеріальної категорії - довіри особи. В об'єктивній стороні делікту, яке є правопорушенням, кристалізується зв'язок між діянням та наслідками у формі суворої причинно-наслідкової послідовності. Така властивість не завжди зберігається в порушеннях на переддоговірній стадії. Сам факт настання невігідних наслідків для особи, довіру якої порушено, може не вписуватися в ідеальний юридичний ланцюг деліктної норми. Витрати добросовісної сторони можуть передувати зриву переговорів недобросовісним учасником. Наприклад, витрати добросовісного адресата оферти передують відкликанню оферти недобросовісним оферентом. Підготовчі або організаційні дії однієї сторони, спрямовані на укладення договору, під час яких, наприклад, не було одержано прибуток, що був би одержаний за звичайних обставин, можуть передувати факту ухилення від укладення договору або факту розголошення конфіденційної інформації. Застосування виключно правила

генерального делікту сутнісно не впливає з суб'єктивного права однієї особи вимагати від другої особи добросовісної поведінки на стадії переговорів, що власне і складає основне смислове навантаження переддоговірного організаційного правовідношення – своєрідної передумови переддоговірного компенсаційного правовідношення (переддоговірної відповідальності). Спеціальне правило ст. 1212 ЦКУ опосередковує виключно протиправне переміщення майна, а тому не може бути універсальним критерієм для переддоговірної відповідальності; у свою чергу правило ст. 1209 ЦКУ не називає та не прив'язує важливих проявів порушення обов'язку розкриття інформації до переддоговірної стадії.

Іншою проблемою, що тісно пов'язана з доведенням автономної природи переддоговірної відповідальності, є питання про її співвідношення з категорією зловживання правом. З'ясування доцільності застосування відповідних норм до порушень на переддоговірному етапі перебуває у зв'язку з принципом добросовісності.

Відповідно до § 242 BGB, на боржника покладається обов'язок добросовісного виконання згідно з вимогами звичаїв обороту. Зловживання правом визначається у § 226 BGB, за яким не допускається здійснення права виключно з метою завдання шкоди іншій особі. Тобто, у даному положенні йдеться саме про умисел особи, яка зловживає правом. Російський дослідник проблеми зловживання правом О.В. Волков звертає значну увагу на співвідношення § 226 із § 826, яке у свою чергу є важливим положенням деліктного права. Знаменно, що в даному контексті відповідальність за *culpa in contrahendo* вченим згадується лише шляхом констатації факту можливого побічного виведення зі змісту § 826 обов'язку укласти договір (*Kontrahierungszwang*). Зазначається також, що § 226 та § 826 співвідносяться як конкретне та абстрактне, спеціальне та загальне; § 226 забороняє найбільш “крайню”, “явну” форму зловживання правом у її догматичному, об'єктивному сенсі – шикану, а § 826 передбачає відповідальність за будь-які нелояльні добросовісності умисні дії, розширюючи тим самим як об'єктивні, так і суб'єктивні межі для дії правила про недопустимість зловживання правом [40, с. 30, 35].

Відповідно до ЦКУ, справедливість, добросовісність та розумність визнається однією з загальних засад цивільного законодавства (ст. 3), а отже є принципом цивільного права. У ст. 13 ЦКУ визначаються межі здійснення цивільних прав, та, зокрема, установлюється: Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах (ч. 3 ст. 13). При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися моральних засад суспільства (ч. 4 ст. 13).

В.П. Грибанов писав: “...зловживання правом має місце там, де уповноважений суб’єкт виходить за рамки встановленого для даного суб’єктивного права меж його здійснення, залишаючись, однак у рамках загальних меж змісту даного суб’єктивного права” [56, с. 50]. Дане твердження вченого, на перший погляд, дає підстави визнати його сумісність з принципом свободи договору (ч. 1 ст. 627 ЦКУ), а відповідне зловживання – вважати підставою переддоговірної відповідальності. Більше того, В.П. Грибанов також зазначав: “...протиправним слід вважати не лише поведінку, що суперечить *правовим принципам даної системи, галузі або інституту права*, хоча б така поведінка й не суперечила конкретній нормі права” [56, с. 52] (курсив наш – В.К.). Цілком узгоджується таке твердження з засадою добросовісності, яку закріплено у ст. 3 ЦКУ. Частковим аргументом на користь необов’язковості спеціальної регламентації відповідальності за недобросовісну поведінку особи на переддоговірній стадії також можна вважати факт визнання О.В. Волковим “зловживацького” ухилення від укладення договору різновидом зловживання цивільними правами [41, с. 916].

Сприйняття зазначених позицій потребує уважного міркування. Передусім, проблема виникає з визначенням об’єкта зловживання. Очевидно, що ним має бути суб’єктивне право, а не принцип права. Нагадаємо, що визнання свободи договору суб’єктивним правом, на наш погляд, необґрунтовано нівелює концепцію переддоговірного правовідношення та спричиняє проблему кількісного та якісного вимірювання правомочностей, які б утворювали структуру такого суб’єктивного права. Крім значної кількості правомочностей, спрямованість їх функціональності

розщеплюється в переддоговірному та договірному правовідношеннях відповідно. Проблеми, однак, не існує, якщо мати на увазі зловживання автономно правом на укладення договору, правом на добросовісне ведення переговорів, правом на одержання переддоговірної інформації або іншим переддоговірним суб'єктивним правом. Слід розуміти, що такий більш виважений теоретично підхід можливий саме завдяки концепції переддоговірного правовідношення, яка не заперечує придатність норм щодо зловживання правом для використання у відповідній сфері, але яка є більш ефективною та ясною для правозастосування, у тому числі судового. Можна навіть припустити, що складні структурні зв'язки переддоговірного правовідношення сприяють більш повному розкриттю призначення інституту зловживання правом.

Важливо також, що кваліфікаційною ознакою зловживання правом в доктрині називається наявність прихованої, незаконної мети, що проявляється в *егоїстичному корисливому (прямий умисел) намірі*, спрямованому на порушення юридичної рівності учасників цивільних правовідносин [40, с. 253] (курсив наш – В.К.). Проте, переддоговірні порушення можуть характеризуватися й необережною (недбалою) недобросовісною поведінкою. Наприклад, недобросовісний контрагент своєю недбалою поведінкою сприяє виникненню помилкового уявлення в добросовісного контрагента про умови договору, розраховуючи на яке, останній поніс витрати. Тобто, норми про зловживанням правом не завжди виявляються здатними охопити широку площину переддоговірних порушень.

Цікавим є також наступне спостереження. У 2010 році О.В. Волков, доводячи необхідність реформування інституту зловживання правом у РФ, вказує на доцільність усунення правила про шикану, що зустрічається рідко в дійсності, та введення чіткого правила про розумне та добросовісне здійснення прав, тобто про дійсні межі свободи правореалізації [41, с. 151]. Законодавець РФ відповідним чином скоригував зміст положення про зловживання правом. Відповідно до ч. 1 ст. 10 ЦК РФ в редакції після 30.12.2012 р., не допускається здійснення цивільних прав виключно з наміром завдати шкоди іншій особі, дії в обхід закону з протиправною

метою, а також *інше завідомо недобросовісне* здійснення цивільних прав (зловживання правом). Не допускається використання цивільних прав з метою обмеження конкуренції, а також зловживання домінуючим положенням на ринку (курсив наш – В.К.). Закріплення “негативного” загального правила про добросовісне здійснення цивільних прав, проте, не стало перешкодою для введення інституту відповідальності за culpa in contrahendo у ст. 434.1 ЦК РФ.

Звертаючись же до положень ЦКУ про зловживання правом та вітчизняної доктрини, не можна не помітити деяку невизначеність, яка також має пізнавальне значення для підтвердження доцільності окремого законодавчого регулювання відповідальності за недобросовісну поведінку під час переговорів. Зміст ст. 13 ЦКУ свідчить про те, що український законодавець прямо не визначив у загальному вигляді “позитивну” або “негативну” вимогу добросовісного здійснення цивільних прав. Можна при цьому припустити включення добросовісності в зміст категорії “моральні засади суспільства”. Так, Ю.А. Тобота вважає однією з таких засад не лише добросовісність як складову принципу справедливості, добросовісності та розумності, а й цей принцип у цілому [231, с. 141]. Однак, наприклад, зміст науково-практичного коментаря до ст. 13 ЦКУ за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця не дає можливість зробити однозначний висновок з приводу даного питання. У коментарі зазначається, зокрема, що обов’язок дотримуватися моральних засад суспільства *у сукупності* з принципами добросовісності та розумності спрямований на посилення правового захисту морально-етичних норм у цивільному праві [167, с. 31] (курсив наш – В. К.). Водночас ч. 5 ст. 12 ЦКУ тлумачиться як положення, що встановлює презумпцію добросовісності та розумності особи при реалізації нею своїх цивільних прав та *опосередковано* закріплює обов’язок учасників цивільного обороту дотримуватися принципів добросовісності та розумності при здійсненні цивільних прав, оскільки його межі встановлені законом [167, с. 30] (курсив наш–В. К.). Р.А. Майданик пропонує вважати моральні засади суспільства однією з засад, одним із принципів цивільного права [152, с. 301]. Тобто мається на увазі виокремлення такого принципу поруч із принципом добросовісності,

справедливості та розумності.

З урахуванням вищенаведеного, пропонуємо доповнити ЦКУ ст. 638-1 “Переговори про укладення договору” з наступним змістом: 1. Особа має право вести переговори, самотійно несе витрати, пов’язані з їх проведенням і не несе відповідальності за недосягнення згоди. 2. При вступі в переговори про укладення договору, при продовженні переговорів та по їх завершенню сторони зобов’язані діяти добросовісно, зокрема не допускати вступ у переговори та їх ведення без дійсного наміру досягти згоди з другою стороною. 3. Сторона, яка веде або перериває переговори недобросовісно, зобов’язана відшкодувати збитки, завдані другій стороні. Збитками, які підлягають відшкодуванню недобросовісною стороною, визнаються витрати, понесені другою стороною у зв’язку з веденням переговорів про укладення договору або у розрахунку на укладення договору, а також у зв’язку з втратою можливості укласти договір з третьою особою. 4. Якщо в ході переговорів одна сторона повідомляє конфіденційну інформацію, друга сторона зобов’язана не розкривати таку інформацію та не використовувати її у власних цілях незалежно від того, чи буде укладено договір. При порушенні даного обов’язку вона повинна відшкодувати першій стороні збитки, завдані внаслідок розкриття конфіденційної інформації або її використання для власних цілей.

2.3. Модель переддоговірних відносин за Проектом Спільних підходів (DCFR)

У 2003 р. Європейська комісія сформувала міжнародну мережу дослідних груп (Об’єднану мережу з європейського приватного права) з метою розроблення “Спільних підходів до європейського договірного права” (CFR), що згодом був представлений у вигляді “проекту” (DCFR). Мета даного проекту полягає в тому, щоб забезпечити “принципи, визначення та типові правила”, які були сформульовані з урахуванням національних законодавств у тому числі прецедентного права, практики, що склалася, а також *acquis* (право ЄС – В.К.) і необхідних міжнародних актів. Називається також потенційна можливість DCFR у майбутньому забезпечити

сторони договору сучасним зводом правил, спеціально пристосованих до міжнародних контрактів на внутрішньому ринку. Прогнозується, також, що DCFR посприє процесу формування європейської юридичної науки, який, на думку багатьох науковців, є основною умовою для розвитку європейського приватного права [266, р. 1].

Зауважимо, що в українській цивілістиці пропонуються різні варіанти перекладу терміну “DCFR”. І.А. Діковська використовує терміни “проект Спільних підходів” та “проект Спільних точок зору” [62; 65; 64]. Пропонується також термін “Проект загальної системи підходів” [118, с. 272]. Редакція перекладу DCFR, підготовлена представниками кафедри цивільного права Санкт-Петербурзького державного університету має назву “Модельні правила європейського приватного права”, а власне термін “DCFR” перекладено як “Проект загальної довідкової схеми” [161]. Використання терміну “Проект Спільних підходів” нам убачається найбільш оптимальним.

При визначенні правової природи DCFR науковці вдаються до різних формулювань як то: “резервуар” концепцій, умов та визначень; “перекладацький інструмент” для аналізу різних законів та обговорення їх спільних і відмінних рис; “координаційний засіб”, що дозволяє національним та європейським законодавцям приймати обґрунтовані рішення; “довідник”, що використовують законотворці для перегляду існуючого законодавства та підготовки нового законодавства у сфері договірної права. Розглядається також можливість DCFR бути об’єктом вибору контрагентів при визначенні застосовного права [266, р. 177]. Апологет DCFR, відомий нідерландський цивіліст, М.В. Хезелінк з приводу переваг Проекту Спільних підходів зазначає, що CFR уміщує всі характеристики цивільного кодексу, які відомі адвокатам Континентальної Європи і які, водночас є привабливими для англійських юристів у системі загального права. Це: комплексність (DCFR охоплює всі загальні питання), системність (DCFR містить загальні правила на декількох рівнях абстракції), когерентність (спрямованість на регулювання подібних ситуацій і послідовне використання різних понять), розташування на одному рівні управління

(наявність єдиного Європейського CFR), і статичність (існування можливості змін CFR, яка не визнається пріоритетним завданням). Навіть якщо CFR ніколи не буде прийнятий формально як Європейський цивільний кодекс, він матиме всі характеристики кодифікації в загальному розумінні. Іншими словами, на думку професора М.В. Хезелінка, CFR - це Європейський цивільний кодекс у всьому, крім назви [273, р. 923]. Підкреслюється також, що DCFR є академічним текстом, який функціонує головним чином як джерело компаративістських досліджень та сприяє науковому аналізу як на основі єдності, так і на основі диференціації приватних правопорядків Європи [262]. Разом з цим відзначимо факт наявності широкої критики DCFR, акценти якої змістовно різняться [274; 283; 282].

При спробі узагальнення механізму регламентації переддоговірних відносин, передбаченого DCFR, слід урахувати необхідність вирішення розробниками Проекту проблеми поєднання сутнісно відмінних підходів правопорядків європейських держав. Нам видається, що автори не керувалися свідомим цілепокладанням щодо вироблення цілісної та узгодженої моделі переддоговірних відносин. Підтвердженням цього є численні використання сукупностей норм (дві та більше норм різної інституційної приналежності) до регулювання одного фактичного відношення. Іноді застосування таких прийомів є непослідовним.

Аналіз дає підстави для висновку про наступну побудову моделі переддоговірних відносин. Фундаментом виступає принцип добросовісності (ст. I.–1:103; III.–1:103), який визначає спрямованість змісту структурних блоків моделі переддоговірних відносин. Перший структурний блок базується на визнанні за переговорами юридичної якості (ч. 1 ст. II.–3:301), що обумовлює широку позитивну регламентацію переддоговірних обов'язків та визначення процедури укладення договору шляхом закріплення загальних правил (ст. II.–3:101 - II.–3:108; II.–3:201 - II.–3:202; ч. 2 ст. II.–3:301; ч.1-2 ст. II.–3:302; ст. II.–4:101 - II.–4:211) та їх конкретизації або формулювання спеціальних правил в окремих договірних конструкціях (наприклад, ст. IV.C.–2:102; IV.E.–4:102).

У межах першого блоку також визначаються загальні можливості й засоби

правового захисту добросовісної сторони, а також міри відповідальності (ст. II. - 3:109; ч.3 ст. II. – 3:301; ч. 3-4 ст. II. – 3:302; II.–3:501; ч.5 ст. IV.C. - 2:102), які становлять спеціальний негативний рівень правової регламентації.

Положення другого структурного блоку являють собою загальний негативний рівень правової регламентації, яким конструюються засоби правового захисту добросовісної сторони й міри відповідальності, які є універсальними та визнаними в багатьох національних правопорядках, застосовуються до різних дефектів цивільного обороту, а тому можуть охоплювати й випадки порушень на стадії переговорів. Це правила щодо недійсності правочинів (зокрема, ст. II.–7:201; II.–7:204 - II.–7:205; II.–7:214), наслідків невиконання зобов'язань (зокрема, ст. III.-3:701 - III.-3:705), регулювання недоговірних зобов'язань (ст. VI.-1:101; VI.-1:103; VI.-2:101; VI.-2:204 - VI.-2:205; VI.-2:207; VI.-2:210; VII.-7:102).

При цьому ми свідомо не досліджуємо у даній частині роботи загальний порядок укладення договору (II.–4:101 - II.–4:211), який можна розглядати як різновид переддоговірного організаційного правовідношення, що виникає з моменту направлення оферти її адресату. Порядок укладення договору, передбачений DCFR, буде розглянуто окремо.

Перший блок Проекту базується на принципі добросовісності, який має конститутивне значення для формування моделі переддоговірних відносин, змістовно виражається в поняттях “добросовісність” (good faith) та “добросовісність і чесна ділова практика” (good faith and fair dealing), які не є тотожними. Добросовісність є суб'єктивним психічним ставленням, яке характеризується чесністю та відсутністю обізнаності про те, що дійсний стан справ не відповідає видимості [294, р. 4784]. У свою чергу, “добросовісність і чесна ділова практика” означає стандарт поведінки, який характеризується чесністю, відкритістю та врахуванням інтересів другої сторони правочину або відповідного правовідношення (ч.1 ст. I.–1:103 DCFR). Зміст даної категорії розкривається в ст. III.– 1:103 DCFR, відповідно до якої: (1) Особа має обов'язок діяти відповідно до вимог добросовісності та чесного ведення справ при виконанні зобов'язання, при

реалізації права на виконання, при використанні способів захисту від невиконання або при реалізації права на припинення зобов'язання або договірної відносини. (2) Цей обов'язок не може бути виключений або обмежений договором чи іншим юридичним актом. (3) Порухення 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. Серед європейських правників ч. 3 ст. III.–1:103 DCFR розглядається як частина компромісу, поступка системам загального права в Європі: добросовісність включається в положення, але його роль обмежується [290, р. 33].

Нормативне пристосування принципу добросовісності для моделі переддоговірних відносин виражається в ст. II.–3:301 DCFR: (1) Особа вільна в проведенні переговорів та не відповідає за недосягнення угоди. (2) Особа, яка вступила в переговори, має обов'язок вести їх добросовісно й чесно та не переривати переговори у випадках, коли це буде суперечити вимогам добросовісності й чесної ділової практики. Цей обов'язок не може бути виключений або обмежений договором. (3) Сторона, яка порушила цей обов'язок, відповідає за втрати, завдані другій стороні таким порушенням. (4) Вимогам добросовісності й чесної ділової практики суперечать, зокрема, вступ у переговори та їх ведення без дійсного наміру досягти угоди з другою стороною.

У коментарі до даної статті справедливо вказується, що при намаганні укласти договір одна сторона може вдаватися до обману, погроз, спотворень. Особа може нести відповідальність за таку поведінку незалежно від наявності дійсного договору. Як приклад вступу в переговори всупереч принципу добросовісності пропонується ситуація, коли А, який проживає в Англії, виражає намір зайняти вищестоящу посаду на фабриці в Іспанії. Б запропонував оплатити витрати на поїздку для проведення співбесіди. Насправді А не має наміру зайняти відповідну посаду, а лише прагне за чужий рахунок відвідати свого друга в Іспанії. Б оплачує поїздку та дізнається про дійсні наміри А. А несе відповідальність за витрати, понесені Б у

зв'язку з оплатою поїздки. Продовження переговорів всупереч принципу добросовісності можливе в подібній ситуації з тією особливістю, що А початково мав на меті працевлаштування, а рішення про відмову було фактично прийнято після першої співбесіди. Щоб удруге отримати можливість безкоштовної поїздки, А прикидається зацікавленим у проведенні другої більш інтенсивної співбесіди та отримує кошти для повторної поїздки. Б дізнається про дійсні наміри А. А несе відповідальність за витрати, понесені Б у зв'язку з повторною оплатою поїздки [294, р. 271-272].

У контексті негативної правової регламентації, що охоплює комплексний інструментарій відповідальності та захисту, розробники у коментарі до даної статті визначають застосування положень про делікти та власне ч. 3 ст. II.–3:301 DCFR як самостійні способи захисту добросовісної сторони. Аналіз тлумачення свідчить про відсутність змістовного розмежування між указаними положеннями, що скоріше є правилом, ніж виключенням для авторів Проекту. При цьому склад збитків обмежується негативним інтересом й охоплює понесені витрати, виконану роботу, втрати від операцій, здійснених стороною, яка розраховувала на укладення договору. Водночас, потерпіла сторона не може претендувати на відшкодування вимог із позитивного інтересу, які припускаються при моделюванні стану потерпілої сторони, який був би наявним у випадку укладення договору та його належного виконання [294, р. 272-273].

Дослідження правил Проекту та відповідних коментарів дає можливість констатувати наявність термінологічної проблематики, яка значною мірою визначає розуміння природи переддоговірних відносин, закладене розробниками DCFR. У коментарі вимога добросовісного та чесного ведення переговорів розглядається саме як обов'язок, а не зобов'язання. Тобто способи захисту сторони у разі відсутності виконання зобов'язання не застосовуються [294, р. 271]. Для сприйняття даного підходу необхідно усвідомити особливості концептуального мислення розробників Проекту при побудові моделі переддоговірних відносин. Розуміння переддоговірного правовідношення, яке ми підтримуємо в розрізі визнаного у

вітчизняній доктрині теоретичного вчення про правовідношення та яке намагаємось екстраполювати на площину DCFR, є досить чужорідним для авторів Проекту. Так, у коментарі до ст. II.–3:301 DCFR відсутнє формулювання “legal relationship” (правовідношення – В.К.). При цьому в Додатку до DCFR, який містить широкий набір дефініцій, визначаються поняття “договірне відношення”, “договірне зобов’язання”, “зобов’язання” та “обов’язок”. Характерно, що поняття “legal relationship” використовується при розкритті змісту “договірного відношення”, та “зобов’язання” [294, р. 4781, 4783, 4789], але самостійної інтерпретації не отримало. Слід урахувати також, що в Додатку “обов’язок” не розуміється як обов’язковий аспект правовідношення. Не є обов’язковою й санкція за порушення обов’язку. Усі зобов’язання є обов’язками, але не всі обов’язки є зобов’язаннями [294, р. 4783]. У свою чергу “зобов’язання” розглядається як обов’язок боржника у правовідношенні [294, р. 4789]. Професор Единбурзького університету та один із розробників DCFR Е. Кліве у зв’язку з цим зазначає, що розуміння зобов’язання як двостороннього зв’язку має довгу та поважну історію, але наразі домінує уявлення про зобов’язання як про односторонній обов’язок боржника, тобто ту частину відношення, яка належить боржнику [264, р. 23].

Розглянуті особливості методології Проекту слід урахувати при подальшому розгляді, але їх наявність не створює для нас нездоланих перешкод при виявленні моделі переддоговірних відносин за допомогою традиційного теоретичного інструментарію. Так, І.А. Діковська запропонувала наступний переклад ч. 1 ст. II.–3:301 DCFR: “Особа має право вести переговори і не несе відповідальності за недосягнення угоди” [64, с. 318]. Прикметно, що дослідниця, фіксуючи суб’єктивне право на ведення переговорів, відхилилася при цьому від буквального формулювання відповідного положення, яке ми для даного пояснення свідомо спробували зберегти в нашому варіанті перекладу. Цілком погоджуючись з таким розумінням, додамо, що зміст ст. II.–3:301 DCFR свідчить про наявність переддоговірного правовідношення, у якому суб’єктивному праву на ведення переговорів кожної сторони, що включає в себе, зокрема, правомочність вимоги

належної поведінки, кореспондує суб'єктивний обов'язок добросовісного та чесного ведення переговорів кожною стороною. Така конструкція переддоговірного правовідношення є базовою [23, с. 171; 120, с. 52 цит. за 23, с. 175; 13, с. 836] й може набувати значних змістовних ускладнень за наявності окремих юридичних фактів або фактичних складів, що впливає на видову кваліфікацію переддоговірного правовідношення (наприклад, отримання конфіденційної інформації під час переговорів; переговори по укладенню договору франчайзингу; несення добросовісною стороною витрат перед недобросовісним зривом переговорів другою стороною).

Для розуміння особливостей моделі переддоговірних відносин прикметним є факт прив'язки положення про порушення конфіденційності, розташованого в Розділі 3 Глави 3 Книги 2, до розглянутого вище базового правила. Відповідно до ст. II.–3:302 DCFR: (1) Якщо в ході переговорів одна сторона надає конфіденційну інформацію, друга сторона не може передавати таку інформацію третім особам, а також використовувати її для власних цілей незалежно від того, чи буде укладено договір. (2) У даній статті термін “конфіденційна інформація” означає інформацію, про конфіденційний характер якої сторона знає або може розумно передбачатись такою, яка знає, виходячи з характеру інформації або обставин, за яких вона отримана. (3) Сторона, яка розумно припускає порушення даного обов'язку, може отримати судову заборону, що запобігає даному порушенню. (4) Сторона, що порушила даний обов'язок, відповідає за шкоду, завдану другій стороні порушенням, а також на неї може бути покладено обов'язок передати другій стороні доходи, отримані внаслідок такого порушення.

У коментарі до DCFR зазначається, що за умови відсутності заяви однієї сторони про конфіденційність інформації, від другої сторони розумно очікується обов'язок розцінювати таку інформацію як конфіденційну. Даний обов'язок впливає зі спеціального характеру інформації або професійного статусу сторони переговорів. У випадку неукладення договору розкриття такої інформації або використання її отримувачем у власних цілях буде суперечити добросовісності та

чесній діловій практиці. Так, А запропонував придбати “ноу-хау” Б для використання пластикових пакетів у лако-фарбовій промисловості. Протягом переговорів Б надав А інформацію про важливі властивості “ноу-хау” для оцінки А його вартості. Б явно не проголосив конфіденційність відповідної інформації. На А покладається обов’язок не розголошувати таку інформацію, яка визнається у даній ситуації конфіденційною [294, р. 279].

Регламентация інформаційних обов’язків сутнісно включається в перший блок Проекту. Базовий рівень регулювання, визначений у Розділі 1 Глави 3 Книги 2 передбачається як універсальний за сферою дії.

У ст. II.–3:101 DCFR закріплено обов’язок щодо розкриття інформації стосовно товарів, іншого майна та послуг: (1) До укладення договору про надання підприємцем другій особі речей, іншого майна або послуг підприємець має обов’язок надати цій особі таку інформацію про відповідні речі, інше майно або послуги, яку ця особа може розумно очікувати, беручи до уваги вимоги, які звичайно ставляться до якості та виконання у подібних обставинах. (2) Якщо друга особа також є підприємцем, при з’ясуванні того, отримання якої інформації ця особа може розумно очікувати, слід урахувувати, чи являється відсутність інформації відхиленням від стандартів, прийнятих у комерційній діяльності. Даний обов’язок обмежується в двох аспектах. По-перше, він виникає, коли майбутній договір передбачає поставку підприємцем товарів або послуг і цим самим виключається як сфера виключно особистих транзакцій між споживачами, так і сфера транзакцій, у якій споживач надає товари або послуги підприємцю [298, р. 107]. Тобто, переддоговірне правовідношення виникає, коли учасники переговорів мають намір укласти B2C або B2B контракт [289]. При цьому дана стаття встановлює виключно обов’язок надання інформації та не застосовується у випадках надання помилкової або оманливої інформації (ст. II.–7:201 та II.–7:205 DCFR відповідно) [294, р. 247].

Особливі обов’язки підприємця, який продає товари або надає послуги споживачу, закріплено в ст. II.–3:102 Проекту. Так, підприємець, який пропонує речі, інше майно або послуги споживачу, не може надавати інформацію, яка вводить в

оману. Інформація вводить в оману, якщо в ній перекручені або не відображені істотні обставини, надання відомостей про які звичайний споживач міг би очікувати для прийняття усвідомленого рішення про укладення договору. При оцінці того, яку інформацію міг би очікувати звичайний споживач, слід урахувувати всі обставини справи та обмеження, що накладаються використовуваним засобом зв'язку (ч. 1 ст. II.-3:102). Установлюються також вимоги до змісту комерційної пропозиції, якщо вона використовується та створює у споживача уявлення про достатність уміщеної в ній інформації для прийняття усвідомленого рішення про укладення договору (ч. 2 ст. II.-3:102). Правило щодо комерційної пропозиції є розвитком положення, сформульованого в ч. 4 ст. 7 Директиви ЄС “Про нечесну комерційну практику” від 11.05.2005 року [260].

Аналіз дозволяє зробити висновок про наявність переддоговірного інформаційного обов'язку, що виникає в підприємця стосовно споживача, який знаходиться в особливо несприятливому положенні. Якщо через технічні засоби, які використовуються для укладення договору, територіальну роз'єднаність підприємця та споживача або характер правочину споживач при вчиненні правочину відчуває значну недостатність інформації, на підприємця покладається обов'язок у спосіб, прийнятний для даних обставин, передати споживачу чітку інформацію про основні характеристики речей, майна або послуг, які пропонуються, а також про адресу й особу підприємця, з яким споживач учиняє правочин, умови договору, права та обов'язки сторін, порядок пред'явлення претензій, право на відмову в разі його існування. Така інформація має бути пред'явлена в розумний строк до укладення договору (ч. 1 ст. II.-3:103).

У коментарі до цієї статті зазначається, що купівля товарів через мережу Інтернет або за допомогою телефонного зв'язку створює значну недостатність інформації через неможливість огляду товару (або зразку) споживачем. Таким чином, дана стаття поширюється на купівлю-продаж на відстані та охоплює випадки електронної комерції [294, р. 253].

З даним обов'язком тісно пов'язаний обов'язок надати інформацію при

укладенні договору шляхом дистанційної взаємодії в режимі реального часу, який сформульовано на основі ст. 4 та ст. 3 Директив ЄС, які стосуються дистанційної купівлі-продажу та покладають на підприємця обов'язок ідентифікації й розкриття комерційних цілей при ініціюванні дистанційної взаємодії зі споживачем в режимі реального часу [261; 259]. Підприємець відповідає перед споживачем за шкоду, заподіяну внаслідок порушення такого обов'язку (ч. 5 ст. II.-3:104).

Важливим є положення про використання засобів інформаційних технологій. Згідно з ч. 1 ст. II.-3:105, якщо договір передбачається укласти з використанням інформаційних технологій без особистої взаємодії, на підприємця до направлення оферти або її акцепту другою стороною покладається обов'язок надання наступної інформації: (а) про послідовність технічних дій, які мають бути зроблені для укладення договору; (b) про те, чи буде договір оформлено підприємцем у документарній формі та про доступність документа; (c) про технічні можливості виявлення та виправлення помилок введення даних до моменту направлення другою стороною оферти або її акцепту; (d) про мови, які пропонуються до використання для укладення договору; (e) про всі умови договору, який укладається. Підприємець відповідає перед споживачем за шкоду, заподіяну внаслідок порушення даного обов'язку (ч. 5 ст. II.-3:105). У цілому дана стаття базується на ст.10 Директиви ЄС “Про електронну комерцію” [258], але водночас характеризується відсутністю прив'язки обов'язкового розкриття інформації про технічні можливості виявлення та виправлення помилок введення даних до моменту розміщення замовлення.

У ст. II.-3:106 DCFR встановлюється загальна вимога до інформації, надання якої є змістом конкретного інформаційного обов'язку сторони переддоговірною правовідношення у межах сфери дії Глави 3 Книги 2 Проекту. Відповідна інформація має бути зрозумілою та чіткою, викладатися на доступній мові. Для окремих договірних конструкцій може передбачатись обов'язковість відображення інформації на матеріальному носії. Вимоги до змісту інформації про ціну, якщо така інформація обов'язково має розкриватися підприємцем, передбачаються в ст. II.-3:107. Положення, сформульовані в ст. II.-3:108 Проекту, закріплюють вимоги до

інформації про адресу та особу підприємця.

Інтерес викликають положення Проекту щодо запобігання помилкам введення та підтвердження отримання, які стосуються укладення договору за допомогою електронних засобів без особистої взаємодії та рельєфно виражають одну з видових конструкцій переддоговірного правовідношення. Відповідно до ч. 1 ст. II.-3:201, підприємець, який має намір укласти договір із використанням електронних засобів без особистої взаємодії, має обов'язок до направлення оферти або її акцепту другою стороною надати цій стороні прийнятні, ефективні й доступні технічні засоби для виявлення та виправлення помилок введення даних. Даний обов'язок, очевидно відповідає суб'єктивному праву другої сторони вимагати такої поведінки. У межах даного переддоговірного правовідношення встановлюється також обов'язок підприємця підтвердити за допомогою електронних засобів отримання оферти або акцепту другої сторони, який відповідає суб'єктивному праву цієї сторони вимагати такої поведінки. Факт неотримання другою стороною такого підтвердження протягом розумного строку має юридичне значення та являє собою підставу виникнення у цієї сторони права відкликати оферту або відмовитися від договору (ч.1-2 ст. II.-3:202 DCFR). Переддоговірне компенсаційне правовідношення виникає внаслідок недобросовісної поведінки, яка може бути порушенням обов'язку, встановленого ч. 1 ст. II.-3:201 та (або) обов'язку, встановленого ч. 1 ст. II.-3:202 DCFR. Слід мати на увазі, що статті II.-3:201 та II.-3:202 розробниками DCFR конструюються як імперативні норми, спрямовані на захист споживачів (ч. 3 ст. II.-3:201 та ч. 4 ст. II.-3:202 DCFR).

Положення, які закріплюють переддоговірні обов'язки стосовно окремих видів договорів про надання послуг, очевидно, також становлять спеціальний позитивний рівень правової регламентації. Тому, на наш погляд, їх слід включити до першого структурного блоку моделі переддоговірних відносин.

Видається можливим виявляти й типи переддоговірних правовідношень, які сутнісно будуються на основі базової моделі правовідношення, закріпленої в ст. II.-3:301 DCFR. Так, встановлюється двостороннє переддоговірне правовідношення

між виконавцем послуги та її замовником, у якому на виконавця до укладення договору покладається обов'язок попередити замовника про ризики, пов'язані з наданням послуги, а на замовника - обов'язок до укладення договору попередити виконавця про відомі йому обставини, які не являються звичайними, якщо вони можуть призвести до подорожчання послуги або до збільшення часу, необхідного для її надання, у порівнянні з тим, що очікує виконавець, або можуть загрожувати інтересам виконавця або інших осіб під час надання послуги. Закріплюються правові наслідки порушення даних обов'язків (ст. IV.C. - 2:102 DCFR). До укладення договору підряду на виконання проектних робіт установлюється переддоговірний обов'язок підрядника попередити замовника про відсутність у підрядника спеціальних знань специфічних проблем, що потребують залучення спеціалістів (ст. IV.C. - 6:102 DCFR). У сфері договорів про надання медичних послуг передбачаються обов'язки виконавця надати пацієнту інформацію з приводу стану його здоров'я та лікування, попередити пацієнта про ризики лікування та розкрити необхідну інформацію у випадках надання необов'язкових або експериментальних медичних послуг (ст. IV.C. - 8:105 - IV.C. - 8:106 DCFR). Допускається приховування від пацієнта відповідної інформації у випадках, установлених ст. IV.C. - 8:107 DCFR. Про зростаюче значення інформаційної сфери переддоговірних відносин свідчить закріплення переддоговірного обов'язку з розкриття інформації щодо агентського договору, дистрибуційного договору, франчайзингу, а також інших договорів, за якими одна сторона-підприємець, використовуючи професійні навички, вживає заходів до залучення в оборот продукції другої сторони (ст. IV.E. - 2:101 DCFR). У ст. IV.E.-4:102 DCFR зафіксовані вимоги до змісту достовірної та оперативної інформації, яка має розкриватися франчайзером. Дане положення, таким чином, є спеціальною нормою відносно ст. IV.E. - 2:101 DCFR.

Специфіку має переддоговірне правовідношення, що виникає у сфері особистих забезпечувальних зобов'язань споживачів. Відповідно до ч. 1 ст. IV.G.-4:103 DCFR, до надання забезпечення кредитор має обов'язок роз'яснити

передбачуваному забезпечувальному боржнику: (а) загальні наслідки очікуваного забезпечення; (б) особливі ризики, які згідно з доступною для кредитора інформацією, є можливими для забезпечувального боржника у зв'язку з фінансовим становищем боржника. Якщо кредитор не надав таку інформацію або незалежну консультацію в порядку, установленому ст. IV.G.-4:103 DCFR, забезпечувальний боржник може відкликати оферту або розірвати договір у будь-який момент (ч. 4 ст. IV.G.-4:103 DCFR). У випадку відкликання забезпечувальним боржником оферти або розірвання договору повернення отриманого сторонами здійснюється за правилами Книги VII DCFR (“Безпідставне збагачення”).

На наш погляд, у рамках першого структурного блоку спеціальний негативний рівень правової регламентації переддоговірних відносин охоплює правила відповідальності та способи захисту, які можуть застосовуватися у випадках порушень відповідних обов'язків.

У ст. II.-3:109 DCFR передбачаються засоби правового захисту у разі порушення обов'язку надати інформацію. По-перше, споживач має право на відмову від укладення договору (ч. 1 ст. II.-3:109). По-друге, на підприємця покладаються договірні обов'язки, наявність яких розумно очікувалася другою стороною внаслідок недостатньої або неправильної інформації (ч. 2 ст. II.-3:109). У випадку їх невиконання застосовуються відповідно засоби захисту проти невиконання зобов'язання (Глава 3 Книги 3 DCFR). По-третє, передбачається загальне правило про відповідальність підприємця за шкоду, заподіяну другій стороні, незалежно від факту укладення договору (ч. 3 ст. II.-3:109). По-четверте, допускається звернення з вимогою про визнання недійсним договору, укладеного внаслідок помилки (ч. 4 ст. II.-3:109). Відповідно до ч. 1 ст. II.-3:501 DCFR, особа за правилами Глави 3 має право на відшкодування збитків у разі порушення обов'язку другою стороною.

Для цілісного уявлення про концепцію Проекту важливо розуміти, що застосування правил за невиконання зобов'язання (ст. III.-3:704 та III.-3:705 DCFR) передбачає тлумачення невиконання зобов'язання як порушення обов'язку (ч. 2 ст. II.-3:501 DCFR). Автори Проекту наголошують на автономності даного

недоговірною права на відшкодування. При цьому його розмежування з регулюванням деліктів як елементом загальної негативної правової регламентації переддоговірних відносин є скоріше формальним, ніж змістовним. Так, відзначається, що в межах даних ситуацій (Глава 3 Книга 2 Проекту – В.К.) дійсно може виникнути право на вимогу на підставі делікту (Книга 6 DCFR) стосовно *деяких випадків* протиправної поведінки на переддоговірній стадії (курсив наш – В.К.). Проте, зважаючи на можливі труднощі доведення належності конкретного виду порушення до сфери деліктів, правило ст. II.-3:501 DCFR є більш зручним для застосування [294, р. 287].

Не є достатньо послідовним, на нашу думку, також розмежування з засобами захисту у разі невиконання зобов'язання (Глава 3 Книги 3 DCFR). У коментарі розробники зазначають, що Розділ 7 Глави 3 Книги 3 стосується відшкодування збитків за невиконання зобов'язання, тому положення цього Розділу не будуть автоматично застосовуватися до порушення обов'язку. Відповідно правила про загальний обсяг відшкодування збитків (ст. III.-3:702 DCFR) та про передбачуваність збитків (ст. III.-3:703 DCFR) не застосовуються [294, р. 287-288]. Цілком логічним видається припустити застосування Розділу 7 Глави 3 Книги 3 виключно до договірних зобов'язань і таким чином провести розмежування з положеннями Глави 3 Книги 2 Проекту, але перешкодою при цьому є формулювання ст. III.-1:101 DCFR, відповідно до якої Книга 3 застосовується до всіх договірних та недоговірних зобов'язань, а також до прав на отримання виконання, якщо не передбачено інше. Не додає ясності й коментар до цієї статті, де відмічається, що Книга не передбачає загальних правил щодо обов'язків. Тому, наприклад, правила щодо невиконання зобов'язань не застосовуються до випадків порушення морального обов'язку не завдавати шкоди іншій особі. Але водночас зобов'язання, до яких застосовується Книга 3, включають у себе й переддоговірні зобов'язання (“pre-contractual obligations”- В.К.). Якщо тут під зобов'язаннями розуміти юридичні обов'язки боржника, а не правовідношення, то залишається не зовсім зрозумілим використання при розгляді переддоговірних обов'язків терміну –

“duty”, який безсумнівно має правове значення. Характерно також, що прийняття розробниками підходу до розуміння зобов’язання як юридичного обов’язку боржника (“obligation”- В.К.) не стало вдалою спробою усунення більш широкого виміру правовідношення. Так, автори Проекту зазначають у коментарі до статті III.-1:101, що в багатьох випадках правові відносини між двома або більше сторонами будуть складати сукупність взаємних прав та обов’язків, не всі з яких виникають на підставі договору [294, р. 698].

У правилах, які стосуються окремих договорів, поряд із можливістю обґрунтування потерпілою стороною своїх вимог на підставі власне спеціальної норми про переддоговірний обов’язок, яка закріплює право на відшкодування (ч. 5 ст. IV.C. - 2:102 DCFR), розробники звертають увагу на можливість звернення з вимогою про визнання недійсним договору, укладеного внаслідок помилки (ст. II.-7:201 DCFR); звернення з вимогою про відшкодування внаслідок сприяння виникнення помилки незалежно від наявності факту оспорювання договору (ст. II.-7:214 DCFR); застосування наслідків порушення договірної інформаційного обов’язку (ст. IV.C. -2:108 DCFR) [294, р. 1644]. Відкликання оферти або одностороннє розірвання договору є можливими способами захисту забезпечувального боржника в межах інституту особистого забезпечення (ч. 4 ст. IV.G.-4:103 DCFR).

Дослідження дає можливість узагальнити положення другого структурного блоку моделі, які становлять загальний негативний рівень правової регламентації переддоговірних відносин, тобто функціонально призначені для застосування до різномірних дефектів цивільного обороту, включаючи й випадки порушень на переддоговірній стадії. Звернемо тут увагу на деякі правила щодо недійсності правочинів (зокрема, II.-7:201; II.-7:204 - II.-7:205; II.-7:214 DCFR) та окремі правила регулювання недоговірних зобов’язань (VI.-1:101; VI.-1:103; VI.-2:101; VI.-2:204 - VI.-2:205; VI.-2:207; VI.-2:210; VII.-7:102 DCFR).

Відповідно до ч.1 ст. II.-7:201 DCFR, сторона може оспорити договір через наявність помилки щодо факту або права, яка існувала на момент укладення

договору, якщо: а) сторона, не будучи під впливом помилки, не уклала б договір або уклала його на зовсім інших умовах, а друга сторона знала або, як можна розумно очікувати, могла знати про це та б) друга сторона: (i) сприяла виникненню помилки; (ii) сприяла укладенню договору під впливом помилки шляхом бездіяльності, що суперечить вимогам добросовісності та чесної ділової практики і при цьому знала або, як можна розумно очікувати, могла знати про те, що інша сторона знаходиться під впливом помилки; (iii) сприяла укладенню договору під впливом помилки через невиконання переддоговірного обов'язку надати інформацію або обов'язку виправити помилки введення даних; або (iv) сама знаходилася під впливом цієї помилки. Таким чином, визначальною умовою для застосування даного положення є насамперед наявність укладеного договору. При цьому передбачається можливість оспорування договору, укладеного під впливом помилки, тобто звернення з вимогою про визнання його недійсним. Важливо, що розробники Проекту спеціально визначили такі види переддоговірних порушень як невиконання переддоговірного обов'язку надати інформацію та (або) обов'язку виправити помилки введення серед підстав оспорування договору. Недобросовісна поведінка у формі бездіяльності (підпункт (ii) пункту b) ч. 1 ст. II.–7:201 DCFR)) при широкому тлумаченні також може набувати якості виду переддоговірного порушення, наприклад, у разі недбалого замовчування на стадії переговорів однією стороною факту помилкової оцінки другою стороною обставин, які мають значення для прийняття нею рішення про укладення договору.

У ст. II.–7:204 DCFR передбачаються правила відповідальності за шкоду, завдану використанням неправильної інформації. Сторона, яка уклала договір, розумно покладаючись на неправильну інформацію, отриману в процесі переговорів від другої сторони, має право на відшкодування завданих збитків, якщо особа, яка надала інформацію: а) припускала, що інформація була неправильною або не мала розумних підстав уважати інформацію правильною; та б) знала або, як можна розумно очікувати, могла знати про те, що одержувач буде спиратися на зазначену інформацію при прийнятті рішення про укладення договору на узгоджених умовах

(ч.1 ст. II.–7:204). Дана стаття застосовується й в тих випадках, коли у сторони відсутнє право оспорити договір (ч. 2 т. II.–7:204). Автори Проекту розглядають дану норму як конкретизацію вимоги про добросовісність та чесну ділову практику. Відмічається можливість розміщення даного положення серед правил про недоговірну відповідальність за делікти, але його тісний зв'язок з поведінкою сторони під час переговорів по укладенню договору робить зручним для учасників відносин розташування його саме в межах Глави 7 Книги 2 Проекту. Розмежування цієї норми з правом на оспорення договору, укладеного під впливом помилки або обману є більш точним. Якщо характер порушення не є підставою для оспорювання договору, сторона, яка помиляється або була введена в оману не може бути позбавлена захисту, а тому має наділятися правом на відшкодування збитків у разі необачного або ненавмисного надання другою стороною неправильної інформації [294, р. 513]. Розміщення ст. II.–7:204 DCFR серед положень про недійсність договорів дозволяє нам віднести дане правило до загального негативного рівня регламентації переддоговірних відносин.

Договір, укладений під впливом обману, може бути визнаний недійсним. Відповідно до ч.1 ст. II.–7:205 DCFR, сторона може оспорити договір у випадку, якщо друга сторона домоглася укладення договору шляхом умисного спотворення фактів за допомогою слів чи дій або умисного приховування інформації, яка має бути розкрита відповідно до вимог добросовісності, чесної ділової практики або будь-якого переддоговірного обов'язку надати інформацію. Спотворення фактів є обманом, якщо особа, яка його вчинила, знала або припускала неправильність наданих відомостей, і якщо воно спрямоване на введення адресата в оману. Приховування інформації є обманом, якщо воно спрямоване на введення в оману особи, від якої інформацію було приховано (ч. 2 ст. II.–7:205 DCFR). Наявність обов'язку розкриття відповідної інформації встановлюється з урахуванням: компетентності сторони з даного питання; витрат сторони на отримання відповідної інформації; можливості отримання другою стороною інформації іншим способом; очевидної важливості такої інформації для другої сторони (ч. 3 ст. II.–7:205 DCFR).

Таким чином, порушення переддоговірного обов'язку розкрити інформацію у формі її умисного приховування визнається розробниками підставою для оспорювання договору, що свідчить, на нашу думку, про належність даного правила до загального негативного рівня регламентації переддоговірних відносин.

З правом оспорити договір нерозривно пов'язане право на відшкодування збитків. Згідно з ч. 1 ст. II.–7:214 DCFR, сторона, яка має право оспорити договір відповідно до правил Розділу 2 Глави 7 Книги 2 Проекту (або сторона, яка мала відповідне право до його втрати у зв'язку зі спливом строків або підтвердженням), незалежно від факту оспорення договору, має також право вимагати від другої сторони відшкодування збитків, понесених у результаті сприяння помилці, обману, застосування сили, погроз або недобросовісного використання, за умови, що друга сторона знала або, як можна розумно очікувати, могла знати про існування підстав для оспорювання договору. Під відшкодуванням понесених збитків розуміється повернення потерпілої сторони в стан, найбільш близький до стану, у якому опинилася б особа у разі неукладення договору з додатковим обмеженням, яке полягає в недопустимості перевищення розміру збитків, завданих у результаті сприяння помилці, обману, застосування сили, погроз або недобросовісного використання у випадку відсутності оспорення договору (ч. 2 ст. II.–7:214 DCFR). В інших випадках застосовуються норми про відшкодування збитків за невиконання договірних зобов'язань з відповідними змінами (ч.3 ст. II.–7:214 DCFR).

У коментарі до цієї статті значна увага звертається на розмір відшкодування збитків. Так, при обґрунтуванні доцільності формулювання ч. 2 ст. II.–7:214 підкреслюється, що відшкодування збитків за невиконання договірного зобов'язання має на меті припущення стану потерпілої сторони в умовах виконаного зобов'язання. У випадках, передбачених Розділом 2 Глави 7 Книги 2 DCFR наявність невиконання договірного зобов'язання не є обов'язковою. Навіть за умови обману невірна заява сторони може й не стати умовою договору (частиною змісту договірного зобов'язання – В.К.). У даній ситуації така заява не може бути підставою для відшкодування упущеної вигоди [294, р. 554]. Тобто, правило ч. 2 ст.

II.-7:214 передбачає задоволення негативного, а не позитивного інтересу сторони, яка зазнала збитків.

Аналіз положень Проекту свідчить про належність правил регулювання недоговірних зобов'язань до загального негативного рівня регламентації переддоговірних відносин.

Книга VI DCFR стосується питання позадоговірної відповідальності за шкоду, завдану іншій особі. Особа, якій завдано юридично значимої шкоди, має право на отримання відшкодування від особи, яка її завдала умисно чи необережно або яка відповідає за завдану шкоду з інших підстав (ч. 1 ст. VI.-1:101 DCFR). Юридично значима шкода згідно з ч. 1 ст. VI.-2:101 DCFR охоплює чисті економічні витрати, які в доктрині протиставляються шкоді, завданій життю, здоров'ю або шкоді, завданій матеріальним об'єктам [310, р. 5].

Окремі делікти заслуговують на увагу в контексті нашої проблематики. Так, відповідно до ст. VI.-2:205 DCFR, юридично значимою шкодою визнається шкода, завдана внаслідок розповсюдження конфіденційної інформації, про характер якої в силу її природи або обставин отримання, знає або, як можна розумно очікувати, може знати особа, яка поширює таку інформацію (шкода, завдана внаслідок зловживання довірою). Автори Проекту, коментуючи дану норму, констатують її подібність зі ст. II.-3:302 DCFR. Розмежування проводиться шляхом відсилання до ст. VI.-6:101, де встановлюються цілі та форми відшкодування, а також до ст. VI.-1:103 DCFR, де, зокрема, зазначається, що правила ст. VI.-1:101 (Основоположні правила) і ст. VI.-1:102 Проекту (Запобігання шкоди) не застосовуються, якщо це може суперечити цілям інших приватноправових норм, а також не стосуються правил про засоби захисту, які застосовуються на інших правових підставах. Отже, у разі відповідного порушення на стадії переговорів перевага надається ст. II.-3:302 DCFR, яка охоплює випадок *culpa in contrahendo*. У разі, якщо сторони не уклали договір або відсутні переговори між ними, підставою для вимоги є ст. VI.-2:205 DCFR [294, р. 3181-3182].

Відповідно до ст. VI.-2:207 DCFR, юридично значимою визнається шкода,

завдана особі внаслідок прийняття нею рішення на основі розумної довіри до неправильної поради або недостовірної інформації, якщо: (а) раду або інформацію надає особа, яка є професіоналом або в рамках торгової діяльності; та (б) особа, яка надає раду або інформацію, знала або, як можна розумно очікувати, могла знати, що реципієнт прийме рішення, покладаючись на її раду або отриману інформацію. Співвідношення між ст. VI.-2:207 та ст. II.-7:204 DCFR не видається чітко виявленим. Називається критерій професійної або торгової діяльності, а заінтересованій особі надається право вибору норми [294, р. 515].

У межах виявлення особливостей негативного рівня регламентації переддоговірних відносин у тій частині, що стосується недоговірних зобов'язань, цікавою є ст. VI.-2:210 DCFR, яка визнає юридично значимою шкоду, завдану особі внаслідок навмисного введення її в оману словами або поведінкою другої особи. Введення в оману є навмисним, якщо воно вчинене особою свідомо або з упевненістю в хибності наданих відомостей та з метою спонукання реципієнта допустити помилку. У коментарі до цієї статті не проводиться її розмежування зі ст. II.-7:201 та ст. II.-7:205 DCFR. Видається, що воно є очевидним у силу більш широкої сфери застосування ст. VI.-2:210 DCFR, яка не є спеціально призначеною до дефектів переддоговірної або договірної стадії відносин сторін. Водночас критерій професійної або торгової діяльності використовується для відмежування ст. VI.-2:210 від ст. VI.-2:207 DCFR.

Контекст загального негативного рівня регламентації переддоговірних відносин обумовлює необхідність урахування також положення про безпідставне збагачення (Книга VII DCFR). В окремих випадках розробники прямо зазначають про необхідність застосування відповідної Книги до порушень на переддоговірній стадії (наприклад, ч. 5 ст. IV.G.-4:103). Основне правило передбачає обов'язок особи, яка отримала безпідставне збагачення в результаті невігідних наслідків для другої особи, повернути таке збагачення цій особі (ч. 1 ст. VII.-1:101 DCFR). Не маючи на меті ретельний аналіз інституту безпідставного збагачення, відмітимо наявність норми про конкуренцію зобов'язань. Відповідно до ч. 1 ст. VII.-7:102

DCFR, коли потерпілій особі одночасно доступні (а) позов про повернення безпідставного збагачення на підставі положень Книги VII DCFR та (б) (і) позов про відшкодування втрат (звернений до набувача або третьої особи; або (іі) право отримати відшкодування на підставі інших приватноправових норм, що виникло в результаті безпідставного збагачення, задоволення однієї з указаних вимог призводить до співрозмірного зменшення розміру задоволення, що є можливим на підставі інших вимог.

Висновки до Розділу 2

1. Структуру переддоговірних правовідносин становлять суб'єкти, об'єкти та зміст правовідношення, обсяг яких устанавлюється на підставі загальнотеоретичних положень та приписів законодавства.

2. Зміст переддоговірних правовідносин складають права та обов'язки їх суб'єктів, визначені в положеннях договору, що укладається на переддоговірному етапі або формалізовані в нормах права.

3. Підставами виникнення переддоговірного організаційного правовідношення є: 1) вступ у переговори, у тому числі шляхом вчинення оферти, направлення пропозиції зробити оферту, або пропозиції укласти договір, яка не є офертою; 2) укладення договору, який є переддоговірним правочином, тобто визначає різні аспекти поведінки учасників переговорів до укладення договору або передбачає укладення основного договору (наприклад, попередній договір).

4. Підставою виникнення переддоговірного компенсаційного правовідношення є недобросовісна поведінка учасника переговорів, яка може виражатися в: 1) порушенні стороною загального обов'язку добросовісного ведення переговорів; 2) ухиленні від укладення договору в різних формах, у тому числі шляхом недобросовісної відмови від переговорів; 3) невиконанні або неналежному виконанні переддоговірних обов'язків, установлених переддоговірним правочином або передбачених законом.

5. Суб'єктами переддоговірних правовідносин є не лише контрагенти майбутнього договору, які водночас можуть бути сторонами переддоговірної угоди, але й інші особи, які можуть виступати як посередники або експерти в підготовці проекту майбутнього договору, узгодженню його умов, наданні фахових висновків щодо можливих фінансових ризиків сторін.

6. Об'єкти переддоговірного правовідношення за ступенем юридичної визначеності можна класифікувати на основні та додаткові об'єкти. До основних віднесемо: 1) порядок ведення переговорів; 2) формування умов та укладення

переддоговірної угоди – окремого договору; 3) формування умов та укладення майбутнього основного договору. Додатковими об'єктами виступають: 1) задоволення приватних інтересів, яке досягається із настанням наслідків майбутнього договору (наприклад, передання майна у власність, надання послуг, виконання робіт); 2) відшкодування, яке надається у випадку встановлення факту недобросовісної поведінки учасника переговорів до моменту укладення договору.

7. Попередній договір виконує певною мірою забезпечувальну функцію щодо укладення основного договору, а тому визнання відповідної вимоги в ЦКУ буде цілком відповідати принципу справедливості, добросовісності та розумності з огляду на сутність зобов'язання, яке встановлюється попереднім договором. Пропонуємо викласти ч. 2 ст. 635 ЦКУ у наступній редакції: “Сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням або укласти з другою стороною договір за умови звернення сторони, права якої порушено, з такою вимогою до суду, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства”. Водночас унесення змін до ч. 2 ст. 635 ЦКУ потребує доповнення ч. 1 ст. 627 ЦКУ другим абзацом наступного змісту: “Примушування до укладення договору не допускається, за винятком випадків, коли обов'язок укласти договір, установлений цим Кодексом, законом, або впливає з добровільно прийнятого зобов'язання сторін”. Така редакція ст. 627 ЦКУ буде відповідати регламентації в законодавстві випадків, коли укладення договору є обов'язковим (наприклад, ч. 4 ст. 633 ЦКУ, ч. 2 ст. 43 Закону України “Про авторське право і суміжні права” від 23.12.1993 р.) та узгоджуватися з загальними нормами про свободу договору цивільних кодексів багатьох членів СНД (абзац 2 ч. 1 ст. 421 ЦК РФ; ч.1 ст. 380 ЦК Республіки Казахстан; ч.1 ст. 391 ЦК Республіки Білорусь, ч. 2 ст. 667 ЦК Республіки Молдова) [52; 241; 240; 242].

8. Доктринальний тип розуміння переддоговірної відповідальності, що передбачає визнання її природи складною, синтезуючою договір та позадоговірний стан, значною мірою вплинув на формулювання висновку про наявність

переддоговірного компенсаційного правовідношення, що виникає з факту недобросовісної поведінки на стадії переговорів та по суті є переддоговірною відповідальністю.

9. Критика переддоговірної відповідальності, спроби доведення недоцільності її автономного законодавчого закріплення найбільш змістовно можуть виражатися шляхом звернення до категорій зловживання правом та деліктів.

10. Природа переддоговірних порушень виявляється в обсязі нематеріальної категорії - довіри особи. В об'єктивній стороні делікту, яке є правопорушенням, кристалізується зв'язок між діянням та наслідками у формі суворої причинно-наслідкової послідовності. Така властивість не завжди зберігається в порушеннях на переддоговірній стадії. Факт настання невігідних наслідків для особи, довіру якої порушено, може не вписуватися в ідеальний юридичний ланцюг деліктної норми. Витрати добросовісної сторони можуть передувати зриву переговорів недобросовісним учасником. Наприклад, витрати добросовісного адресата оферти передують відкликанню оферти недобросовісним оферентом. Підготовчі або організаційні дії однієї сторони, спрямовані на укладення договору, під час яких, наприклад, не було одержано прибуток, що був би одержаний за звичайних обставин, можуть передувати факту ухилення від укладення договору або факту розголошення конфіденційної інформації. Застосування виключно правила генерального делікту сутнісно не впливає з суб'єктивного права однієї особи вимагати від другої особи добросовісної поведінки на стадії переговорів, що власне і складає основне смислове навантаження переддоговірного організаційного правовідношення – своерідної передумови переддоговірного компенсаційного правовідношення (переддоговірної відповідальності). Спеціальне правило ст. 1212 ЦКУ опосередковує виключно протиправне переміщення майна, а тому не може бути універсальним критерієм для переддоговірної відповідальності; у свою чергу правило ст. 1209 ЦКУ не називає та не прив'язує важливих проявів порушення обов'язку розкриття інформації до переддоговірної стадії.

11. Об'єктом зловживання має бути суб'єктивне право, а не принцип права.

Проблематичним тому є обґрунтування зловживання свободою договору. Доречніше визнавати зловживання автономно правом на укладення договору, правом на добросовісне ведення переговорів, правом на одержання переддоговірної інформації або іншим переддоговірним суб'єктивним правом. Такий теоретичний підхід можливий саме завдяки концепції переддоговірного правовідношення, яка не заперечує придатність норм щодо зловживання правом для використання у відповідній сфері, але є більш ефективною та ясною для правозастосування, у тому числі судового. Складні структурні зв'язки переддоговірного правовідношення сприяють більш повному розкриттю призначення інституту зловживання правом.

12. Переддоговірні порушення можуть характеризуватися необережною (недбалою) недобросовісною поведінкою. Наприклад, недобросовісний контрагент своєю недбалою поведінкою сприяє виникненню помилкового уявлення в добросовісного контрагента про умови договору, розраховуючи на яке, останній поніс витрати. Тобто, норми про зловживанням правом не завжди виявляються здатними охопити широку площину переддоговірних порушень.

13. Законодавець прямо не визначив у загальному вигляді “позитивну” або “негативну” вимогу добросовісного здійснення цивільних прав.

14. Інститут переддоговірної відповідальності потребує самостійного закріплення в ЦКУ. Пропонуємо доповнити ЦКУ ст. 638-1 “Переговори про укладення договору” з наступним змістом: 1. Особа має право вести переговори, самостійно несе витрати, пов'язані з їх проведенням і не несе відповідальності за недосягнення згоди. 2. При вступі в переговори про укладення договору, при продовженні переговорів та по їх завершенню сторони зобов'язані діяти добросовісно, зокрема не допускати вступ у переговори та їх ведення без дійсного наміру досягти згоди з другою стороною. 3. Сторона, яка веде або перериває переговори недобросовісно, зобов'язана відшкодувати збитки, завдані другій стороні. Збитками, які підлягають відшкодуванню недобросовісною стороною, визнаються витрати, понесені другою стороною у зв'язку з веденням переговорів про укладення договору або у розрахунку на укладення договору, а також у зв'язку з

втратаю можливості укласти договір з третьою особою. 4. Якщо в ході переговорів одна сторона повідомляє конфіденційну інформацію, друга сторона зобов'язана не розкривати таку інформацію та не використовувати її у власних цілях незалежно від того, чи буде укладено договір. При порушенні даного обов'язку вона повинна відшкодувати першій стороні збитки, завдані внаслідок розкриття конфіденційної інформації або її використання для власних цілей.

15. Автори DCFR не керувалися свідомим цілепокладанням щодо вироблення цілісної та узгодженої моделі переддоговірних відносин. Підтвердженням цього є численні використання сукупностей норм (дві та більше норм різної інституційної приналежності) до регулювання одного фактичного відношення. Іноді застосування таких прийомів є непослідовним. Аналіз дає підстави для висновку про наступну побудову моделі переддоговірних відносин. Фундаментом виступає принцип добросовісності (ст. I.-1:103; III.- 1:103), який визначає спрямованість змісту структурних блоків моделі переддоговірних відносин. Перший структурний блок базується на визнанні за переговорами юридичної якості (ч. 1 ст. II.-3:301), що обумовлює широку позитивну регламентацію переддоговірних обов'язків та визначення процедури укладення договору шляхом закріплення загальних правил (ст. II.-3:101 - II.-3:108; II.-3:201 - II.-3:202; ч. 2 ст. II.-3:301; ч.1-2 ст. II.-3:302; ст. II.-4:101 - II.-4:211) та їх конкретизації або формулювання спеціальних правил в окремих договірних конструкціях (наприклад, ст. IV.C.-2:102; IV.E.-4:102). У межах першого блоку також визначаються загальні можливості й засоби правового захисту добросовісної сторони, а також міри відповідальності (ст. II. - 3:109; ч.3 ст. II. - 3:301; ч. 3-4 ст. II. - 3:302; II.-3:501; ч.5 ст. IV.C. - 2:102), які становлять спеціальний негативний рівень правової регламентації. Положення другого структурного блоку являють собою загальний негативний рівень правової регламентації, яким конструюються засоби правового захисту добросовісної сторони й міри відповідальності, які є універсальними та визнаними в багатьох національних правопорядках, застосовуються до різних дефектів цивільного обороту, а тому можуть охоплювати й випадки порушень на стадії переговорів. Це правила щодо

недійсності правочинів (зокрема, ст. II.-7:201; II.-7:204 - II.-7:205; II.-7:214), наслідків невиконання зобов'язань (зокрема, ст. III.-3:701 - III.-3:705), регулювання недоговірних зобов'язань (ст. VI.-1:101; VI.-1:103; VI.-2:101; VI.-2:204 - VI.-2:205; VI.-2:207; VI.-2:210; VII.-7:102).

16. Зміст ст. II.-3:301 DCFR свідчить про наявність переддоговірного правовідношення, у якому суб'єктивному праву на ведення переговорів кожної сторони, що включає в себе, зокрема, правомочність вимоги належної поведінки, кореспондує суб'єктивний обов'язок добросовісного та чесного ведення переговорів кожною стороною. Така конструкція переддоговірного правовідношення є базовою й може набувати значних змістовних ускладнень за наявності окремих юридичних фактів, що впливає на видову кваліфікацію переддоговірного правовідношення (наприклад, отримання конфіденційної інформації під час переговорів; переговори по укладенню договору франчайзингу; несення добросовісною стороною витрат перед недобросовісним зривом переговорів другою стороною).

РОЗДІЛ 3. УКЛАДЕННЯ ДОГОВОРУ В ПРИВАТНОПРАВОВИХ ІНСТРУМЕНТАХ ЄС

3.1. Укладення договору згідно з Принципами європейського договірного права (PECL)

Необхідність розробки уніфікованого матеріального права у вигляді Європейського кодексу була відмічена ще в 1974 році на симпозіумі в Копенгагенській школі бізнесу. У 1980 році було створено неурядову робочу групу з розробки уніфікованих норм договірного права – Комісію з європейського договірного права (Перша комісія), наступницею якої у 1992 році стала Друга комісія. Незмінним керівником та головним ідеологом Комісій був професор Оле Ландо. З 1995 року по 2003 рік було опубліковано 3 частини Принципів.

Прийняття Принципів спрямовувалося, по-перше, на прискорення транскордонної торгівлі в Європі. Необхідність заходів для гармонізації національних законодавств та створення умов для більш ефективного ведення міжнародного бізнесу усвідомлювалася як в Європі, так і за її межами. Принципи покликані дозволити бізнес-партнерам укладати договори, з посиланням на стандартні та єдині правила, без прив'язки до національного законодавства держави, у якій знаходиться одна зі сторін. По-друге, зміцнення та розвиток єдиного європейського ринку. Очікується, що застосування Принципів допоможе усунути перешкоди для міжнародної торгівлі, у тому числі ті, які існують у вигляді відмінностей у законодавчих системах і правовій ментальності торговців різних держав, і тим самим буде сприяти створенню єдиного європейського ринку. По-третє, створення інфраструктури для загальноєвропейських норм у сфері договірного права. Принципи мають закладати загальний термінологічний апарат для створення норм наднаціонального договірного регулювання та проявлятися у відповідних директивах. По-четверте, створення посібника для формування судової практики і подальшого вдосконалення законодавства у сфері договірного права.

Принципи також мають слугувати порадником для законодавчих органів держав Східної та Центральної Європи, які знаходяться в процесі реформування (або формування) їх цивільного законодавства. По-п'яте, створення основи для зближення правових систем континентального та загального (англосаксонського) права [201, с. 110].

Як справедливо зазначає професор Маастрихтського університету Я.М. Смітс, PECL - це не аналіз або “карта” чинного закону; вони мають апріорі програмний характер і призначені для формування майбутнього європейського договірного права, а не для описування діючого закону [305, р. 576]. Інший відомий нідерландський цивіліст М. Хезелінк у своєму комплексному дослідженні Принципів з урахуванням політики права називає основними завданнями PECL: слугування зводом норм, які становлять спільне ядро європейського договірного права; забезпечення основи для мабутньої уніфікації європейського договірного права; застосування Принципів як права; забезпечення спільної мови. Учений констатує, що Комісія Ландо зробила явний вибір на користь нової спільної європейської правової культури замість збереження особливостей місцевих правових культур [288, р. 17, 42]. Джерелами натхнення для розробників стали насамперед Принципи УНІДРУА, американські Restatements та ЄТК США [288, р. 4-9].

PECL визнаються джерелом *lex mercatoria*. Так, російська дослідниця Принципів К.О. Ахаїмова з приводу значення PECL серед сучасного *lex mercatoria* відзначає, що “нові джерела *lex mercatoria*, особливо PECL являють собою не набір роз'єднаних правил, але систематизований звід чітких, доступних для розуміння і об'єднаних внутрішньою логікою положень договірного права. Принципи закріплюють приблизну модель поведінки учасників договірних відносин і надають їм право створювати власні схеми, залишаючись при цьому в рамках трьох основних принципів - добросовісність та чесна ділова практика, розумність і співробітництво, які фактично є правовими максимами сучасного торгового обороту” [14, с. 27, 29].

Слід розуміти, що PECL є інструментом глобалізаційної політики, академічним проектом, який відображає ліберальну правову ідеологію прихильників єдиного європейського економічного простору з відповідно уніфікованими правилами поведінки учасниками ринку. Закономірною та характерною, тому, для європейської правової доктрини є й наявність критики Принципів. Зокрема, звертається увага на проблему збереження національної культури. У такому контексті право розглядається як культура, багатоманітність є багатством, а правовий плюралізм у свою чергу визнається необхідним у постмодерністську добу [293, р. 61; 280; обидва джерела цит за 288, р. 10].

У змісті Принципів розробники виокремили Главу 2 “Укладення договорів”, структуру якої складають 3 Розділи: “Загальні положення”; “Оферта та акцепт”; “Відповідальність за ведення переговорів”.

На наш погляд, передусім слід розглянути Розділ 3 Глави 2 “Відповідальність за ведення переговорів”, а далі перейти до положень Розділу 1 та Розділу 2 Глави 2. Така послідовність пояснюється змістовною відповідністю між Розділом 3 Глави 2 PECL та Розділом 3 “Переговори та обов’язок конфіденційності” Глави 3 “Маркетинг та переддоговірні обов’язки” DCFR. Важливо показати наявність правил, закріплених у Принципах, які стали попередниками для дзеркальних положень DCFR у моделюванні видів переддоговірних правовідносин.

Відповідно до ст. 2:301 PECL: (1) Сторони вільні у веденні переговорів та не відповідають за недосягнення домовленості. (2) Сторона, яка вела або припинила переговори з порушенням вимог добросовісності та чесної ділової практики, відповідає за збитки, завдані цим другій стороні. (3) Порушенням вимог добросовісності та чесної ділової практики, зокрема, визнається вступ сторони у переговори або продовження нею переговорів без дійсного наміру досягти домовленості з другою стороною.

Якщо в ході переговорів одна сторона повідомляє конфіденційну інформацію, на другу сторону покладається обов’язок не розголошувати таку інформацію або не використовувати її у власних цілях незалежно від укладення договору в

подальшому. Правовий захист у випадку порушення цього обов'язку може включати відшкодування завданих збитків, а також повернення доходів, отриманих другою стороною (ст. 2:302 PECL).

Наведені положення дозволяють нам зробити висновки, аналогічні зробленим при виявленні моделі переддоговірних відносин за DCFR. Базова конструкція переддоговірного правовідношення передбачає наявність суб'єктивного права на ведення переговорів кожної сторони, якому кореспондує суб'єктивний обов'язок добросовісного та чесного ведення переговорів кожною стороною. Отримання конфіденційної інформації та (або) її розголошення змінюють видову кваліфікацію переддоговірного правовідношення. Водночас розвиток у DCFR отримало положення щодо конфіденційної інформації через наявну спробу визначення такої інформації (ч. 2 ст. II.–3:302 DCFR).

Автори PECL сформулювали 7 статей, які визначають загальні положення щодо укладення договору, закріплені в однойменному Розділі 1 Глави 2 Принципів.

Умови укладення договору сформульовані в ст. 2:101 PECL. Договір вважається укладеним, якщо: (а) сторони мають намір бути юридично зобов'язаними, а також (b) сторони досягають належної домовленості без будь-яких додаткових вимог (ч. 1 ст. 2:101 PECL). Укладення договору в письмовій формі або надання письмових доказів його укладення, а також будь-які інші вимоги до його форми не є обов'язковими. Укладення договору можна доводити будь-якими засобами, включаючи показання свідків (ч. 2 ст. 2:101 PECL). Як вірно вказують Н. Янсен та Р. Циммерманн, формулювання “без будь-яких додаткових вимог” має розглядатися на протипагу засадам загального права та правових систем, сформованих на основі французького права: дійсність договору не залежить ні від наявності зустрічного надання (*consideration*), ні від мети договору (*cause*). Договір має своєю основою (об'єктивно визначену) волю сторін бути юридично зобов'язаними, тобто є вираженням їх приватної автономії [292, р. 9].

Намір сторони бути юридично зобов'язаною за договором має визначатися відповідно до заяв або поведінки вказаної сторони, виходячи з їх розумного

сприйняття другою стороною (ст. 2:102 PECL). Коментар до цієї статті зазначає, що іноді особа має намір бути морально зобов'язаною. Залежно від використаних слів та обставин, листи про наміри та “листи комфорту” (comfort letter) можуть розцінюватися як заяви, які мають виключно моральну обов'язковість. У цьому контексті наводиться наступний приклад. «Коли дочірнє підприємство звернулося до банку з проханням про надання кредиту в розмірі 8 мільйонів євро, банк звернувся до материнської компанії з проханням гарантувати кредит. Материнська компанія відмовила, але надала лист комфорту, у якому вказувалося: “Наша політика полягає в забезпеченні підтримання такого стану бізнесу дочірнього підприємства, який у будь-який час дозволить задовольнити ваші вимоги за кредитом”. У листі також зазначалося, що материнська компанія не зменшить розміру своєї фінансової участі в дочірньому підприємстві до моменту погашення кредиту. Банк зазначив, що, ймовірно збільшить розмір процентної ставки, коли під час переговорів дізнався, що материнською компанією буде надано не гарантію, а лист комфорту. Коли згодом дочірнє підприємство було ліквідоване без погашення кредиту, банк подав позов проти материнської компанії про надання відповідного відшкодування. У задоволенні позову було відмовлено, оскільки лист материнської компанії не засвідчував наявності наміру материнської компанії бути юридично зобов'язаною погасити борг дочірнього підприємства». Водночас слід мати на увазі можливість застосування заходів відповідальності відповідно до ст. 2:301 Принципів у разі порушення принципу добросовісності [285, р. 143-144].

Листи про наміри та “листи комфорту” можуть бути сформульовані в спосіб, який фіксує намір сторони бути юридично зобов'язаною. У коментарі наводиться наступний приклад. «Материнська компанія М заявляє банку-кредитору дочірнього підприємства D, що: М знає про зобов'язання D; усіма можливими способами буде слідкувати за спроможністю D виконати зобов'язання перед банком; М повідомить банку про намір змінити політику щодо D. Перед наданням такого повідомлення банку D збанкрутував. “Лист комфорту” М за даних умов має розглядатися як гарантія М, що зобов'язує її сплатити борг D перед банком [285, р. 144].

Заява сторони іноді є запрошенням до однієї або декількох сторін зробити оферту. Таке запрошення не зобов'язує сторону, яка його направила. Водночас воно може спричинити юридичний результат пізніше, якщо оферта та акцепт будуть містити посилання на умови, визначені в запрошенні [285, р. 144].

У ст. 2:103 встановлені вимоги для наявності належної домовленості. Домовленість визнається належною, якщо її умови (а) визначені сторонами в достатній мірі для того, щоб договір міг бути виконаний або (б) можуть бути визначені відповідно до Принципів (ч. 1 ст. 2:103 PECL). Однак, якщо одна зі сторін договору відмовляється укласти договір, доки сторони не досягнуть згоди щодо будь-якої конкретної умови, то договір не визнається укладеним, доки відповідну умову не буде погоджено (ч. 2 ст. 2:103 PECL).

Коментар до цієї статті зазначає, що більшість договорів належить до звичайних типів (купівля-продаж товарів, надання послуг, найм на роботу, страхування і т.п.). Для таких договорів домовленість сторін щодо типу договору (наприклад, купівля-продаж) та визначення кількох найважливіших умов є достатніми для укладення договору. Якщо сторони обійшли мовчанням інші питання (наприклад, ціну та якість), то вони будуть вирішуватися на підставі правил Глави 6, зокрема відповідно до ст. 6:102, 6:104-6:108 або ст. 1:105 Принципів. Важливо, що навіть коли одна сторона наполягає на істотності конкретної умови або умов договору, вона може прийняти виконання передбачуваного договору іншою стороною. У такому разі договір вважається укладеним на підставі поведінки сторін, а неузгоджені умови будуть визначатися на підставі наведених вище положень PECL [285, р. 146-147].

Аналізуючи ст. 2:103 PECL, В.А. Белов правильно підсумовує, що питання про те, як саме сторонам домовленості вдалося сформулювати “достатньо визначені” або умови, які можуть бути визначені, або (що одне і те ж) питання про те, чи були заяви, які призвели до домовленості, здійснені, а дії вчинені в рамках сакраментальної “офертно-акцептної” процедури, у ході переговорів або, можливо, такого процесу, який не можна підвести ні під один із класичних типів

переддоговірного спілкування – усе це (з точки зору Принципів Ландо) значення не має [25, с. 382].

У зв'язку зі ст. 2:103 перебувають ст. 6:101 та 6:102 PECL. Так, відповідно до ч.1 ст. 6:101, заява, зроблена однією стороною до або після укладення договору, розглядається як така, що породжує договірне зобов'язання, якщо друга сторона в даних обставинах розумно сприймала її як таку з урахуванням: (а) очевидної важливості заяви для другої сторони; (b) чи зроблено заяву в ході ділових взаємовідносин; і (с) відповідний діловий досвід сторін. Згідно зі ст. 6:102, як додаток до прямо встановлених умов, договір може містити умови, які припускаються, що впливають із: (а) наміру сторін; (b) природи й мети договору; і (с) добросовісності та чесної ділової практики.

Характеристика спеціально неузгоджених умов договору міститься в ст. 2:104 Принципів. Умови договору, які спеціально не узгоджувалися, можуть бути застосовані проти сторони, яка не знала про такі умови, тільки якщо сторона, яка вимагає їх застосування, вжила розумних заходів для привернення уваги другої сторони до цих умов до або під час укладення договору (ч.1 ст. 2:104). Просте посилання на умови в тексті договору навіть за умови його підписання другою стороною не означає належного привернення уваги другої сторони до таких умов договору (ч. 2 ст. 2:104).

У коментарі до цієї статті зазначається, що відповідне правило застосовується, коли одна зі сторін наполягає на застосуванні стандартних умов або інших спеціально неузгоджених умов як частини договору [285, р. 149]. Тобто стандартні умови визнаються видом спеціально неузгоджених умов. PECL виокремлюють також загальні умови договору, які були завчасно сформульовані для необмеженої кількості договорів конкретного виду, і які спеціально не узгоджувалися сторонами (ч. 3 ст. 2:209 Принципів). У доктрині відсутність спеціального узгодження (non-individual negotiation) розглядається як *pars pro toto* (частина замість цілого – В.К.) для загальних умов [306, р. 67]. Коментар пояснює, що вимога, закріплена у ч.1 ст. 2:104, буде виконаною, коли стандартні умови складають частину договору як

документу, що підписаний другою стороною, або коли умови надруковані на зворотній стороні листа, що містить оферту або на окремому додатку до листа, де міститься посилання на стандартні умови оферти [285, р. 149].

На думку І.А. Діковської, PECL не встановлюють позитивного обов'язку привертати увагу іншої сторони до стандартних (загальних умов). При цьому увага зосереджується на ч. 1 ст 4:110 PECL, де передбачається можливість сторони відмовитися від умови, яка не була спеціально узгодженою, якщо, усупереч вимогам добросовісності та чесної ділової практики, вона викликає значну невідповідність договірних прав та обов'язків сторін на шкоду інтересам цієї сторони, з урахуванням при цьому характеру виконання, що має бути надане за договором, усіх інших умов договору та обставин, які існували в момент його укладення [63, с. 153]. Погоджуючись з позицією дослідниці, відзначимо, що наявність формулювання “вжила розумних заходів для привернення уваги другої сторони до цих умов до або під час укладення договору” з урахуванням можливого імперативного застосування відповідних умов, вважаємо, є опосередкованим закріпленням обов'язку привертати увагу іншої сторони до умов, які спеціально не узгоджувалися.

Істотним аспектом розуміння ст. 2:104 є можливий вплив звичаїв (ст. 1:105 Принципів) на обов'язковість спеціально неузгоджених умов для сторони, яка не знала про такі умови. Так, в окремих сферах торгівлі, умови, які були опубліковані асоціацією постачальників для її членів, можуть бути обов'язковими навіть для іноземних споживачів без додаткових дій з боку постачальників-членів асоціації [285, р. 150].

Серед положень Розділу 1 Глави 2 Принципів важливе значення має інститут застереження про поглинання. Відповідно до ч. 1 ст. 2:105, якщо письмовий договір містить спеціально узгоджене застереження про те, що виражені в письмовій формі умови складають усі умови договору (застереження про поглинання), будь-які попередні заяви, зобов'язання або угоди, не виражені в письмовій формі, не є частиною договору. Якщо спеціальне застереження окремо не узгоджується, то

встановлюється лише презумпція, що сторони не мали наміру вважати свої попередні заяви, зобов'язання та домовленості частиною договору. Дію даної норми не може бути виключено або обмежено (ч. 2 ст. 2:105). Попередні заяви сторін можуть використовуватися при тлумаченні договору. Дію даної норми не може бути виключено або обмежено, якщо тільки це спеціально не узгоджено сторонами (ч.3 ст. 2:105). Заяви або поведінка сторони можуть позбавити її можливості претендувати на застосування застереження про поглинання в тій мірі, у якій друга сторона розумно покладалася на такі заяви або поведінку (ч. 4 ст. 2:105).

Як пояснює коментар, застереження про поглинання може бути корисним, коли під час переговорів сторони зробили обіцянки та заяви, засновані на припущеннях, які пізніше були відкинуті [285, р. 152]. Положення, закріплене в ч. 4 ст. 2:105 PECL функціонує як спеціальне виконання принципу *venire contra factum proprium* [306, р. 73], відповідно до якого одна сторона не може суперечити своїй попередній поведінці, на юридичну значимість якої розраховувала друга сторона.

Іншим видом застереження є умова письмового договору, що вимагає оформлення письмової угоди про зміну або припинення договору [63, с. 176-177]. Відповідно до ч. 1 ст. 2:106 Принципів, така умова створює лише презумпцію, що угода про зміну або припинення договору не буде розглядатися як юридично обов'язкова, якщо тільки її не оформлено письмово. Заяви або поведінка сторони можуть позбавити її можливості претендувати на застосування такої умови в тій мірі, у якій друга сторона розумно покладалася на такі заяви або поведінку (ч. 2 ст. 2:106 Принципів).

Якщо сторони своєю поведінкою, наприклад, шляхом досягнення усної домовленості, погодилися змінити договір, що містить застереження про поглинання або застереження про недопустимість зміни договору в усній формі, і при цьому одна сторона діяла розумно покладаючись на відповідну поведінку, друга сторона позбавляється права посилатися на застереження. У зв'язку з цим в коментарі наводиться наступний приклад. Договір підряду містить застереження, що передбачає можливість зміни договору лише шляхом письмової домовленості

між сторонами. Згодом сторони усно домовляються про деякі зміни, які виконуються на користь замовника. Коли після цього підрядник наполягає на іншій зміні умов договору в усній формі вже на свою користь, замовник посилається на застереження. Підрядник з метою доведення обов'язковості своєї позиції для замовника та відповідно забезпечення наступної реалізації змін умов договору на свою користь може у даному випадку посилатися на факт виконання першої усної домовленості. У даній ситуації підрядник фактично покладався на скасування застереження [285, р. 155].

Загальні положення PECL щодо укладення договору композиційно завершуються нормою про обіцянки, які є юридично обов'язковими без акцепту (ст. 2:107). Розробники Принципів протиставляють такі обіцянки оферті. Визнання наявності обов'язкової обіцянки залежить від мовних формулювань, у яких вона витримана та інших обставин. Обіцянка має бути направлена її адресату або невизначеному колу осіб. Так, коли в 1990 році почалася війна в Перській затоці, підприємство X опублікувало в країні Y в її газетах оголошення, відповідно до якого X обіцяло заснувати фонд у розмірі 1 мільйона євро для підтримки вдов та дітей убитих у війні солдатів країни Y. Після війни X намагалося уникнути виплат, посилаючись на значні збитки. У даному випадку X юридично пов'язане своєю обіцянкою [285, р. 157].

У Розділі 2 Глави 2 PECL “Оферта та акцепт” міститься 11 норм, які є визначальними для систематизації положень, які характеризують порядок укладення договору.

Вимоги щодо оферти передбачені в ст. 2:201 Принципів. Пропозиція стає офертою, якщо: а) передбачається, що результатом прийняття пропозиції стане укладення договору, та б) вона містить достатньо визначені умови для укладення договору (ч. 1 ст. 2:201). Оферта може бути зроблена одній або багатьом особам або зроблена публічно (ч. 2 ст. 2:201). Пропозиція про поставку товарів або надання послуг за встановленими цінами, що зроблена професійним постачальником у формі публічної реклами, або шляхом демонстрації товару, розглядається як оферта

продати товар або надати послуги за такою ціною, допоки не закінчиться товар або не будуть вичерпані можливості постачальника надати послуги (ч. 3 ст. 2:201).

Як резюмується в коментарі, для визнання пропозиції офертою вона має бути (а) спрямована до однієї або декількох осіб чи до невизначеного кола осіб; (б) виражати намір бути зобов'язаною (при цьому беруться до уваги ст. 2:102 та Глава 5 PECL, що містить правила тлумачення договорів); (с) містити достатньо визначені умови (ст. 2:103) [285, р. 159].

Щодо публічних пропозицій, то достатня визначеність їх змісту та можливість прийняття будь-якою особою є підставами для кваліфікації їх як оферт. З приводу цього коментар наводить наступні приклади. У першій ситуації продавець А проголошує в торговому листі, що він придбає “усі свіжі яйця, які будуть доставлені йому до 22 лютого” та заплатити визначену ціну. Оголошення А кваліфікується як оферта, яку може бути акцептовано шляхом доставки яєць в складські приміщення А. У другій ситуації компанія Bell повідомляє в місцевій газеті про продаж земельної ділянки першому покупцю за 25 тисяч євро готівкою. Має місце оферта. Тому, коли компанія Mart пропонує необхідну суму, наявний договір [285, р. 160]. П. Манковські та М. Мюллер вірно підмічають, що ч.3 ст. 2:103 встановлює презумпцію проти *invitatio ad offerendum* [306, р. 81] (пропозиції зробити оферту – В.К.).

Важливим є положення про відкликання оферти. Згідно з ч. 1 ст. 2:202 Принципів, оферту може бути відкликано, якщо повідомлення про відкликання надходить до адресата оферти до моменту відправлення ним повідомлення про акцепт, або, у разі акцепту шляхом поведінки, до моменту укладення договору відповідно до ст. 2:205 (2) або (3). Публічну оферту може бути відкликано у спосіб, у який її було зроблено (ч.2 ст. 2:202). Однак, повідомлення про відкликання оферти недійсне, якщо: (а) в оферті зазначено, що вона є безвідкличною; або (б) офертою встановлено конкретний строк для її акцепту; або (с) з боку адресата оферти було розумно очікувати, що оферта є безвідкличною й адресат оферти діяв відповідно до одержаної оферти (ч. 3 ст. 2:202).

Слід погодитися з І.А. Діковською, що PECL та DCFR не містять спеціального регулювання щодо набуття офертою чинності [63, с. 166]. Водночас у коментарі підкреслюється, що оферта набуває чинності з моменту отримання її адресатом оферти. Даний висновок впливає з ч. 2 та ч. 6 ст. 1:303 Принципів [285, р. 164] відповідно до яких, повідомлення набуває чинності з моменту отримання його адресатом; передання обіцянки, вимоги, оферти, акцепту, запиту або інших вимог визнаються повідомленнями, які мають юридичне значення.

І.А. Діковська також звертає увагу на те, що: “не всі міжнародні уніфіковані документи розрізняють скасування та відкликання оферти. Так, наприклад, DCFR та PECL не містять статей, які регулюють скасування оферти (*withdrawal*), а лише її відкликання (*revocation*) [63, с. 166]. Зауважимо, що в коментарі до ст. 2:202 розмежування між відкликанням та скасуванням оферти проводиться. Скасування можливе до моменту отримання оферти її адресатом (ч. 5 ст. 1:303). Відкликання можливе до відправлення адресатом оферти акцепту оференту. Безвідкличність оферти має бути явно вираженою. Наприклад, про це свідчить формулювання, що: “оферта є твердою” або інші подібні вирази. Безвідкличність оферти може також впливати з поведінки оферента [285, р. 164-165].

Європейськими правниками справедливо наголошується на доцільності застосування інституту *culpa in contrahendo* (ч. 2 ст. 2:301) у разі досягнення сторонами переговорів стадії оферти, на якій власне оферта була відкликана всупереч добросовісності [306, р. 86].

З отриманням оферентом повідомлення про відхилення оферти від її адресата пов'язується втрата офертою чинності (ст. 2:203). Відхилення оферти може бути не явним, а впливати з поведінки адресата оферти, наприклад якщо він зробив зустрічну оферту або заявив про необхідність зменшення ціни або кількості товару у порівнянні з умовами оферти. Повідомлення про відхилення оферти може бути скасоване до моменту або в момент його надходження оференту на підставі ст. 1:303 Принципів [285, р. 168].

Правовий режим акцепту визначається на підставі статей 2:204-2:208 PECL. Акцептом визнається заява або поведінка адресата оферти, яка засвідчує згоду з офертою та яка виражена у будь-якій формі (ч. 1 ст. 2:204). За загальним правилом мовчання або бездіяльність не є акцептом (ч. 2 ст. 2:204). Однак, мовчання може виступати як акцепт та зобов'язувати оферента, коли це впливає з попередніх заяв адресата оферти, наприклад із запрошення зробити оферту або зі звичаїв чи практики між сторонами. Для підтвердження цієї думки наводиться наступний приклад. О запитує Р про вартість роботи, що полягає в пофарбуванні паркану навколо заводу, що належить О. При цьому останній повідомляє Р про можливий початок роботи через тиждень після надіслання Р інформації про вартість роботи за умови відсутності відкликання О оферти. Р почав роботу після надіслання відповідної інформації та подальшого мовчання О. За даних умов О пов'язаний договором [285, р. 169].

Якщо адресатом оферти було надіслано повідомлення про акцепт, то договір вважається укладеним у момент отримання такого повідомлення оферентом (ч. 1 ст. 2:205). У разі акцепту поведінкою, договір вважається укладеним у момент отримання оферентом повідомлення про вчинення відповідної дії (ч. 2 ст. 2:205). Якщо в силу оферти або звичаїв чи практики взаємовідносин між сторонами, адресат оферти може акцептувати оферту шляхом учинення дії без повідомлення про це оферента, то договір вважається укладеним з моменту початку вчинення такої дії (ч. 3 ст. 2:205).

У коментарі пояснюється, що акцепт поведінкою, з яким пов'язується момент укладення договору, може полягати в: доставці товарів, замовлених оферентом; прийнятті незамовлених товарів, надісланих оферентом; відкритті кредиту на користь оферента; початку виробництва замовлених товарів. Наприклад, А дізналася від свого співробітника про зацікавленість В у придбанні та перепродажі товарів А. Після цього А надсилає В незамовлені товари. В учиняє акцепт шляхом оголошення в торговому листі про їх продаж. З цим листом ознайомлюється А й таким чином дізнається про акцепт В.

Разом з цим поведінка, яка передбачає позитивне сприйняття оферти, може й не призвести до її акцепту. Так, А дізналася від свого співробітника про можливу зацікавленість В у продажі товарів А. А надсилає В товари разом із проектом дистрибуційного договору, згідно з яким В стає єдиним дистриб'ютором в країні В. А ознайомлюється з рекламою В товарів у торговому листі без згадки про дистрибуційний договір. Акцепт останнього тут відсутній. Якщо, однак, сторони в подальшому починають виконувати умови дистрибуційного договору, поведінка В буде розглядатися як акцепт оферти навіть за відсутності підписання проекту договору [285, р. 172].

Прикметно, що в PECL, на відміну від Принципів УНІДРУА (ст. 2.1.10) та CISG (ст. 22) відсутня спеціальна норма про скасування акцепту. Натомість має застосовуватися ст. 1:303.

Набуття чинності повідомленням про акцепт пов'язується з отриманням його оферентом у строк, указаний в оферті (ч. 1 ст. 2:206). Якщо оферент не вказав строк, повідомлення про акцепт має бути отримано оферентом в розумний строк (ч. 2 ст. 2:206). Якщо акцепт учиняється через дію відповідно до ст. 2:205 (3), така дія має вчинятися в строк, установлений оферентом для прийняття оферти, або якщо такий строк не встановлений, то протягом розумного строку. У коментарі зазначається, що розумність строку обумовлюється декількома факторами. По-перше, це швидкість засобів зв'язку, що використовуються оферентом. По-друге, це тип договору. Оферти, які застосовуються у сфері торгівлі в умовах динамічного ринку, акцептуються швидко. Оферти у сфері відносин будівельного підряду можуть вимагати більш тривалого часу для опрацювання та відповіді [285, р. 174-175].

Акцепт може надходити до оферента з запізненням. Такий акцепт є чинним, якщо оферент негайно повідомить адресата оферти про те, що розглядає запізнений акцепт як чинний (ч. 1 ст. 2:207). При цьому таке повідомлення може мати різну форму. У коментарі наводиться приклад, коли А визначив 31 липня як останній день для акцепту оферти. Акцепт В надходить до А 2 серпня. А негайно замовляє доставку коштів для В. Незважаючи на те, що оплата не надійшла В до 4 серпня,

договір вважається укладеним 2 серпня. За таких умов В не може посилається на свій запізнений акцепт для уникнення договору [285, р. 176].

Якщо лист або інше письмове повідомлення, що містить акцепт, було отримане з запізненням та вказує на факт його відправлення за таких обставин, що за наявності нормальних умов передачі, воно було б отримане оферентом у належний строк, то такий запізнений акцепт є чинним, за винятком випадків, коли оферент негайно повідомляє адресата оферти про визнання своєї оферти такою, яка втратила чинність (ч. 2 ст. 2:207). Так, А визначив 31 липня як останній день для акцепту оферти. В знає, що нормальний час для доставки листів складає дві доби, та відправляє лист з акцептом 25 липня. Унаслідок несподіваного страйку працівників пошти в країні А, лист із зазначеною датою 25 липня на конверті був доставлений 2 серпня. Акцепт В буде чинним, якщо А не відхилить його негайно [285, р. 177].

Акцепт, який надсилається адресатом оферти, може містити зміни. У такому разі виникають питання про юридичне значення відповідних змін та їх вплив на кваліфікацію відповіді адресата оферти. Діють правила ст. 2:208 Принципів.

Відповідь адресата оферти, що містить або передбачає додаткові або відмінні умови, які істотно змінюють зміст оферти, є відхиленням оферти та новою офертою (ч. 1 ст. 2:208). Відповідь, що містить чітку згоду з офертою, являє собою акцепт, навіть якщо він установлює або передбачає додаткові чи відмінні умови, які істотно не змінюють змісту оферти. У цьому випадку додаткові або відмінні умови стають частиною договору (ч. 2 ст. 2:208). Однак така відповідь визнається відхиленням оферти, якщо: (а) оферта прямо обмежує акцепт умовами оферти; або (b) оферент негайно заперечує додаткові або відмінні умови; або (c) адресат оферти обумовлює свій акцепт згодою оферента на додаткові або відмінні умови і цю згоду не отримано адресатом оферти в розумний строк (ч. 3 ст. 2:208). Відповідно до ст. 1:301(5) PECL, умова має “істотне значення”, якщо розумна особа в тій же самій ситуації повинна була знати, що така умова вплине на рішення другої сторони про укладення договору на запропонованих умовах або про укладення договору в цілому.

Якщо має місце акцепт поведінкою адресата оферти, то про істотність додаткових або відмінних умов може свідчити, наприклад, відправка адресатом оферти значно меншої кількості товарів, ніж було замовлено оферентом [285, р. 179]. Відсутність формулювання в Принципах хоча б деяких критеріїв істотності змін розглядається в доктрині як недолік. При цьому звертається увага на ч. 3 ст. 19 CISG, де істотно змінюючими умовами оферти визнаються, зокрема, умови щодо ціни, платежу, якості і кількості товару, місця і строку поставки, розміру відповідальності однієї зі сторін або вирішення спорів [306, р. 101].

Проблема може виникнути при невідповідності загальних умов, передбачених в оферті та акцепті. За загальним правилом договір вважається укладеним. Загальні умови є частиною договору в тій мірі, у якій вони відповідають одна одній по суті (ч. 1 ст. 2:209). Однак договір не вважається укладеним, якщо одна зі сторін: (а) завчасно, прямо і не посилаючись на загальні умови, укаже на відсутність наміру бути зобов'язаною по договору за наявності невідповідності таких умов; або (б) невідкладно повідомить другу сторону про відсутність наміру бути зобов'язаною за таким договором (ч. 2 ст. 2:209). Дана стаття призначена для вирішення ситуацій, у яких сторони пропонують проекти договорів із конфліктуючими положеннями. Кожна зі сторін посилається на власні загальні умови та бажає укласти договір [306, р. 181].

Способом вирішення проблеми є так зване “правило виштовхування” (knock-out rule). Алгоритм застосування правила передбачає дві операції. По-перше виключається застосування ч. 1 ст. 2:208, що передбачає кваліфікацію змін оферти як її відхилення. По-друге, не застосовується ч. 2 ст. 2:208, що передбачає включення змінених умов оферти в договір. Тобто усуваються конфліктуючі положення, а в договір інкорпорується всі умови, які узгоджуються між собою [306, р. 102].

Якщо професійні учасники уклали договір, але не оформили його у вигляді остаточного документа і одна зі сторін невідкладно направляє другій стороні письмове повідомлення, яке має розглядатися як підтвердження укладення

договору, але яке містить додаткові або відмінні умови, то такі умови стануть частиною договору якщо: (а) такі умови не змінюють істотно зміст договору або (b) адресат невідкладно не висловить свої заперечення щодо таких умов (ст. 2:210 Принципів).

Норми, які містяться в Розділі 2, застосовуються *mutatis mutandis* навіть у випадку, коли процес укладення договору не може розглядатися як відправлення оферти та її акцепт (ст. 2:211).

Як пояснює коментар, сторона може розпочати переговори з відправлення листа про наміри, який може бути складений і третьою особою. Подальші переговори можуть полягати в обміні листами або у вербальній комунікації сторін. У таких і подібних ситуаціях не завжди легко виокремити момент досягнення сторонами юридично значимої домовленості. Водночас, у деяких випадках можливим є застосування правил Розділу 2 Глави 2 Принципів. Наприклад, після досягнення усної домовленості сторони звертаються до їхнього радника розробити та надати письмовий договір. Згодом радник надсилає кожній стороні проект договору разом з супровідним листом, у якому зазначається, що радник вважає розроблений проект договором за умови відсутності заперечень з боку кожної сторони. Проект містить умови, які були попередньо узгоджені сторонами та деякі додаткові умови, що відображають усталену комерційну практику сторін. Сторони будуть зобов'язаними у разі їх мовчання протягом установленого строку [285, р. 187-188; 294, р. 364].

3.2. Укладення договору за Проектом Спільних підходів (DCFR)

Процедуру укладення договору, що опосередковується рухом оферти та акцепту між сторонами переговорів (ст. II.–4:201- 4:211 DCFR), на нашу думку, доцільно розглядати крізь призму вчення про переддоговірні правовідносини, а саме як різновид переддоговірних організаційних правовідносин. Проте, через значну смислову навантаженість частини дослідження, що у загальному вигляді описує

модель переддоговірних відносин за DCFR з урахуванням виявлення сфери інформаційних зв'язків та відповідних типів переддоговірних правовідносин, ми розглядаємо правила укладення договору окремо, що в цілому узгоджується зі структурою роботи. За межі розгляду при цьому виходить порядок учинення односторонніх юридичних дій (Розділ 3 Глави 4 Книги 2 DCFR).

У змісті Проекту наявна Глава 4 “Укладення договорів”, структуру якої складають 3 Розділи: “Загальні положення”; “Оферта та акцепт”; “Інші юридичні дії”.

DCFR містить 5 статей, якими визначаються загальні положення щодо укладення договору (Розділ 1 Глави 4 Книги 2 DCFR).

Згідно з Проектом, договір вважається укладеним, якщо сторони: (а) мають намір створити правовідношення або викликати інші юридичні наслідки; та (б) досягли достатньої домовленості (ст. II.–4:101 Проекту). Дану норму слід розглядати в поєднанні з ч. 1 ст. II.–1:106, що передбачає загальне правило про необов'язковість письмової форми договору. Наявність двох норм, які встановлюють вимоги для укладення договору, відрізняє підхід DCFR від запропонованого PECL, у яких диспозитивне правило щодо форми договору встановлено в ч. 2 ст. 2:101 Принципів.

Намір сторони створити правовідношення або досягти іншого правового результату визначається відповідно до заяв про наміри або поведінки даної сторони, виходячи з їх розумного сприйняття другою стороною (ст. II.–4:102). Ця норма відповідає правилам тлумачення договорів, які передбачені ст. II.–8:101. На відміну від ст. 2:102 PECL, ст. II.–4:102 DCFR не містить буквальної вказівки на договір. Це пояснюється більш широкою сферою регулювання Проекту, яка не обмежується договорами, а включає в себе інші зобов'язання та юридичні акти [306, р. 62].

Відповідно до Проекту, домовленість досягається, якщо: (а) умови договору визначені сторонами достатньо для набуття ним чинності; або (б) умови договору чи права та обов'язки сторін за договором можуть бути визначені договором для набуття домовленістю юридичної сили (ч. 1 ст. II.–4:103). Якщо одна зі сторін

договору відмовляється укласти договір, доки сторони не досягнуть згоди щодо будь-якої конкретної умови, то договір не визнається укладеним, доки відповідну умову не буде погоджено (ч. 2 ст. II.–4:103).

Як пояснює коментар до цієї статті, недостатньо визначена або занадто загальна домовленість на зразок “Цією домовленістю ми укладаємо договір” без визначення умов, не буде визнаватися договором через відсутність його змісту. Так, коли два підприємства розпочали переговори про їх “майбутню співпрацю на ринку”, договір відсутній до моменту визначення сторонами необхідних умов їхнього співробітництва, тобто основних прав та обов’язків сторін [294, р. 302]. Якщо сторони не встановили умови договору щодо ціни, якості товару або порядку його доставки, які не визнаються істотними, то такі умови будуть визначатися на основі правил Глави 9 Книги 2 (“Зміст та дія договору”), зокрема ст. II.–9:104 (Визначення ціни), ст. II.–9:108 (Якість) або правил, які застосовуються до конкретних договірних типів (наприклад, для купівлі-продажу ст. IV.A.–2:201 (Доставка)). Названі питання можуть вирішуватися також відповідно до звичаїв та практик, які склалися між сторонами [294, р. 302-303].

DCFR, слідуючи за PECL, містить норму про переддоговірні заяви, які розглядаються як умови договору (ст. II.–9:102). У ч. 1 даної статті передбачається, що зроблена до укладення договору заява однієї сторони розглядається як така, що містить умову договору, якщо друга сторона розумно припускала, що заява зроблена з метою включення умови в договір, якщо його буде укладено. Наявність розумних підстав для відповідного сприйняття заяви може впливати з: (а) очевидної важливості заяви для її адресата; (b) зв’язку заяви з професійною (діловою) діяльністю; (c) компетентності сторін. Автори Проекту не залишили поза увагою питання визначення умов, які припускаються. Змістовно збігаючись з позицією розробників PECL (ст. 6:102), правило DCFR в контексті нормотворчої техніки є менш автономним та розташоване в більш загальному положенні про умови договору в цілому (ч. 2 ст. II.–9:101).

Сутність спеціально неузгоджених умов договору визначається в Проекті на основі підходу, запропонованого в PECL. Про це свідчить зіставлення ст. II.–9:103 DCFR та ст. 2:104 PECL. Водночас, слід відмітити наявність в нормі Проекту прямого відсилання до ст. II.–1:110, де міститься дефініція спеціально неузгоджених умов договору. Важливо також, що автори Проекту, вочевидь, з огляду на технологічний розвиток комерційного обороту сформулювали окреме правило щодо гарантування відповідних інтересів сторони договору, укладеного за допомогою електронних засобів. Відповідно до ч. 2 ст. II.–9:103, застосування однією стороною спеціально неузгоджених умов проти другої сторони такого договору є можливим лише в разі надання їх в текстовій формі. Вимога щодо “вжиття стороною розумних заходів для привернення уваги другої сторони до спеціально неузгоджених умов” (ч. 1 ст. II.–9:103) згідно з коментарем DCFR вважається виконаною коли: - умови є частиною документу, підписаного сторонами; - умови надруковані на зворотньому боці оферти і при цьому сама оферта містить посилання на них; умови прикріплені до оферти або договору-документу і при цьому оферта або договір-документ містить посилання на них; - умови доведені до відома другої сторони і при цьому договір або заяви, які формують зміст договору, містять посилання на них і таким чином є очевидним, що умови мають бути включені в договір та застосовуватися.

З урахуванням зазначеного, наводиться наступний приклад. Сторони підписують договір, підготовлений А. Вище лінії підпису міститься посилання жирним шрифтом на стандартні умови А. В підписує договір без попереднього отримання стандартних умов. Незважаючи на виділення жирним шрифтом в тексті, посилання в договорі залишається звичайним посиланням. Тому умови не є включеними в договір [294, р. 618].

Слід мати на увазі, що можливою є ситуація, коли не є обов’язковим попереднє ознайомлення сторони з стандартними умовами договору через її фактичну обізнаність з ними. Зокрема, в галузі будівництва держави-члена ЄС більшість договорів містить посилання на визначені стандартні умови (“Construction Standard Terms”). Будівельна компанія С прагне використовувати такі умови в

договорі субпідряду з іншою національною компанією S. У даному випадку просте посилання на стандартні умови, що використовуються у сфері будівництва, є достатнім для укладення договору. Проте, якщо контрагент С є іноземною компанією з відсутнім досвідом на ринку відповідної держави ЄС, С має вжити розумних заходів відповідно до ч. 1 ст. II.–9:103 [294, р. 618-619].

При дослідженні положень PECL, які визначають порядок укладення договору, ми дійшли до висновку, що наявність формулювання “вжила розумних заходів для привернення уваги другої сторони до цих умов до або під час укладення договору” у ч. 1 ст. 2:104 Принципів, є опосередкованим закріпленням обов’язку привертати увагу іншої сторони до умов, які спеціально не узгоджувалися. У DCFR прямо закріплюється відповідний обов’язок. Відповідно до ч. 1 ст. II.–9:402, особа, яка пропонує умови, що спеціально не узгоджувалися, зобов’язана забезпечити їх підготовку та передання простою й зрозумілою мовою. При цьому даний обов’язок є одним із факторів, який ураховується при оцінці умов договору як несправедливих (ч. 1 ст. II.–9:407). Прикметно, що зміст ст. II.–9:402 визначено на основі ст. 5 Директиви Ради ЄС від 5 квітня 1993 р. № 93/13/ЕЕС щодо несправедливих умов споживчих договорів [257], яка, на відміну від норми DCFR, обмежується виключно письмовими умовами договору [294, р. 658].

Як приклад недотримання вимоги, закріпленої в ч. 1 ст. II.–9:402, наводиться ситуація, коли стандартні умови, які використовує наймодавець X, передбачають, що взимку наймач Y має право вимагати “опалення в кімнатах, які використовуються найбільш часто”. Таке формулювання не сприяє розумінню, які саме кімнати мають опалюватися. Припускаючи неможливість вирішення ситуації шляхом тлумачення договору, умова визнається непрозорою. Як наслідок, опалення має бути наявним або в усіх кімнатах, або в тих кімнатах, які підлягають опаленню відповідно до загальних норм [294, р. 658].

Згідно з ч. 2 ст. II.–9:402, у договорі між підприємцем та споживачем, умова, що пропонується підприємцем з порушенням обов’язку, встановленого ч. 1 цієї статті, може вважатися несправедливою на цій підставі. У свою чергу

несправедлива умова не зобов'язує сторону, яка її не пропонувала (ч. 1 ст. II.–9:408). У зв'язку з ст. II.–9:402 слід розглядати ст. II.–3:106 (Ясність та форма надання інформації), що встановлює вимоги прозорості, точності та зрозумілості до переддоговірної інформації й способу її надання. Крім цього, ст. II.–8:103 (Тлумачення умов договору проти особи, що їх запропонувала або домінуючої сторони) закріплює правило *contra proferentem* для неоднозначних умов договору, які спеціально не узгоджувалися [294, р. 659].

Правило Проекту, яке визначає сутність застереження про поглинання (ст. II.–4:104), цілком відповідає нормі PECL (ст. 2:105). Така ж подібність виявляється й щодо застережень про те, що будь-які узгоджені зміни чи припинення дії контракту повинні здійснюватися у визначеній формі. Положення ст. II.–4:105 DCFR змістовно повторюють ст. 2:106 PECL.

У DCFR відсутній аналог ст. 2:107 PECL у формі окремої статті. Подібне правило міститься в ч. 2 ст. II.–1:103. Слід визнати наявність проблеми перекладу цієї норми. Мовою оригіналу: “A valid unilateral undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance”. Переклад, запропонований представниками кафедри цивільного права Санкт-Петербурзького державного університету передбачає розуміння “undertaking” як обіцянки [161, с. 117-119]. Вірнішим, на нашу думку, є переклад Б.І. Пугінського та А.Т. Амірова, згідно з яким “undertaking” розглядається як зобов'язання [202, с. 118], сутність якого полягає в наявності суб'єктивного обов'язку. Наш вибір підкріплюється поясненнями, які містить коментар до цієї норми. Констатується, що ч. 2 ст. II.–1:103 Проекту сформовано на основі ст. 2:107 PECL. Термін “зобов'язання” вживається замість “обіцянки” як більш уживаний в європейських інструментах та характерний для понятійного апарату DCFR. Наголошуючи на збереженні тотожності змісту понять, автори коментаря все-таки зосереджуються на припущенні наявності обов'язку (*obligation* – В.К.) [294, р. 618-619]. Прикметно також для обґрунтування правочинної природи оферти, що розробники Проекту визнають відправлення безвідкличної оферти одностороннім юридичним актом,

який зобов'язує особу без акцепту, тобто характеризується наявністю явного або передбачуваного одностороннього зобов'язання не відкликати оферту [294, р. 180]. Під юридичним актом в DCFR розуміється заява або домовленість, метою якої є настання юридичних наслідків, незалежно від того, чи виражена вона явно або припускається на основі поведінки особи (ч. 2 ст. II.–1:101). Видається, що такий підхід означає тотожність “юридичного акту” та “правочину”.

Розгляд основного блоку правил, які стосуються укладення договору за допомогою оферти та акцепту (Розділ 2 Глави 4 Книги 2 DCFR), дає підстави для висновку про те, що переважна більшість положень Проекту дублює відповідні статті PECL. Дане твердження є актуальним для: визначення оферти (ст. 2:201 PECL та ст. II.–4:201 DCFR); набуття офертою чинності (ч. 2 ст. 1:303 PECL та ч. 3 ст. I.–1:109 DCFR); відхилення оферти (ст. 2:203 PECL та ст. II.–4:203 DCFR); визначення акцепту (ст. 2:204 PECL та ст. II.–4:204 DCFR); визначення моменту укладення договору (ст. 2:205 PECL та ст. II.–4:205 DCFR); визначення строку для акцепту (ст. 2:206 PECL та ст. II.–4:206 DCFR); визначення акцепту, що містить зміни (ст. 2:208 PECL та ст. II.–4:208 DCFR); правила щодо договорів, які укладаються без оферти та акцепту (ст. 2:211 PECL та ст. II.–4:211 DCFR).

Лише щодо незначної частини норм Проекту можна встановити особливості в порівнянні з PECL, які, проте, не мають вирішального значення.

Так, положення про відкликання оферти (ст. II.–4:202 DCFR) повторює в трьох частинах статтю 2:202 PECL. Водночас у Проекті міститься додаткове правило, згідно з яким випадки неможливості відкликання оферти (ч. 3 ст. 2:202 PECL; ч. 3 ст. II.–4:202 DCFR) не застосовуються до оферти, якщо offerent мав право відмовитися від договору, що випливає з акцептованої оферти відповідно до Книг 2 - 4 DCFR. Дане правило є імперативною нормою, що встановлена в інтересах offerenta (ч. 4 ст. II.–4:202 DCFR). Як пояснюється в коментарі, ця частина статті має розумітись в сукупності з правилами, які регулюють право на відмову (Глава 5 Книги 2). Відсутність ч. 4 ст. II.–4:202 DCFR може обумовити виникнення ситуації, коли повідомлення особи про відкликання оферти не буде мати належного

юридичного ефекту. Мається на увазі неусвідомлення особою необхідності реалізації права на відмову через самостійне повідомлення для припинення договору за умови акцепту оферти [294, р. 327].

Деякі зміни можна виявити також в нормі щодо акцепту з запізненням. Відповідно до ч. 1 ст. II.–4:207 DCFR, акцепт, учинений з запізненням, є дійсним, якщо оферент без невинного зволікання повідомить адресата оферти про свою згоду розглядати акцепт як такий. У порівнянні з ч. 1 ст. 2:207 PECL звертає на себе увагу формулювання “невиправдане зволікання”. Тобто автори Проекту чітко вказують на те, що затримка оферента може не бути невинною [306, р. 97]. У ч. 2 ст. II.–4:207 DCFR вказується, що запізнений акцепт може міститися не лише в письмовому повідомленні (ч. 2 ст. 2:207 PECL). Використовується термін “інше повідомлення” (“other communication”), який включає в себе сучасні засоби зв’язку (наприклад, електронна пошта) [306, р. 97].

Замість терміну “загальні умови”, який пропонується в Принципах (ст. 2:209), розробники DCFR послуговуються “стандартними умовами”. Так, якщо сторони досягли домовленості, але оферта та акцепт відсилають до різних стандартних умов, договір вважається укладеним. Стандартні умови стають частиною договору в тій мірі, у якій їх зміст співпадає (ч. 1 ст. II.–4:209). Якщо для Принципів характерним є розміщення дефініції в нормі про невідповідність загальних умов (ч. 3 ст. 2:209 PECL), то в Проекті наявні окремі статті. Стандартними умовами є спеціально узгоджені умови, які сформульовані заздалегідь для декількох договорів з участю різних сторін (ст. II.–1:109). У свою чергу, умова, запропонована однією стороною, вважається спеціально узгодженою, якщо друга сторона не мала можливості впливати на її зміст, зокрема через те, що умову було розроблено заздалегідь незалежно від її належності до стандартних умов (ч.1 ст. II.–1:110).

П. Манковські та М. Мюллер правильно зазначають, що ч. 1 ст. II.–1:110 сформульовано не достатньо чітко, оскільки її зміст сприяє висновку про те, що запропонована стороною умова договору завжди або ніколи є спеціально узгодженою умовою. Обидві крайнощі не є доцільними, так як вони не призводять

до розуміння про безсумнівно можливе неспівпадіння пропонування умови та її спеціального узгодження сторонами. Умова, запропонована однією стороною, може бути в подальшому спеціально узгодженою сторонами. Водночас, умова, запропонована третьою особою не є спеціально узгодженою, оскільки сторони розраховують на нейтральність третьої особи [306, р. 103-104].

Незначними змінами, у порівнянні з PECL (ст. 2:210), характеризується правило про формальне підтвердження договору між підприємцями (ст. II.-4:210 DCFR). Термін “підприємці” використовується замість “професійних учасників ринку”, “невиправдане зволікання” замість “зволікання”, “текстове повідомлення на матеріальному носії” замість “письмового повідомлення” [306, р. 107].

Проведений аналіз у цілому засвідчує високий ступінь наступництва між DCFR та PECL. Н. Янсен та Р. Циммерманн констатують, що положення Проекту щодо оферти та акцепту є по суті ідентичними відповідним правилам Принципів. Незначні розбіжності не мають істотного значення [292, р. 17].

3.3. Укладення договору відповідно до Єдиного європейського торгового права (CESL)

CESL (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law) є першим комплексним законодавчим проектом, який призначений вирішити проблеми, окреслені Європейською Комісією у сфері європейського договірного права. Значення Правил для Єдиного торгового права (Пропозиції – В.К.) обумовлюється попередніми тривалими процесами політичного обговорення та академічної дискусії [281, р. 3].

Правовою основою для такої ініціативи є статті 114 та 352 Договору про функціонування Європейського Союзу 1958 р. Так, відповідно до ст. 114 Договору, Європейський парламент і Рада вживають заходів щодо зближення законодавчих, підзаконних та адміністративних положень держав-учасниць, які спрямовані на створення або функціонування внутрішнього ринку. Згідно зі ст. 352 Договору,

якщо в рамках напрямів політики, визначених у Договорах, дія Союзу представляється необхідною для досягнення однієї з цілей, передбачених Договорами, а останні не надали відповідних повноважень, то Рада, ухвалюючи одноголосно за пропозицією Комісії та після схвалення Європейського парламенту, приймає необхідні положення [256, р. 93, 195]. У зв'язку з цим, у науці вказується на необхідність з'ясування можливості досягнення мети зближення контрактного права держав-учасниць ЄС за допомогою CESL [269, р. 136].

У пояснювальній записці до CESL, зокрема зазначається, що Пропозиція призначається для вирішення труднощів, пов'язаних з додатковими трансакційними витратами, визначенням права, що підлягає застосуванню, та охоплює інші проблеми транскордонних операцій. CESL не поширюється на питання, які належно розв'язуються в національних правопорядках. Сфера дії Пропозиції обмежується SME та відносинами між підприємцями та споживачами. Не передбачається застосування Пропозиції для договорів між фізичними особами та договорів між юридичними особами, серед яких відсутні SME [295, р. 10].

Значною перевагою Пропозиції є її необов'язковість [275, р. 30]. Професор Оксфордського університету С. Вогенауер з приводу цього зазначає, що CESL на даний момент розроблений як альтернативний інструмент для вибору. Таким чином, він буде тільки тоді життєздатним, якщо багато сторін, які проводять міжнародні операції, будуть погоджуватися використовувати його. Такий вибір буде можливим, коли сам правовий інструмент буде придатним для контрагентів: Європейський правовий договірний режим буде залучати учасників, якщо самі учасники будуть мати достатні стимули зробити вибір на користь такого режиму, і ці стимули будуть існувати тільки в тому випадку, коли потенційні контрагенти будуть переконані в тому, що новий режим поліпшить їх становище у порівнянні з законом, який вони в даний час використовують для проведення транскордонних трансакцій [307, р. 7].

Незважаючи на той факт, що CESL розглядається як класичний акт міжнародної приватноправової уніфікації [35, с. 116], слід мати на увазі значний обсяг критики Пропозиції [269, р. 138, 143-144; 281, р. 9-10, 15]. Актуальність CESL

не є достатньо визначеною через кризові явища правової політики ЄС, які відображають зіткнення інтересів різних груп європейської бюрократії [45, с. 68-70]. Крім цього, значимим фактором для перспектив подальшої гармонізації європейського договірної права та, власне, майбутнього CESL, став вихід Великої Британії з ЄС в результаті референдуму 23.06.2016 р.

Зауважимо, що CESL передбачає детальну регламентацію переддоговірних обов'язків (Глава 2 – Переддоговірна інформація), що робить можливим виявлення моделі переддоговірних відносин у цілому. Дане завдання потребує окремого вирішення та виходить за межі означеної структури дослідження.

Відмітимо також, що дослідження положень CESL, які стосуються укладення договору, передбачає попереднє розуміння структури Пропозиції. Елементами CESL як акту Європейської комісії є: Reg-CESL, яка визначає загальні засади застосування Пропозиції; Додаток 1, який являє собою власне Проект Єдиного європейського торгового права (CESL); Додаток 2, що містить SIN.

У Reg-CESL наявні окремі положення, які необхідно розглянути перед аналізом правил укладення договору. CESL може застосовуватися виключно до транскордонних договорів (ч. 1 ст. 4 Reg-CESL). Транскордонність договору між торговцями (B2B контракт) означає наявність постійного місця проживання сторін в різних державах, принаймні одна з яких є державою-членом ЄС (ч. 2 ст. 4 Reg-CESL). Транскордонність договору між торговцем та споживачем (B2C контракт) означає, що: (а) адреса, зазначена споживачем; адреса доставки товарів; або адреса платежу знаходяться в державі, відмінній від держави постійного місця проживання торговця; та (b) принаймні одна з держав є державою-членом ЄС (ч. 3 ст. 4 Reg-CESL). “Постійне місце проживання” для юридичних осіб є місцем розташування центрального офісу. Для фізичних осіб-торговців – основним місцем діяльності (ч. 4 ст. 4 Reg-CESL).

Передбачається можливість застосування CESL лише стосовно таких видів договорів: (а) купівля-продаж; (b) купівля-продаж цифрової продукції, що може бути доступною у тому числі для одноразового використання, яку може бути

збережено, оброблено незалежно від наявності матеріального носія та незалежно від того, чи надається цифрова продукція в обмін на сплату ціни; (с) договори про надання послуг, які пов'язані з названими вище групами договорів, незалежно від наявності окремої вартості послуги (ст. 5 Reg-CESL).

Визначальною особливістю порядку укладення договору за CESL, на нашу думку, є необхідність сторін укласти окремий договір про застосування положень Пропозиції до основних договірних відносин (ч. 1 ст. 8 Reg-CESL). Договір про вибір CESL передує основному контракту і відповідно не може бути ні умовою основного договору, ні частиною стандартних умов торговця (п. 22 Преамбули Reg-CESL). Такий договір в контексті відносин B2B буде зобов'язувати сторони як тільки вони дійдуть згоди про використання CESL. У контексті відносин B2C для чинності відповідної угоди необхідним також є надання торговцем SIN споживачу до укладення основного договору, який буде регулюватися положеннями CESL. Якщо торговець заделегідь (до укладення основного договору – В.К.) не виконав вимогу щодо SIN, угода про вибір є чинною для торговця з моменту виникнення згоди сторін. При цьому для споживача обов'язковим є висловлення згоди на використання CESL шляхом окремої та явно вираженої заяви (ч. 2 ст. 8 Reg-CESL). Споживач буде зобов'язаним за угодою, коли він отримує від торговця підтвердження угоди про вибір CESL разом з SIN, а також надасть подальшу згоду про застосування CESL (ч. 1 ст. 9 Reg-CESL) [268, р. 254]. Для держав-членів ЄС установлюється обов'язок визначити штрафні санкції за порушення торговцями у відносинах зі споживачами вимог, закріплених у ст. 8-9 Reg-CESL. Разом з цим, передбачається також обов'язок вжиття державами всіх необхідних заходів для застосування відповідних санкцій (ст. 10 Reg-CESL).

Прикметно, що для відносин B2B CESL не забороняє “déréçage” (франц. “розрізування” – В.К.), яке полягає в можливості торговців підпорядкувати окрему частину договору положенням CESL. Інші питання будуть регулюватися правом, обраним сторонами на підставі положень Регламенту (ЄС) N 593/2008 Європейського Парламенту та Ради "Про право, яке підлягає до застосування щодо

договірних зобов'язань ("Рим I")" (ст. 3-4 Регламенту). Для відносин B2C такий спосіб реалізації автономії волі не є допустимим. У цьому випадку CESL має застосовуватися в цілому (ч. 3 ст. 8 Reg-CESL). Дане положення призначене для попередження виникнення дисбалансу між правами та обов'язками сторін і негативного впливу на рівень захисту споживачів (п. 24 Преамбули Reg-CESL). Водночас ч. 2 ст. 1 CESL дозволяє сторонам (B2B та B2C) виключити застосування будь-яких норм CESL, скасувати або змінити їх наслідки, якщо інше не передбачено цими нормами [268, р. 255].

Переважає більшість положень CESL щодо укладення договору містяться в Главі 3 Частини 2 "Укладення договору". Деякі норми розташовані в інших структурних елементах Пропозиції. Глава 3 (ст. 30-39) включає в себе механізм укладення договору, який застосовується як до договору про вибір CESL, так і до основного договору сторін [268, р. 257]. Слід звернути увагу також на ту обставину, що в Главі 3 не виокремлюються в самостійну частину "Загальні положення", на відміну від PECL (Розділ 1 Глави 2: ст. 2:101-2:107) та DCFR (Розділ 1 Глави 4 Книги 2: ст. II – 4:101- II – 4:105).

Зіставлення статей PECL та DCFR привело нас до висновку про наявність значної кількості норм Проекту, які дублюють положення Принципів. Дане твердження зберігає свою актуальність для аналізу CESL. Так, ст. 33 узгоджується зі ст. 2:203 PECL та ст. II – 4:203 DCFR ("Відхилення оферти"); ст. 34 - зі ст. 2:204 PECL та ст. II – 4:204 DCFR ("Акцепт"); ст. 35 – зі ст. 2:205 PECL та ст. II – 4:205 DCFR ("Момент укладення договору"); ст. 36 – зі ст. 2:206 PECL та ст. II – 4:206 DCFR ("Строк для акцепту"); ст. 37 – зі ст. 2:207 PECL та ст. II – 4:207 DCFR ("Запізнілий акцепт"); ст. 39 – зі ст. 2:209 PECL та ст. II – 4:209 DCFR ("Конфлікт стандартних умов").

Вимоги для укладення договору встановлені в ст. 30 CESL. Договір вважається укладеним, якщо: (а) сторони досягли домовленості; (б) мають намір бути зобов'язаними за договором; (с) договір, за необхідності доповнений правилами CESL, має достатній зміст та визначеність, щоб мати юридичні наслідки

(ч.1 ст. 30). Домовленість досягається шляхом оферти та акцепту. Акцепт може бути явно вираженим або випливати з інших заяв або поведінки (ч.2 ст. 30). Наявність наміру сторін бути зобов'язаними за договором визначається на підставі їх заяв та поведінки (ч.3 ст. 30). Договір не буде вважатися укладеним доки сторони не досягнуть згоди щодо умов, на узгодженні яких для укладення договору наполягає одна зі сторін (ч.4 ст. 30).

Західноєвропейськими цивілістами вірно вказується, що дане правило змістовно об'єднує 4 статті DCFR. Пункти (а) та (b) ч. 1 ст. 30 відповідають ст. II – 4:101 DCFR (“Вимоги для укладення договору”) та ч.1 ст. 2:101 PECL; пункт (с) ч. 1 ст. 30 відповідає ст. II – 4:103 DCFR (“Належна домовленість”) та ст. 2:103 PECL; ч. 2 ст. 30 частково відповідає ст. II – 4:211 DCFR (“Договори, які не укладаються шляхом оферти та акцепту”) та ст. 2:211 PECL; ч. 3 ст. 30 відповідає ст. II – 4:102 DCFR (“Як визначається намір”) та ст. 2:102 PECL [299, р. 86; 297, р. 181].

Відсутність у ч. 1 ст. 30 CESL формулювання “без будь-яких додаткових вимог” (ст. II – 4:101 DCFR; ст. 2:101 PECL), яким усувається значення доктрини *consideration* або *cause*, цілком “компенсується” наявністю ст. 6 CESL, згідно з якою: договір, заява або інший юридичний акт, що регулюються CESL, не вимагають для свого учинення або підтвердження дотримання визначеної форми, якщо інше не встановлено в CESL. Винятки з цього правила передбачені для дистанційних договорів, які укладаються по телефону (ч. 4 ст. 19); дистанційних договорів, які укладаються за допомогою засобів електронного зв'язку (ч. 2 ст. 25); договору B2C про вибір CESL (ч. 2 ст. 8 Reg-CESL) [297, р. 182-183].

Можливість розгляду переддоговірних заяв як умов договору закріплюється в ст. 69 CESL. Зміст даної норми свідчить про її формування на основі ст. 6:101 PECL та ч. 2 ст. II – 9:102 DCFR. Використання досвіду попередніх проектів (ст. 6:102 PECL та ч. 2 ст. II – 9:101 DCFR) спостерігається також у статті про передбачувані умови договору (ст. 69 CESL).

У ст. 7 CESL змістовно повторюється використаний в DCFR підхід до розуміння спеціально неузгоджених умов договору (ст. II – 1:110). У межах цього

контексту перебувають також положення, що закріплює обов'язок привертати увагу другої сторони договору до спеціально неузгоджених умов (ст. 70, 82 CESL відтворюють ст. II. – 9:103, ч. 1 ст. II. – 9:402 DCFR та ст. 2:104 PECL), та норма з переліком обставин, які враховуються при оцінці умов договору як несправедливих, серед яких, зокрема, невиконання відповідного обов'язку (ст. 83 CESL відтворює ч. 1 ст. II. – 9:407 DCFR та ч.1 ст. 4:110 PECL).

Застереження про поглинання регламентуються в CESL (ст. 72) на засадах, у цілому схожих з PECL (ст. 2:105) та DCFR (ст. II. – 4:104), проте в нормі CESL не проводиться розмежування між індивідуально узгодженими та індивідуально неузгодженими застереженнями про поглинання. У зв'язку з цим звертає на себе увагу відсутність у CESL спеціального регулювання застережень про те, що будь-які узгоджені зміни чи припинення дії контракту повинні здійснюватися у визначеній формі (ст. 2:106 PECL; ст. II. – 4:105 DCFR). У доктрині обґрунтовується ця обставина. Замість відповідного правила діє загальне положення про автономію волі (ст. 1 CESL) та загальні положення щодо укладення договору, тому констатувати наявність прогалини не є вірним [268, р. 291].

Загальна норма CESL про оферту незначною мірою відрізняється від ст. 2:201 PECL та ст. II. – 4:201 DCFR. Пропозиція є офертою, якщо вона: (а) виражає намір offerenta бути зобов'язаним за договором та (b) має достатній зміст та визначеність умов договору (ч.1 ст. 31). Оферту може бути зроблено одній або кільком конкретно визначеним особам (ч.2 ст. 31). Пропозиція, зроблена публічно, не є офертою, якщо з обставин не випливає протилежне (ч. 3 ст. 31). Тобто CESL, на противагу PECL та DCFR встановлює презумпцію невизнання публічної пропозиції офертою. У юридичній науці справедливо критикується дане положення через сприяння висновку про неможливість визнання офертою публічної пропозиції, яка відповідає вимогам ч. 1 ст. 31 [276, р. 88].

Намір offerenta має тлумачитися відповідно до ст. 12 CESL, в основу якої закладено концепцію “розумних очікувань” [276, р. 85-86]. З огляду на те, що CESL поширюється не лише на купівлю-продаж товарів, достатність змісту оферти може

обумовлюватися виконанням додаткових вимог. Так, для деяких договорів, якими опосередковується обіг цифрової продукції, ліцензійні умови можуть бути необхідними для включення в оферту.

CESL допускає одностороннє визначення умов договору однією стороною або третьою особою (ст. 74-75), слідуючи за PECL (ст. 6:105-6:106) та DCFR (ст. II. – 9:105 - II. – 9:106). Така можливість обмежується в B2C відносинах, де на торговця покладаються переддоговірні інформаційні обов'язки [297, р. 186].

Набуття офертою чинності пов'язується з моментом одержання її адресатом за умови відсутності затримки. Оферта вважається одержаною адресатом: (a) коли її доставлено адресату; (b) коли її доставлено в місце знаходження юридичної особи адресата або в місце постійного проживання адресата у разі відсутності юридичної особи або надходження оферти споживачу; (c) якщо оферта надсилається за допомогою електронної пошти або іншого засобу персональної комунікації, - коли вона стає доступною для адресата; або (d) в інших випадках – коли вона стає доступною для адресата в такому місці й у такий спосіб, які розумно припускаються адресатом для отримання доступу до оферти без невинуватливої затримки (ч. 3-4 ст. 10 CESL).

Зауважимо принагідно, що правила ст. 10 CESL, які частково кореспондують ст. 1:303 PECL та ст. I. – 1:109 DCFR, загалом поширюються на повідомлення, які опосередковують учинення односторонніх правочинів. Тому названі норми є актуальними щодо одержання повідомлення про відкликання оферти, повідомлення про відхилення оферти, повідомлення про відкликання відхилення оферти, повідомлення про акцепт, повідомлення про відкликання акцепту.

Питання відкликання оферти регулюється в CESL (ст. 32) на основі ст. 2:202 PECL та ст. II. – 4:202 DCFR. Можна виокремити лише кілька відмінностей. По-перше, повторно (ч. 3 ст. 31) акцентується увага на тому, що не кожна публічна пропозиція є офертою (ч. 2 ст. 32). По-друге, як уже зазначалося вище, згідно з ч. 4 ст. II.–4:202 DCFR, випадки неможливості відкликання оферти (ч. 3 ст. II.–4:202 DCFR) не застосовуються до оферти, якщо оферент мав право відмовитися від

договору, що впливає з акцептованої оферти відповідно до Книг 2 - 4 DCFR. У CESL аналогічний підхід закріплено в ч. 4 ст. 40 (“Право на відмову”), де передбачається, що у разі виникнення права на відмову на основі Глави 4 в результаті акцепту оферти, зробленої споживачем, то оферту може бути відкликано, навіть якщо за інших умов вона розглядається як безвідклична. Конкретизується даний припис у п. (b) ст. 43, згідно з яким відмова припиняє зобов’язання двох сторін, пов’язані з укладенням договору, у випадках, коли оферту зроблено споживачем. Це означає, що реалізація права споживача на відмову не залежить від факту укладення договору. Здійснення цього права перед укладенням договору буде мати ті ж наслідки, що й відкликання оферти споживачем [297, р. 189].

Особливістю положення CESL про акцепт, що містить зміни, у порівнянні з PECL (ст. 2:208) та DCFR (ст. II.–4:208), є наявність невичерпного переліку істотних умов. Відповідно до ч. 2 ст. 38 CESL, додаткові або відмінні договірні умови, зокрема, щодо ціни, оплати, якості або кількості товару, місця та часу доставки, заходів відповідальності однієї сторони перед другою стороною або врегулювання спорів, презюмуються такими, які істотно впливають на умови оферти. Тобто розробники CESL у даному контексті керувалися ч. 3 ст. 19 CISG.

У коментарі до ст. 38 CESL вказується, що формулювання відповідного переліку є корисним з огляду на застосування CESL до вузького кола договорів на противагу PECL та DCFR [297, р. 202]. Відмітимо також, що відсутність в CESL статті про формальне підтвердження договору між підприємцями (ст. 2:210 PECL; ст. II.–4:210 DCFR) пояснюється через достатність для регулювання відповідних ситуацій саме правила про акцепт, що містить зміни. У DCFR “формальне підтвердження” застосовується тільки для відносин B2B та потребує текстової форми. “Акцепт зі змінами” застосовується також до B2C договорів та не вимагає спеціальної форми. Дане розмежування було б актуальним лише при незвичному різному розумінні “істотності” в B2B та B2C, коли умова, неістотна в B2B, була б істотною в B2C [268, р. 290].

Норми PECL, DCFR та CESL призначені для реалізації в умовах розвинутої ринкової економіки з низьким рівнем національного протекціонізму та домінантою великого капіталу. Вектор правової політики, означений в проектах, не може не враховувати активність європейського споживача, який потребує захисту в умовах потужних транснаціональних монополій. Механічне та суцільне копіювання елементів механізмів укладення договору для використання в ЦКУ не вбачається методологічно та практично вірним. Це пояснюється, по-перше, складним синтезом континентальної та англо-американської правових традицій в кожному з інструментів. Такий підхід не є характерним для ЦКУ. По-друге, практичний стан переддоговірних відносин в Україні, у порівнянні з західноєвропейським досвідом, засвідчує передчасність пристосування значної кількості правил PECL, DCFR та CESL, розрахованих на високий рівень правової та ділової культури учасників переговорних процедур. Водночас слід визнати, що модель укладення договору, закріплена в ЦКУ, у цілому є дієвою та узгоджується з потребами практики.

З урахуванням проведеного порівняльного дослідження, наважуємось запропонувати наступні зміни до ЦКУ.

Доповнити: а) ст. 641 ЦКУ частиною 4 наступного змісту: “Повідомлення про оферту, повідомлення про відкликання оферти, повідомлення про відкликання відхилення оферти, вважається одержаним адресатом, коли: 1) воно доставлено адресату; 2) воно доставлено за адресою юридичної особи адресата або за адресою місця постійного проживання фізичної особи або фізичної особи-підприємця, якщо юридична особа відсутня або повідомлення не пов’язані з підприємницькою діяльністю; 3) повідомлення, відправлені в електронній формі, стали доступними для адресата; 4) в інших випадках – коли повідомлення стає доступним для адресата в такому місці й у такий спосіб, які розумно припускаються адресатом для отримання доступу до повідомлення без невиправданої затримки”;

б) ст. 642 ЦКУ частиною 4 наступного змісту: “Момент одержання повідомлення про акцепт та повідомлення про відкликання акцепту визначається за правилами, установленними в ч. 4 ст. 641 цього Кодексу”.

Важливість таких доповнень, на нашу думку, обумовлюється, по-перше, відсутністю конкретизації моменту одержання адресатом відповідних повідомлень в ЦКУ; по-друге, визнанням правочинної природи дій, які повідомляються, а отже, й потребою вирішення питання про виникнення дійсності правочинів. Основою для формулювання пропозицій є ст. 1:303 PECL; ст. I.-1:109, ч. 2 ст. II.-1:101, ч. 2 ст. II.-1:103 DCFR; ст. 10 CESL та доктринальні тлумачення названих статей.

Доповнити: ч. 1 ст. 642 ЦКУ другим абзацом наступного змісту: “Мовчання не є акцептом, якщо інше не встановлено законом, домовленістю сторін або не впливає зі звичаю ділового обороту, попередніх переговорів, усталеної практики відносин між сторонами”. Основою для формулювання пропозиції є ч. 2 ст. 2:204 PECL; ч. 2 ст. II.- 4:204 DCFR; ч. 2 ст. 34 CESL, ч. 2 ст. 438 ЦК РФ та наукові коментарі до названих статей. Слід ураховувати факт визнання законодавцем за мовчанням якості акцепту (наприклад, ч. 4 ст. 672, ст. 764 ЦКУ).

Висновки до Розділу 3

1. Порядок укладення договору, передбачений DCFR, концептуально базується на нормах PECL. Дане твердження є актуальним для: визначення оферти (ст. 2:201 PECL та ст. II.–4:201 DCFR); набуття офертою чинності (ч. 2 ст. 1:303 PECL та ч. 3 ст. I.- 1:109 DCFR); відхилення оферти (ст. 2:203 PECL та ст. II.–4:203 DCFR); визначення акцепту (ст. 2:204 PECL та ст. II.–4:204 DCFR); визначення моменту укладення договору (ст. 2:205 PECL та ст. II.–4:205 DCFR); визначення строку для акцепту (ст. 2:206 PECL та ст. II.–4:206 DCFR); визначення акцепту, що містить зміни (ст. 2:208 PECL та ст. II.–4:208 DCFR); правила щодо договорів, які укладаються без оферти та акцепту (ст. 2:211 PECL та ст. II.–4:211 DCFR).

2. Порядок укладення договору, передбачений CESL, характеризується особливою сферою дії та спеціальними передумовами застосування. Правила CESL розроблені для учасників виключно транскордонних договорів B2B та B2C. Торговець обов'язково має належати до SME. Договір про вибір CESL має передувати основному договору. При цьому зміст переважної більшості статей CESL щодо укладення договору сформовано на основі нормотворчих підходів, використаних розробниками DCFR з одночасним кореспондуванням правилам PECL. Так, ст. 33 узгоджується зі ст. 2:203 PECL та ст. II. – 4:203 DCFR (“Відхилення оферти”); ст. 34 - зі ст. 2:204 PECL та ст. II. – 4:204 DCFR (“Акцепт”); ст. 35 – зі ст. 2:205 PECL та ст. II. – 4:205 DCFR (“Момент укладення договору”); ст. 36 – зі ст. 2:206 PECL та ст. II. – 4:206 DCFR (“Строк для акцепту”); ст. 37 – зі ст. 2:207 PECL та ст. II. – 4:207 DCFR (“Запізнілий акцепт”); ст. 39 – зі ст. 2:209 PECL та ст. II. – 4:209 DCFR (“Конфлікт стандартних умов”).

3. Норми PECL, DCFR та CESL призначені для реалізації в умовах розвинутої ринкової економіки з низьким рівнем національного протекціонізму та домінантою великого капіталу. Вектор правової політики, означений в проектах, не може не враховувати активність європейського споживача, який потребує захисту в умовах потужних транснаціональних монополій. Механічне та суцільне копіювання

елементів механізмів укладення договору для використання в ЦКУ не вбачається методологічно та практично вірним. Це пояснюється, по-перше, складним синтезом континентальної та англо-американської правових традицій в кожному з інструментів. Такий підхід не є характерним для ЦКУ. По-друге, практичний стан переддоговірних відносин в Україні, у порівнянні з західноєвропейським досвідом, засвідчує передчасність пристосування значної кількості правил PECL, DCFR та CESL, розрахованих на високий рівень правової та ділової культури учасників переговорних процедур. Водночас слід визнати, що модель укладення договору, закріплена в ЦК, у цілому є дієвою та узгоджується з потребами практики.

4. З урахуванням проведеного порівняльного дослідження, наважуємось запропонувати наступні зміни до ЦКУ.

Доповнити: а) ст. 641 ЦКУ частиною 4 наступного змісту: “Повідомлення про оферту, повідомлення про відкликання оферти, повідомлення про відкликання відхилення оферти, вважається одержаним адресатом, коли: 1) воно доставлено адресату; 2) воно доставлено за адресою юридичної особи адресата або за адресою місця постійного проживання фізичної особи або фізичної особи-підприємця, якщо юридична особа відсутня або повідомлення не пов’язані з підприємницькою діяльністю; 3) повідомлення, відправлені в електронній формі, стали доступними для адресата; 4) в інших випадках – коли повідомлення стає доступним для адресата в такому місці й у такий спосіб, які розумно припускаються адресатом для отримання доступу до повідомлення без невиправданої затримки”;

б) ст. 642 ЦКУ частиною 4 наступного змісту: “Момент одержання повідомлення про акцепт та повідомлення про відкликання акцепту визначається за правилами, установленими в ч. 4 ст. 641 цього Кодексу”.

Важливість таких доповнень, на нашу думку, обумовлюється, по-перше, відсутністю конкретизації моменту одержання адресатом відповідних повідомлень в ЦКУ; по-друге, визнанням правочинної природи дій, які повідомляються, а отже, й потребою вирішення питання про виникнення дійсності правочинів. Основою для

формулювання пропозицій є ст. 1:303 PECL; ст. I.-1:109, ч. 2 ст. II.-1:101, ч. 2 ст. II.-1:103 DCFR; ст. 10 CESL та доктринальні тлумачення названих статей.

Доповнити: ч. 1 ст. 642 ЦКУ другим абзацом наступного змісту: “Мовчання не є акцептом, якщо інше не встановлено законом, домовленістю сторін або не впливає зі звичаю ділового обороту, попередніх переговорів, усталеної практики відносин між сторонами”. Основою для формулювання пропозиції є ч. 2 ст. 2:204 PECL; ч. 2 ст. II.- 4:204 DCFR; ч. 2 ст. 34 CESL, ч. 2 ст. 438 ЦК РФ та наукові коментарі до названих статей. Слід ураховувати факт визнання законодавцем за мовчанням якості акцепту (наприклад, ч. 4 ст. 672, ст. 764 ЦКУ).

ВИСНОВКИ

1. Характер співвідношення між зобов'язанням та договором, як показують рамки теоретичного пізнання та рівень законодавчих формулювань, може значною мірою ускладнюватися. Аналіз інститутів представництва, договору на користь третьої особи, відступлення права вимоги показує можливість неспівпадіння суб'єктних складів договору та зобов'язання. Не є обґрунтованими тези про виникнення виключно одного зобов'язання на підставі договору, а також про одночасність договору та зобов'язання.

2. Залишається актуальним дослідження договору як юридичного факту. Укладення договору рідко є одиничним вичерпним правоутворюючим фактом. Часто це елемент юридично значущої сукупності, у яку можуть включатися правосуб'єктні передумови, юридичні стани, окремі правовідношення. Тому укладення договору на практиці з різною мірою інтенсивності впливає на динаміку правовідносин.

3. Передчасним є підхід у доктрині, за яким цивільно-правовий договір визнається джерелом цивільного права. Аналіз аргументів прихильників цієї позиції свідчить про наявність кількох проблем в обґрунтуванні. По-перше, відбувається перегляд “нормативності” з фактичною відсутністю смислового виходу на категорію “норми права”, тобто наявний розрив між взаємозалежними категоріями. Корекція нормативності потребує уточнення поняття норми права, у змісті якого будуть нівельовані усталені доктринальні переконання про її ознаки. У протилежному випадку з'являється конфлікт між родовим та видовим поняттями в частині неохоплення нормою цивільного права конститутивних характеристик будь-якої правової норми. По-друге, переоцінка “джерела цивільного права” здійснюється абстраговано від “норми цивільного права”, а “правове регулювання” взагалі позбавляється необхідності перегляду.

4. Договір можна вважати джерелом норм індивідуальної дії (індивідуальних норм), які, проте не мають загальнообов'язкового характеру, а отже не є нормами

права.

5. Визнання договору джерелом цивільного права відображає ту тенденцію лібералізму в приватному праві, яка розвиває зміст базових ідейних елементів правової реальності та в цьому переплітається з постмодерністськими та глобалізаційними викликами для людства. Мова йде про кількісне зростання суб'єктів нормотворчості зовсім не в дусі Й.О. Покровського з ідеєю приватного права як системи правової децентралізації та наявності множини центрів, які самовизначаються. Мається на увазі поступове знецінення держави як носія правової ідентичності, гаранта позитивного правопорядку, у нормах якого має апріорі легітимізуватись ідеальне право. Зменшення соціальної цінності договору корелює з вихолощенням ідеї договору як провідника індивідуальної свободи – ядра ліберальної ідеї. Цим самим грандіозна перспектива права, що прямує до солідарності вільних особистостей (за Й.О. Покровським), ризикує бути нігілізованою на невизначений історичний період.

6. Більш перспективним, на нашу думку, є поглиблення вивчення регулятивних властивостей договору в контексті категорій “правове регулювання”, “механізм правового регулювання” “договірне правове регулювання” [102] на базі новітніх загальнотеоретичних моделей як то, наприклад, інструментальної теорії права, де правове регулювання розглядається як комплекс динамічних систем та структур у масштабі правової матерії, засобів або інструментів правової регуляції, серед яких норми права зберігають своє провідне значення, але не вичерпують змісту правового регулювання [11, с. 70-280].

7. Воля в праві – це внутрішній процес самовизначення суб'єкта права, об'єктивно направлений на настання юридичних наслідків.

8. Волевиявлення в праві – це об'єктивований результат вольового процесу, що потребує правової кваліфікації.

9. Для вольового процесу характерна єдність. Результат вольового процесу об'єктивується зовні – у волевиявленні, де вже немає місця для формування волі. Дія – це реалізація сформованої волі, а не джерело її розвитку.

10. Права та обов'язки учасників переддоговірного правовідношення часто реалізуються в немайновому контексті, але при цьому не є особистими (наприклад, укладення попередньої угоди про ексклюзивність переговорів); можуть мати процедурний характер (права та обов'язки оферента та акцептанта); у поведінковому сенсі являють собою організаційно-підготовче обслуговування сторонами кінцевої мети – укладення договору в майбутньому, тобто виражають водночас немайнове та майнове цілепокладання осіб. У зв'язку з цим для виявлення сутності переддоговірного правовідношення необхідним є звернення до концепції організаційних відносин.

11. Переддоговірне правовідношення - це цивільно-правове відношення, у якому належна поведінка суб'єктів безпосередньо спрямовується на укладення договору або сприяє його укладенню, а неналежна поведінка суб'єктів до моменту укладення договору визнається недобросовісною та обумовлює відповідальність, установлену договором або законом.

12. Переддоговірне правовідношення не можна віднести виключно до сфери організаційних правовідношень з огляду на можливу наявність у його межах компенсаційного фактору – відповідальності *sui generis* за недобросовісне ведення переговорів.

13. Змістом деліктного зобов'язання є деліктна відповідальність, а змістом переддоговірного компенсаційного правовідношення (зобов'язання особливого роду) - відповідальність *sui generis* за недобросовісне ведення переговорів.

14. Переддоговірні правовідносини можна класифікувати за наступними критеріями: 1) за функціональним призначенням: переддоговірне організаційне (безпосередньо спрямовується на укладення договору або сприяє його укладенню) та переддоговірне компенсаційне правовідношення (має характер *sui generis* стосовно організаційного правовідношення та являє собою зобов'язання, у змісті якого конструюється відповідальність особливого роду – *culpa in contrahendo*); 2) за підставою виникнення: договірне (виникає, наприклад, із попереднього договору, переддоговірної угоди про ексклюзивність переговорів,

переддоговірної угоди про розподіл витрат сторін під час ведення переговорів, порушення правила добросовісного ведення переговорів за умови визначення відповідного обов'язку сторін в переддоговірній угоді) та позадоговірне (виникає із вступу у переговори, що визначається в законі як юридичний факт або з початку процедури укладення договору, передбаченої законом, у тому числі під час проведення торгів, конкурсів або аукціонів).

15. При укладенні окремої переддоговірної угоди (наприклад, попереднього договору або договору про порядок ведення переговорів) відбувається розщеплення природи переддоговірного відношення. Виникає договірне правовідношення, що зберігає при цьому свою складну переддоговірну природу. Дана особливість може зберігатися й щодо переддоговірного компенсаційного правовідношення, коли умови відповідальності за *culpa in contrahendo* конкретизуються в переддоговірній угоді. Таке розщеплення відсутнє, коли переговори ведуться без укладення окремого договору, а саме: а) правовідношення виникає на основі визнання законодавцем за вступом у переговори якості юридичного факту; б) зміст прав та обов'язків сторін до укладення договору конкретизується в актах законодавства; в) у випадку завдання шкоди добросовісній стороні переговорів, що породжує зобов'язання особливого роду за умови відсутності переддоговірного правочину.

16. Визнання оферти, акцепту, відкликання оферти та відкликання акцепту односторонніми правочинами відповідає ч. 1 та ч. 3 ст. 202 ЦК.

17. Оферта – це односторонній правочин, що безпосередньо спрямований на виникнення суб'єктивного цивільного права на акцепт оферти, а умовно направлений на виникнення прав та обов'язків за договором. У разі визнання законодавцем базового виду переддоговірного правовідношення можливою є не лише правоутворююча в сенсі виникнення суб'єктивного цивільного права, а й правозмінююча якість оферти уже в сенсі видозміни переддоговірного правовідношення - переходу його від елементарної моделі до більш складної.

18. Акцепт – це односторонній правочин, безпосередньо спрямований на виникнення прав та обов'язків за договором, тобто припинення переддоговірного правовідношення та виникнення договірної правовідношення.

19. Відкликання оферти (ч. 3 ст. 641 ЦКУ) та відкликання акцепту (ч. 3 ст. 642 ЦКУ) функціонально є рівнозначними односторонніми правочинами, оскільки безпосередньо спрямовуються на припинення переддоговірної правовідношення та упередження виникнення договірної правовідношення. При цьому відкликання акцепту спрямовується на припинення переддоговірної правовідношення шляхом припинення суб'єктивного права на акцепт оферти. Різниця між ними полягає в моменті вчинення, який для оферти та акцепту не співпадає та виражає різну стадію розвитку або може виражати навіть різний вид переддоговірної правовідношення у випадку ускладнення останнього іншими юридичними фактами (наприклад, при відкликанні акцепту, коли конфіденційну інформацію було надано після вчинення оферти, але до вчинення акцепту).

20. Офертоздатність є вужчим за обсягом поняттям, ніж правочиноздатність, тобто за загальним правилом є елементом правочиноздатності та водночас компонентом правоздатності на вихідному рівні структурування.

21. Визнання оферти, акцепту, відкликання оферти та відкликання акцепту односторонніми правочинами потребує обґрунтування наявності суб'єктивних прав у змісті переддоговірної правовідношення.

22. Офертоздатність набуває якості суб'єктивного права при окремих умовах, які мають бути наявні разом. По-перше, при визнанні в цивільному законі за вступом в переговори якості юридичного факту й закріплення обов'язку добросовісного ведення переговорів для кожної сторони; тобто, коли виникає першопочатковий базовий вид переддоговірної правовідношення, що має відносний характер. По-друге, при наявності часового розриву між вступом у переговори та самою офертою (наприклад, коли вступ у переговори здійснюється шляхом пропозиції, що не містить усі істотні умови договору або містить застереження однієї сторони про можливість остаточного рішення про укладення

договору). За наявності таких умов суб'єктивному праву на оферту відповідає обов'язок пасивного типу для іншого учасника переговорів визнати оферту та утриматися від дій, що перешкоджають направленню оферти. Треті особи при цьому також зобов'язані не перешкоджати оференту. Мається на увазі внутрішня та зовнішня дія відносного права учасника переговорів.

23. Визнання правоздатності суб'єктивним правом призводить до виникнення необхідності розщеплення правомочності, якщо правочиоздатність розглядати саме як правомочність, що є проблематичним. Не знаходять пояснення в такому смислому полі й природа офертоздатності, заповітоздатності та інших проявів правочиоздатності.

24. Секундарні права є суб'єктивними цивільними правами.

25. Право на акцепт це суб'єктивне право (секундарне право), якому кореспондує стан юридичної зв'язаності оферента. Такий стан є формою імперативної поведінки, іншою ніж обов'язок у традиційному розумінні. Право на відкликання оферти та право на відкликання акцепту є суб'єктивними правами, яким кореспондує імперативна поведінка адресата відповідного одностороннього правочину у формі зазнавання наслідку реалізації секундарного права через одностороннє волевиявлення. Таким наслідком є припинення переддоговірного правовідношення.

26. Доведення наявності суб'єктивних прав у межах переддоговірного правовідношення додає завершеності висновку про правочинну природу односторонніх волевиявлень суб'єкта такого правовідношення.

27. Перегляд визначення поняття суб'єктивного права має відбуватися на основі поглядів, у яких трактовка суб'єктивного права є широкою та відсутня жорстка смислова прив'язка до суб'єктивного обов'язку, що кореспондує суб'єктивному праву.

28. Свобода договору – це засада регулювання приватних відносин, що конкретизує автономію волі суб'єктів на переддоговірній та договірній стадіях динаміки цивільних прав та обов'язків.

29. Елементами свободи договору є : а) свобода вибору контрагента; б) свобода укладення договору; в) свобода сторін змінювати та припиняти договір. Свобода ведення переговорів, у тому числі надання можливостей сторонам під час обміну офертою та акцептом сутнісно включається в другий елемент принципу.

30. Конкретний вид переддоговірних правовідносин віддзеркалює ті сутнісні прояви свободи укладення договору як структурного елементу свободи договору, які конкретизують автономію суб'єктів саме на стадії переговорів. При цьому принцип як не трансформується в суб'єктивне право, так і не змішується з елементами змісту переддоговірного правовідношення, але спрямовує його розвиток, тобто функціонує саме як принцип.

31. Свобода договору, зберігаючи якість абстрактної передумови правовідношення та виступаючи в цьому аспекті як прояв правочиноподатності, водночас пронизує переддоговірне та договірне автономне регулювання сторін і виступає як складний за структурою принцип цивільного права. Визнання свободи договору суб'єктивним правом необґрунтовано нівелює концепцію переддоговірного правовідношення та спричиняє проблему кількісного та якісного вимірювання правомочностей, які б утворювали структуру такого суб'єктивного права. Крім значної кількості правомочностей, спрямованість їх функціональності розщеплюється в переддоговірному та договірному правовідношеннях відповідно.

32. Спосіб обґрунтування природи свободи договору як загального дозволу не є переконливим та потребує додаткової аргументації.

33. Структуру переддоговірних правовідносин становлять елементи, які мають правовий характер: суб'єкти, об'єкти та зміст правовідношення, обсяг яких установлюється на підставі загальнотеоретичних положень та приписів законодавства.

34. Зміст переддоговірних правовідносин складають права та обов'язки їх суб'єктів, визначені в положеннях договору, що укладається на переддоговірному етапі або формалізовані в нормах права.

35. Підставами виникнення переддоговірного організаційного

правовідношення є: 1) вступ у переговори, у тому числі шляхом вчинення оферти, направлення пропозиції зробити оферту, або пропозиції укласти договір, яка не є офертою; 2) укладення договору, який є переддоговірним правочином, тобто визначає різні аспекти поведінки учасників переговорів до укладення договору або передбачає укладення основного договору (наприклад, попередній договір).

36. Підставою виникнення переддоговірного компенсаційного правовідношення є недобросовісна поведінка учасника переговорів, яка може виражатися в: 1) порушенні стороною загального обов'язку добросовісного ведення переговорів; 2) ухиленні від укладення договору в різних формах, у тому числі шляхом недобросовісної відмови від переговорів; 3) невиконанні або неналежному виконанні переддоговірних обов'язків, установлених переддоговірним правочином або передбачених законом.

37. Суб'єктами переддоговірних правовідносин є не лише контрагенти майбутнього договору, які водночас можуть бути сторонами переддоговірної угоди, але й інші особи, які можуть виступати як посередники або експерти в підготовці проекту майбутнього договору, узгодженню його умов, наданні фахових висновків щодо можливих фінансових ризиків сторін.

38. Об'єкти переддоговірного правовідношення за ступенем юридичної визначеності можна класифікувати на основні та додаткові об'єкти. До основних віднесемо: 1) порядок ведення переговорів; 2) формування умов та укладення переддоговірної угоди – окремого договору; 3) формування умов та укладення майбутнього основного договору. Додатковими об'єктами виступають: 1) задоволення приватних інтересів, яке досягається із настанням наслідків майбутнього договору (наприклад, передання майна у власність, надання послуг, виконання робіт); 2) відшкодування, яке надається у випадку встановлення факту недобросовісної поведінки учасника переговорів до моменту укладення договору.

39. Попередній договір виконує певною мірою забезпечувальну функцію щодо укладення основного договору, а тому визнання відповідної вимоги в ЦКУ буде цілком відповідати принципу справедливості, добросовісності та розумності з

огляду на сутність зобов'язання, яке встановлюється попереднім договором. Пропонуємо викласти ч. 2 ст. 635 ЦКУ у наступній редакції: “Сторона, яка необґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, повинна відшкодувати другій стороні збитки, завдані простроченням або укласти з другою стороною договір за умови звернення сторони, права якої порушено, з такою вимогою до суду, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства”. Водночас унесення змін до ч. 2 ст. 635 ЦКУ потребує доповнення ч. 1 ст. 627 ЦКУ другим абзацом наступного змісту: “Примушування до укладення договору не допускається, за винятком випадків, коли обов'язок укласти договір, установлений цим Кодексом, законом, або впливає з добровільно прийнятого зобов'язання сторін”. Така редакція ст. 627 ЦКУ буде відповідати регламентації в законодавстві випадків коли укладення договору є обов'язковим (наприклад, ч. 4 ст. 633 ЦКУ, ч. 2 ст. 43 Закону України “Про авторське право і суміжні права” від 23.12.1993 р.) та узгоджуватися з загальними нормами про свободу договору цивільних кодексів багатьох членів СНД (абзац 2 ч. 1 ст. 421 ЦК РФ; ч. 1 ст. 380 ЦК Республіки Казахстан; ч. 1 ст. 391 ЦК Республіки Білорусь, ч. 2 ст. 667 ЦК Республіки Молдова) [52; 241; 240; 242].

40. Доктринальний тип розуміння переддоговірної відповідальності, що передбачає визнання її природи складною, синтезуючою договір та позадоговірний стан, значною мірою вплинув на формулювання висновку про наявність переддоговірного компенсаційного правовідношення, що виникає з факту недобросовісної поведінки на стадії переговорів та по суті є переддоговірною відповідальністю.

41. Критика переддоговірної відповідальності, спроби доведення недоцільності її автономного законодавчого закріплення найбільш змістовно можуть виражатися шляхом звернення до категорій зловживання правом та деліктів.

42. Природа переддоговірних порушень виявляється в обсязі нематеріальної категорії - довіри особи. В об'єктивній стороні делікту, яке є правопорушенням, кристалізується зв'язок між діянням та наслідками у формі суворої причинно-

наслідкової послідовності. Така властивість не завжди зберігається в порушеннях на переддоговірній стадії. Факт настання невігідних наслідків для особи, довіру якої порушено, може не вписуватися в ідеальний юридичний ланцюг деліктної норми. Витрати добросовісної сторони можуть передувати зриву переговорів недобросовісним учасником. Наприклад, витрати добросовісного адресата оферти передують відкликанню оферти недобросовісним оферентом. Підготовчі або організаційні дії однієї сторони, спрямовані на укладення договору, під час яких, наприклад, не було одержано прибуток, що був би одержаний за звичайних обставин, можуть передувати факту ухилення від укладення договору або факту розголошення конфіденційної інформації. Застосування виключно правила генерального делікту сутнісно не впливає з суб'єктивного права однієї особи вимагати від другої особи добросовісної поведінки на стадії переговорів, що власне і складає основне смислове навантаження переддоговірного організаційного правовідношення – своєрідної передумови переддоговірного компенсаційного правовідношення (переддоговірної відповідальності). Спеціальне правило ст. 1212 ЦКУ опосередковує виключно протиправне переміщення майна, а тому не може бути універсальним критерієм для переддоговірної відповідальності; у свою чергу правило ст.1209 ЦКУ не називає та не прив'язує важливих проявів порушення обов'язку розкриття інформації до переддоговірної стадії.

43. Об'єктом зловживання має бути суб'єктивне право, а не принцип права. Проблематичним тому є обґрунтування зловживання свободою договору. Доречніше визнавати зловживання автономно правом на укладення договору, правом на добросовісне ведення переговорів, правом на одержання переддоговірної інформації або іншим переддоговірним суб'єктивним правом. Такий теоретичний підхід можливий саме завдяки концепції переддоговірного правовідношення, яка не заперечує придатність норм щодо зловживання правом для використання у відповідній сфері, але є більш ефективною та ясною для правозастосування, у тому числі судового. Складні структурні зв'язки переддоговірного правовідношення сприяють більш повному розкриттю призначення інституту зловживання правом.

44. Переддоговірні порушення можуть характеризуватися необережною (недбалою) недобросовісною поведінкою. Наприклад, недобросовісний контрагент своєю недбалою поведінкою сприяє виникненню помилкового уявлення в добросовісного контрагента про умови договору, розраховуючи на яке, останній поніс витрати. Тобто, норми про зловживанням правом не завжди виявляються здатними охопити широку площину переддоговірних порушень.

45. Законодавець прямо не визначив у загальному вигляді “позитивну” або “негативну” вимогу добросовісного здійснення цивільних прав.

46. Інститут переддоговірної відповідальності потребує самостійного закріплення в ЦКУ. Пропонуємо доповнити ЦКУ ст. 638-1 “Переговори про укладення договору” з наступним змістом: 1. Особа має право вести переговори, самостійно несе витрати, пов’язані з їх проведенням і не несе відповідальності за недосягнення згоди. 2. При вступі в переговори про укладення договору, при продовженні переговорів та по їх завершенню сторони зобов’язані діяти добросовісно, зокрема не допускати вступ у переговори та їх ведення без дійсного наміру досягти згоди з другою стороною. 3. Сторона, яка веде або перериває переговори недобросовісно, зобов’язана відшкодувати збитки, завдані другій стороні. Збитками, які підлягають відшкодуванню недобросовісною стороною, визнаються витрати, понесені другою стороною у зв’язку з веденням переговорів про укладення договору або у розрахунку на укладення договору, а також у зв’язку з втратою можливості укласти договір з третьою особою. 4. Якщо в ході переговорів одна сторона повідомляє конфіденційну інформацію, друга сторона зобов’язана не розкривати таку інформацію та не використовувати її у власних цілях незалежно від того, чи буде укладено договір. При порушенні даного обов’язку вона повинна відшкодувати першій стороні збитки, завдані внаслідок розкриття конфіденційної інформації або її використання для власних цілей.

47. Автори DCFR не керувалися свідомим цілепокладанням щодо вироблення цілісної та узгодженої моделі переддоговірних відносин. Підтвердженням цього є численні використання сукупностей норм (дві та більше норм різної інституційної

приналежності) до регулювання одного фактичного відношення. Іноді застосування таких прийомів є непослідовним. Аналіз дає підстави для висновку про наступну побудову моделі переддоговірних відносин. Фундаментом виступає принцип добросовісності (ст. I.-1:103; III.- 1:103), який визначає спрямованість змісту структурних блоків моделі переддоговірних відносин. Перший структурний блок базується на визнанні за переговорами юридичної якості (ч. 1 ст. II.-3:301), що обумовлює широку позитивну регламентацію переддоговірних обов'язків та визначення процедури укладення договору шляхом закріплення загальних правил (ст. II.-3:101 - II.-3:108; II.-3:201 - II.-3:202; ч. 2 ст. II.-3:301; ч.1-2 ст. II.-3:302; ст. II.-4:101 - II.-4:211) та їх конкретизації або формулювання спеціальних правил в окремих договірних конструкціях (наприклад, ст. IV.C.-2:102; IV.E.-4:102). У межах першого блоку також визначаються загальні можливості та засоби правового захисту добросовісної сторони та міри відповідальності (ст. II. - 3:109; ч.3 ст. II. - 3:301; ч. 3-4 ст. II. - 3:302; II.-3:501; ч.5 ст. IV.C. - 2:102), які становлять спеціальний негативний рівень правової регламентації. Положення другого структурного блоку являють собою загальний негативний рівень правової регламентації, яким конструюються засоби правового захисту добросовісної сторони й міри відповідальності, які є універсальними та визнаними в багатьох національних правопорядках, застосовуються до різних дефектів цивільного обороту, а тому можуть охоплювати й випадки порушень на стадії переговорів. Це правила щодо недійсності правочинів (зокрема, ст. II.-7:201; II.-7:204 - II.-7:205; II.-7:214), наслідків невиконання зобов'язань (зокрема, ст. III.-3:701 - III.-3:705), регулювання недоговірних зобов'язань (ст. VI.-1:101; VI.-1:103; VI.-2:101; VI.-2:204 - VI.-2:205; VI.-2:207; VI.-2:210; VII.-7:102).

48. Зміст ст. II.-3:301 DCFR свідчить про наявність переддоговірного правовідношення, у якому суб'єктивному праву на ведення переговорів кожної сторони, що включає в себе, зокрема, правомочність вимоги належної поведінки, кореспондує суб'єктивний обов'язок добросовісного та чесного ведення переговорів кожною стороною. Така конструкція переддоговірного правовідношення є базовою

й може набувати значних змістовних ускладнень за наявності окремих юридичних фактів, що впливає на видову кваліфікацію переддоговірного правовідношення (наприклад, отримання конфіденційної інформації під час переговорів; переговори по укладенню договору франчайзингу; несення добросовісною стороною витрат перед недобросовісним зривом переговорів другою стороною).

49. Порядок укладення договору, передбачений DCFR, концептуально базується на нормах PECL. Дане твердження є актуальним для: визначення оферти (ст. 2:201 PECL та ст. II.–4:201 DCFR); набуття офертою чинності (ч. 2 ст. 1:303 PECL та ч. 3 ст. I.- 1:109 DCFR); відхилення оферти (ст. 2:203 PECL та ст. II.–4:203 DCFR); визначення акцепту (ст. 2:204 PECL та ст. II.–4:204 DCFR); визначення моменту укладення договору (ст. 2:205 PECL та ст. II.–4:205 DCFR); визначення строку для акцепту (ст. 2:206 PECL та ст. II.–4:206 DCFR); визначення акцепту, що містить зміни (ст. 2:208 PECL та ст. II.–4:208 DCFR); правила щодо договорів, які укладаються без оферти та акцепту (ст. 2:211 PECL та ст. II.–4:211 DCFR).

50. Порядок укладення договору, передбачений CESL, характеризується особливою сферою дії та спеціальними передумовами застосування. Правила CESL розроблені для учасників виключно транскордонних договорів B2B та B2C. Торговець обов'язково має належати до SME. Договір про вибір CESL має передувати основному договору. При цьому зміст переважної більшості статей CESL щодо укладення договору сформовано на основі нормотворчих підходів, використаних розробниками DCFR з одночасним кореспондуванням правилам PECL. Так, ст. 33 узгоджується зі ст. 2:203 PECL та ст. II. – 4:203 DCFR (“Відхилення оферти”); ст. 34 - зі ст. 2:204 PECL та ст. II. – 4:204 DCFR (“Акцепт”); ст. 35 – зі ст. 2:205 PECL та ст. II. – 4:205 DCFR (“Момент укладення договору”); ст. 36 – зі ст. 2:206 PECL та ст. II. – 4:206 DCFR (“Строк для акцепту”); ст. 37 – зі ст. 2:207 PECL та ст. II. – 4:207 DCFR (“Запізнілий акцепт”); ст. 39 – зі ст. 2:209 PECL та ст. II. – 4:209 DCFR (“Конфлікт стандартних умов”).

51. Норми PECL, DCFR та CESL призначені для реалізації в умовах розвинутої ринкової економіки з низьким рівнем національного протекціонізму та

домінантою великого капіталу. Вектор правової політики, означений в проектах, не може не враховувати активність європейського споживача, який потребує захисту в умовах потужних транснаціональних монополій. Механічне та суцільне копіювання елементів механізмів укладення договору для використання в ЦКУ не вбачається методологічно та практично вірним. Це пояснюється, по-перше, складним синтезом континентальної та англо-американської правових традицій в кожному з інструментів. Такий підхід не є характерним для ЦКУ. По-друге, практичний стан переддоговірних відносин в Україні, у порівнянні з західноєвропейським досвідом, засвідчує передчасність пристосування значної кількості правил PECL, DCFR та CESL, розрахованих на високий рівень правової та ділової культури учасників переговорних процедур. Модель укладення договору, закріплена в ЦКУ, у цілому є дієвою та узгоджується з потребами практики.

52. Пропонуємо доповнити: а) ст. 641 ЦКУ частиною 4 наступного змісту: “Повідомлення про оферту, повідомлення про відкликання оферти, повідомлення про відкликання відхилення оферти, вважається одержаним адресатом, коли: 1) воно доставлено адресату; 2) воно доставлено за адресою юридичної особи адресата або за адресою місця постійного проживання фізичної особи або фізичної особи-підприємця, якщо юридична особа відсутня або повідомлення не пов’язані з підприємницькою діяльністю; 3) повідомлення, відправлені в електронній формі, стали доступними для адресата; 4) в інших випадках – коли повідомлення стає доступним для адресата в такому місці й у такий спосіб, які розумно припускаються адресатом для отримання доступу до повідомлення без невиправданої затримки”;

б) ст. 642 ЦКУ частиною 4 наступного змісту: “Момент одержання повідомлення про акцепт та повідомлення про відкликання акцепту визначається за правилами, установленими в ч. 4 ст. 641 цього Кодексу”.

Важливість таких доповнень, на нашу думку, обумовлюється, по-перше, відсутністю конкретизації моменту одержання адресатом відповідних повідомлень в ЦКУ; по-друге, визнанням правочинної природи дій, які повідомляються, а отже, й потребою вирішення питання про виникнення дійсності правочинів. Основою для

формулювання пропозицій є ст. 1:303 PECL; ст. I.-1:109, ч. 2 ст. II.-1:101, ч. 2 ст. II.-1:103 DCFR; ст. 10 CESL та доктринальні тлумачення названих статей.

Доповнити: ч. 1 ст. 642 ЦКУ другим абзацом наступного змісту: “Мовчання не є акцептом, якщо інше не встановлено законом, домовленістю сторін або не впливає зі звичаю ділового обороту, попередніх переговорів, усталеної практики відносин між сторонами”. Основою для формулювання пропозиції є ч. 2 ст. 2:204 PECL; ч. 2 ст. II.- 4:204 DCFR; ч. 2 ст. 34 CESL, ч. 2 ст. 438 ЦК РФ та наукові коментарі до названих статей. Слід ураховувати факт визнання законодавцем за мовчанням якості акцепту (наприклад, ч. 4 ст. 672, ст. 764 ЦКУ).

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. А.А. Волос Свобода договора в праве зарубежных государств: некоторые аспекты // Евразийская адвокатура, 2014. - №3 (10). - С. 70-73. [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://cyberleninka.ru/article/n/svoboda-dogovora-v-prave-zarubezhnyh-gosudarstv-nekotorye-aspekty> (Дата звернення: 21.08.2015).
2. Агарков М.М. Избранные труды по гражданскому праву. / М.М. Агарков. В 2-х томах. Т. 2 - М.: АО "Центр ЮрИнфоР", 2002. – 452 с.
3. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Ученые труды ВИЮН. Вып. 3 / Агарков М.М. - М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. – 192 с.
4. Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма / Александров Н.Г. - М.: Госюриздат, 1961. - 271 с.
5. Алексашина Ю. Договір як елемент підсистеми соціального саморегулювання // Підприємництво, господарство і право : науково-практичний, господарсько-правовий журнал / Наук.-дослід. ін-т приватного права і підприємництва НАПрН України ; ТОВ "Гарантія". – Київ, 2012. – № 11 (203). – С. 33-35.
6. Алексашина Ю.Б. Договір в приватному праві як регулятор суспільних відносин : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Алексашина Юлія Борисівна ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – Київ, 2012. – 20 с.
7. Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве / С.С. Алексеев. – Москва, 1966. – 188 с.
8. Алексеев С.С. Общая теория права / С.С. Алексеев. – Москва: Юридическая литература Т.2. – 1982. – 360 с.
9. Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве / Алексеев С.С.; Ред.: Плеханова Л.А. - М.: Юрид. лит., 1989. – 288 с.

10. Алексеев С.С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования / Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 т. [+ Справоч. том]. Том 1: Гражданское право: Сочинения 1958–1970 годов. – М.: Статут, 2010. – С. 464-475.
11. Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 т. [+ Справоч. том]. Том 6: Восхождение к праву. – М.: Статут, 2010. – 558 с.
12. Ананьев А.Г., Яковлев С.П. К вопросу о понятии предложения заключить договор (оферты) и его правовой природе по действующему праву // Вопросы современной юриспруденции: сборник статей по материалам XXXI международной научно-практической конференции. - Новосибирск: СибАК, 2013, № 11 (31). - С. 64-72. [Электронный ресурс] – режим доступа: <http://cyberleninka.ru/article/n/k-voprosu-o-ponyatii-predlozheniya-zaklyuchit-dogovor-oferty-i-ego-pravovoy-prirode-po-deystvuyuschemu-pravu> (Дата звернення: 06.04.2016).
13. Аномалії в цивільному праві України: Навч.-практ. посібник. - 2-ге вид., перероб. та доп. / за заг. ред. Р.А. Майданика. - К.: Юстініан, 2010. – 1008 с. (Серія «Аномалії цивільного права»).
14. Ахаимова Е. А. Реализация Принципов европейского договорного права в зарубежном законодательстве : Автореф...канд.юрид.наук:12.00.03 / Ахаимова Е. А.; - М., 2009. – 28 с.
15. Бабаев Алексей Борисович Проблема вторичных прав в российской цивилистике: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук: специальность 12.00.03 / Бабаев Алексей Борисович; МГУ имени М.В. Ломоносова. - Москва, 2006. – 22 с.
16. Базедов Ю. Свобода договоров в Европейском Союзе / Ю. Базедов// Право. Журнал Высшей Школы Экономики. – 2011. - №2. – С. 88-107.
17. Байгушева Ю.В., Крашенинников Е.А. Заключение договора // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. - М.: Закон, 2013, № 5. - С. 60-104.

18. Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции /И.В. Бекленищева - М.: Статут, 2006. – 204 с.
19. Белінський Є.Ю. Переддоговірна відповідальність як вид юридичної відповідальності // Порівняльно-аналітичне право. - № 8. – 2014. [Електронний ресурс] – режим доступу : http://pap.in.ua/8_2014/15.pdf (Дата звернення: 31.08.2016).
20. Белов В. К вопросу о соотношении понятий обязательства и договора / В. Белов // Вестник гражданского права. — 2007. — № 4. — С. 239-258.
21. Белов, В. А. Гражданское право. В 4 т. Т. II. Общая часть. В 2 кн. Книга 2. Факты : учебник для академического бакалавриата и магистратуры / В. А. Белов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Издательство Юрайт, 2016. — 497 с. — Серия : Бакалавр и магистр. Академический курс.
22. Белов, В. А. Гражданское право. В 4 т. Т. II. Общая часть. В 2 кн. Книга 1. Лица, блага : учебник для академического бакалавриата и магистратуры / В. А. Белов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Издательство Юрайт, 2016. — 453 с. — Серия : Бакалавр и магистр. Академический курс.
23. Белов, В. А. Гражданское право. В 4 т. Т. IV. Особенная часть. Относительные гражданско-правовые формы. В 2 кн. Книга 2. Иные (не являющиеся обязательствами) гражданско-правовые формы : учебник для академического бакалавриата и магистратуры / В. А. Белов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Издательство Юрайт, 2016. — 403 с. — Серия : Бакалавр и магистр. Академический курс.
24. Белов, В. А. Гражданское право. Т. I. Общая часть. Введение в гражданское право : учебник для бакалавриата и магистратуры / В. А. Белов. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Издательство Юрайт, 2016. — 622 с. — Серия : Бакалавр и магистр. Академический курс.
25. Белов, В. А. Международное торговое право и право ВТО. Понятие и источники. Обычай. Международные договоры : учебник для бакалавриата

- и магистратуры / В. А. Белов. — М. : Издательство Юрайт, 2014. — 935 с. — Серия : Бакалавр и магистр. Академический курс.
26. Белькова Е.Г. Понятие и сущность правоспособности // Известия Иркутской государственной экономической академии. — 2006. — № 5 (50) — С. 54-59.
27. Бервено С.М. Проблеми договірного права України: Монографія. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — 360 с.
28. Беспалова А.И. Возникновение договорных обязательств на основе актов планирования. : Автореф... Канд.юрид.наук: / Беспалова А.И.; Моск.юрид.ин-т. — М, 1952. — 17 л.
29. Богданов В.В. Преддоговорные правоотношения в российском гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2011 — 155 с.
30. Богданов Д.Е. Правовая природа преддоговорной ответственности в российском и зарубежном праве // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016, № 1. - С. 33-39.
31. Бородовський С. Проблеми одностороннього правочину // Вісник Академії правових наук України : збірник наукових праць / Президія Академії правових наук України. — Харків, 2010. — № 3 (62). — С. 178-184.
32. Бородовський С.О. Правочиноздатність фізичної особи як елемент її правосуб'єктності // Вісник господарського судочинства / Вищий господарський суд України. — Київ, 2011. — № 4. — С. 128-133.
33. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. — М.: Статут, 2000. — 848 с.
34. Братусь С.Н. Субъекты гражданского права / Братусь С.Н. - М.: Госюриздат, 1950. — 367 с.
35. В.А. Белов Проект Общеввропейского закона о продажах (Common European Sales Law [CESL]): вводный комментарий и русский перевод. // Коммерческое право. 2014. № 1(14). - С. 113-209.

36. В.А.Белов Гражданское право. Общая и особенная части: Учебник. - М.: АО "Центр ЮрИнфоР", 2003. – 960 с.
37. Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве / Веберс Я.Р. - Рига: Зинатне, 1976. – 231 с.
38. Відповідальність у приватному праві: монографія / [І. Безклубий, Н. Кузнецова, Р. Майданик та ін.]; за заг. ред. І. Безклубого ; К.: Грамота, 2014.– 416 с.
39. Власова А.В. Структура субъективного гражданского права: дисс. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 1998 – 150 с.
40. Волков А.В. Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики / А.В. Волков. — М. : Волтерс Клувер, 2009. —464 с.
41. Волков А.В. Принцип недопустимости злоупотребления гражданскими правами в законодательстве и судебной практике (Анализ более 250 судебных дел о злоупотреблении правом) / А.В. Волков. — М. : Волтерс Клувер, 2010. — 960 с.
42. Г.Н. Давыдова Юридические процедуры заключения, изменения и расторжения гражданско-правового договора // Актуальные проблемы экономики и права. 2011. № 2. - С. 176-179.
43. Г.Ф. Дормидонтов Система римского права / Общая часть / [Соч.] Заслуж. проф. Имп. Казан. ун-та Г.Ф. Дормидонтова Казань: Студенч. изд., 1910. [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://www.allpravo.ru/library/doc2527p0/instrum4145/print4243.html> (Дата звернення: 25.08.2015).
44. Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор / Гавзе Ф.И. - М.: Юрид. лит., 1972. – 168 с.
45. Гайдулін О. Основні напрями "європеїзації" контрактного права та перспективи приєднання до неї України // Юридичний журнал : аналітичні матеріали, коментарі, судова практика / МОН України; НПУ ім. Драгоманова; Ін-т політології та ін. – Київ, 2008. – № 11 (77). – С. 64-74.

46. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть (лекции, читанные в Московском университете). - Москва, литография Общ. распр. п. кн., 1897-1898 г. – 766 с.
47. Гницевич К.В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве (*culpa in contrahendo*): дисс. ... канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2009 – 209 с.
48. Гницевич К.В. Учение о *culpa in contrahendo* в немецкой цивилистике второй половины XIX века // *Diritto @ Storia*. №5 - 2006. [Электронный ресурс] – режим доступа: <http://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Gnitsevich-Culpa-in-contrahendo-rus.htm> (Дата звернення: 20.01.2016).
49. Годэмэ Е. Общая теория обязательств. Перевод с французского / Годэмэ Е.; Пер.: Новицкий И.Б. - М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 511 с.
50. Гонгало Б. Відоме про договір / Б. Гонгало, П. Крашенінніков // *Право України* : юридичний журнал. Науково-практичне фахове видання / Національна академія правових наук України; Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України. – Київ, 2012. – № 9. – С. 66-77.
51. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV. [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15> (Дата звернення: 7.09.2016).
52. Гражданский кодекс РФ (ГК РФ) от 30.11.1994 N 51-ФЗ - Часть 1 – [Электронный ресурс] – режим доступа : http://www.consultant.ru/popular/gkrf1/5_82.html (Дата звернення: 08.09.2015).
53. Гражданское право. В 3-х томах. Том I / Под ред. Сергеева А.П., Толстого Ю.К. 4-е изд., перераб. и доп. - М.: Проспект, 2005. – 765 с.
54. Гражданское право: учеб. / С. С. Алексеев, Б. М. Гонгало, Д. В. Мурзин [и др.]; под общ. ред. чл.-корр. РАН С. С. Алексеева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Проспект; Екатеринбург; Институт частного права, 2009. – 528 с.

55. Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому уложению: Перевод с немецкого / Бергманн В.. - 3-е изд., перераб. - М.: Волтерс Клувер, 2008. - С.144-145. – [Электронный ресурс] – режим доступа :
<https://books.google.ru/books?id=RUVV5KCkf4oC&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false> (Дата звернення: 17.08.2015).
56. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав / Грибанов В.П.; Науч. ред.: Ем В.С.; Редкол.: Козлова Н.В., Корнеев С.М., Кулагина Е.В., Панкратов П.А. . - 2-е изд., стереотип. - М.: Статут, 2001. – 411 с.
57. Гримм Д.Д. Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права. Прологомены к общей теории гражданского права. Т. 1 / Гримм Д.Д. - С.-Пб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1900. – 320 с.
58. Гуревич Г.С. Санкции за нарушение планово-договорных обязательств в народном хозяйстве / Г.С. Гуревич. – Минск, 1976. – 160 с.
59. Д.Е. Богданов Анализ правовых подходов к возмещению чистых экономических потерь в зарубежном праве // Журнал российского права. - М.: Норма, 2012, № 3 (183). - С. 82-91.
60. Д.Е. Богданов Пределы деликтной ответственности в российском и зарубежном праве // Журнал российского права. - М.: Норма, 2011, № 7 (175). - С. 69-78.
61. Дернбург Г. Пандекты: Общая часть. Перевод с немецкого. Т. 1 / Дернбург Г.; Под ред.: Соколовский П.; Пер.: Фон Рехенберг Г. - М.: Унив. тип., 1906. – 481 с.
62. Діковська І. Принципи права у проєкті Спільних підходів (DCFR) // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – Київ, 2012.–С.43-45.- (Юридичні науки ; Вип. 93).

63. Діковська І.А. Міжнародні комерційні контракти: колізійне та матеріально-правове регулювання: Навч. посібн. / І.А. Діковська. – К.: Алерта, 2016. – 322 с.
64. Діковська І.А. Принципи правового регулювання міжнародних приватних договірних зобов'язань: монографія / І.А. Діковська. – К. : Юрінком Інтер, 2014. – 462 с.
65. Діковська І.А. Співпраця – обов'язок сторін міжнародного приватноправового договору // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція. – Випуск 6-1. Том. 2. – 2013. – С. 218-220.
66. Договір як універсальна правова конструкція : монографія / А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін. ; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. - Х. : Право, 2012. - 432 с. - (Серія «Харківська правова школа»).
67. Дубовик О.І. Переддоговірна відповідальність в цивільному праві // Часопис Академії адвокатури України. - № 13. - 4'2011. – С. 1-3.
68. Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2: Учение о вещах. Учение о юридической сделке / Под редакцией и с предисловием В.А. Томсинова. М.: Зерцало – М, 2015. – 320 с. (серия “Русское юридическое наследие”).
69. Дякович М. Цивільно-правові проблеми укладення попереднього договору // Юридичний радник : журнал юристів України / Юридично-видавниче приватне підприємство "Страйд". – Харків, 2008. – № 4. – С. 59-63.
70. Егоров Н.Д. К вопросу о понятии обязательства / Н.Д. Егоров // Сборник статей к 55-летию Е.А. Крашенинникова : сб. науч. тр. / отв. ред. П.А. Варул; Яросл. гос. ун-т – Ярославль: ЯрГУ, 2006. – С. 36-49.
71. Егоров Ю.П. Видовая дифференциация сделок // Вестник Оренбургского государственного университета. 2004. № 9. - С. 18-24.
72. Егоров Ю.П. Волевой процесс в сделке // Российский юридический журнал. - 2004. - №4. - С. 85-91.

73. Егоров Ю.П. Классификация сделок // Вестник Омского университета. Серия: Право. 2008. № 3 (16). - С. 100-111.
74. Егоров Ю.П. Правовой режим сделок как средств индивидуального регулирования. / Ю.П. Егоров — Новосибирск: Наука, 2004. — 364 с.
75. Ем В.С. Категория обязанности в советском гражданском праве: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 1981 — 209 с.
76. Ершов Ю.Л. Принцип свободы договора и его реализация в гражданском праве Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2001 — 170 с.
77. Жевняк О. В. Пределы свободы договора при заключении договоров возмездного оказания услуг / О. В. Жевняк // Устойчивое развитие российских регионов: экономическая политика в условиях внешних и внутренних шоков : сборник материалов XII международной научно-практической конференции, г. Екатеринбург, 17-18 апреля 2015 г. — Екатеринбург : [УрФУ], 2015. — С. 36-51.
78. Закон України “Про авторське право і суміжні права” від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ. [Електронний ресурс] — режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3792-12> (Дата звернення: 7.09.2016).
79. Закон України “Про акціонерні товариства” від 17.09.2008 р. № 514-VI. [Електронний ресурс] — режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/514-17> (Дата звернення: 7.09.2016).
80. Закон України “Про захист від недобросовісної конкуренції” від 07.06.1996 р. № 236/96-ВР. [Електронний ресурс] — режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/236/96-вр> (Дата звернення: 7.09.2016).
81. Закон України “Про захист прав споживачів” від 12.05.1991 р. № 1023-ХІІ. [Електронний ресурс] — режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1023-12> (Дата звернення: 7.09.2016).

82. Закон України “Про іпотеку” від 05.06.2003 р. № 898-IV. [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/898-15> (Дата звернення: 7.09.2016).
83. Закон України “Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)” від 06.03.1992 р. № 2171-XII. [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2171-12> (Дата звернення: 7.09.2016).
84. Закон України “Про публічні закупівлі” від 25.12.2015 р. № 922-VIII. [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/922-19> (Дата звернення: 7.09.2016).
85. Закон України “Про товарну біржу” від 10.12.1991 р. № 1956-XII. [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1956-12> (Дата звернення: 7.09.2016).
86. Заочне рішення Київського районного суду м. Харкова у справі № 640/10813/13-ц від 11.02.2014 р. [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37777249> (Дата звернення: 30.08.2015).
87. Заочне рішення Київського районного суду м. Харкова Києва у справі № 640/10384/14-ц від 24.09.2014 р. [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40691722> (Дата звернення: 20.08.2015).
88. Заочне рішення Центрального районного суду м. Миколаєва у справі № 490/9909/13-ц від 3.02.2014 р. [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37231292> (Дата звернення: 21.08.2015).
89. Зейналова Р.А. Преддоговорные отношения в контексте признания договора незаключенным // Сибирский юридический вестник. 2015. № 2. - С. 32-28.

- 90.Зобов'язальне право: теорія і практика. Навч. посібн. для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / О.В. Дзера, Н.С. Кузнецова, В.В. Луць та інші; За ред. О.В. Дзери. - К.: Юрінком Інтер, 1998. – 912 с.
- 91.Иеринг Р. *Culpa in contrahendo*, или возмещение убытков при недействительности или незаключенности договоров; переклад М.Б. Жужжалова // Вестник гражданского права. – 2013. - №3. – С. 190-266.
- 92.Илларионова Т.И. Начала диспозитивности и императивности в гражданско-правовом договоре / Илларионова Т.И. // Гражданско-правовой договор и его функции. Межвузовский сборник научных трудов / Редкол.: Верб С.А., Кириллова М.Я., Красавчиков О.А. (Отв. ред.), Крылова З.Г., Михайлов С.Г., Свердлов Г.А., Семякин М.Н. - Свердловск, 1980. – С. 45-52.
- 93.Иоффе О. С. Обязательственное право. / О.С. Иоффе. – М.: Юридическая литература. 1975. – 880 с.
- 94.Иоффе О.С. Вопросы теории права / О.С. Иоффе, М.Д. Шаргородский. – Москва : Госиздат юрид. лит-ры, 1961. – 381 с.
- 95.Иоффе О.С. План и договор в социалистическом хозяйстве / О.С. Иоффе; Всес. НИИ советского законодательства. – Москва : Юридическая литература, 1971. – 216 с.
- 96.Иоффе О.С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / О.С. Иоффе : ЛГУ имени А.А. Жданова. – Ленинград : Ленинградский университет, 1949. – 143 с.
- 97.Інформаційний лист Вищого господарського суду України N 01-8/211 від 07.04.2008 р. “Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України” [Електронний ресурс] – режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/ru_v_211600-08/page2 (Дата звернення: 20.10.2015).

- 98.К. Скіданов Поняття волі та волевиявлення і їх правове значення для вчинення правочинів / К. Скіданов // Вісник Академії правових наук України . – 10/2011 . – №4 . – С. 240-247.
- 99.К.В. Гнищевич Доктрина culpa in contrahendo в судебной практике Германии начала XX века Статья 1 //Ленинградский юридический журнал, 2008. - №4. С. 123-135. [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://cyberleninka.ru/article/n/doktrina-culpa-in-contrahendo-v-sudebnoy-praktike-germanii-nachala-xx-veka-statya-1> (Дата звернення: 16.01.2016).
100. К.В. Гнищевич Доктрина culpa in contrahendo в судебной практике Германии начала XX века Статья 2 //Ленинградский юридический журнал, 2009. - №3. С.148-162. [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://cyberleninka.ru/article/n/doktrina-culpa-in-contrahendo-v-sudebnoy-praktike-germanii-nachala-xx-veka-statya-2> (Дата звернення: 28.08.2015).
101. К.В. Севрюгин Преддоговорная ответственность в гражданском праве Российской Федерации // Вестник Челябинского государственного университета. Право, 2009. - Вып. 21. - С.59-60. [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://cyberleninka.ru/article/n/preddogovornaya-otvetstvennost-v-grazhdanskom-prave-rossiyskoj-federatsii> (Дата звернення: 31.08.2015).
102. Казанцев М.Ф. Гражданско-правовое договорное регулирование в системе правового регулирования // Научный ежегодник Института философии и права УрО РАН.– Екатеринбург, 2011.– 2011 Вып. 11.– С. 437-447.
103. Казанцев М.Ф. К вопросу об общей теории правового договора / М.Ф. Казанцев // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской Академии наук. - Екатеринбург: Изд-во УрО РАН, 1999, Вып. 1. - С. 179-196.
104. Казанцев М.Ф. Понимание гражданско-правового договора: традиционные взгляды и новые подходы / М.Ф. Казанцев // Научный

- ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской Академии наук. - Екатеринбург: УрО РАН, 2002, Вып. 3. - С. 257-282.
105. Казанцев М.Ф. Свобода гражданско-правового договорного регулирования как проявление свободы договора // Пробелы в российском законодательстве. Юридический журнал, 2008. –№ 1.– С. 142-144. [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://cyberleninka.ru/article/n/svoboda-grazhdansko-pravovogo-dogovornogo-regulirovaniya-kak-proyavlenie-svobody-dogovora> (Дата звернення: 17.05.2016).
106. Камышанский В.П., Коршунов Н.М., Иванов В.И. (ред.) Гражданское право. В 2 ч. Ч. 1 Учебник для студентов вузов, обучающихся по направлению «Юриспруденция» — М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2012. —543 с. — (Серия «Юриспруденция для бакалавров»).
107. Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права / С предисл. А. Малицкого. - Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1928. – 309 с.
108. Карапетов А.Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. - М.: Закон, 2010, № 4. - С. 6-69.
109. Карапетов А.Г. Политика и догматика гражданского права: исторический очерк // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. - М.: Закон, 2010, № 5. - С. 6-56.
110. Карапетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. - М.: Закон, 2009, № 11. - С. 100-133.
111. Карапетов А.Г. Экономические основания принципа свободы договора // Вестник гражданского права. - М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2012, Т. 12 № 3. - С. 66-154.

112. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т.2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. - М.: Статут, 2012. – 453 с.
113. Каримов М.Р. Роль предварительного договора в формировании договорных условий участников гражданского оборота : дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2002 – 169 с.
114. Кашанина Т.В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере // Советское государство и право. - М.: Наука, 1992, № 1. - С. 122-130.
115. Квіт Н.М. Переддоговірна відповідальність або «culpa in contrahendo» як перспектива для України // Право і суспільство. - № 1 –2015.- С. 80-86.
116. Кетц Х., Лоран Ф. Введение в обязательственное право // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии: Пер. с нем. – М.: БЕК, 2001. – 336 с.
117. Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе / Кечекьян С.Ф.; Отв. ред.: Строгович М.С. - М.: Изд-во АН СССР, 1958. – 187 с.
118. Киевец Е., Ворошилова И., Мовчан Ю. DCFR: Lost in Translation, или Трудности Перевода // Частное право : научный журнал / Редакция журнала "Право Украины". – Киев, 2013. – № 1. – С. 271-278.
119. Колінчук Х. Г. Зловживання суб'єктивним правом на вільне укладання договору / Колінчук Х. Г. // Наукові записки НаУКМА. - 2012. - Т. 129: Юридичні науки. - С. 113-117.
120. Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. – 208 с.
121. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 3 Т. Т. 1. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, Части первой (постатейный) / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. – М.: Юрайт-Издат, 2007. – 1060 с.

122. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141 (із внесеними змінами і доповненнями). [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр> (Дата звернення: 7.09.2016).
123. Корбань В. Правове регулювання спонукання до укладення договору // Право України. – 2001. – № 1. – С. 42-44.
124. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права /Н. М. Коркунов; [сост., автор вступ. ст., коммент. А. Н. Медушевский]. — М.: Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2010. — 520 с. — (Библиотека отечественной общественной мысли с древнейших времен до начала XX века).
125. Корпоративне управління: Монографія / І. Спасибо-Фатєєва, О. Кібенко, В. Борисова; За ред. проф. І. Спасибо-Фатєєвої. – Х.: Право, 2007. – 500 с.
126. Кохановская Е.В. Гражданско-правовые проблемы предоставления покупателю информации о товаре, предлагаемом для продажи. Альманах цивилистики: Сборник статей. Вып. 5 / Под. ред. Р.А. Майданика. – К.: Алерта, 2012. – С. 312-321.
127. Кохановська О. Інформація та захист інформаційних прав в умовах інформаційного суспільства // Українське комерційне право : Науково-практичний журнал / Центр комерційного права. – Київ, 2007. – № 8 : Захист прав суб'єктів підприємницької діяльності. – С. 28-38.
128. Кохановська О.В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві : Монографія. - К.; Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2006. – 463 с.
129. Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения // Антология уральской цивилистики, 1925 - 1989. Сборник статей. - М.: Статут, 2001. - С. 156-165.
130. Красавчиков О.А. Гражданско - правовой договор: понятие, содержание и функции. / О.А. Красавчиков // Гражданско-правовой договор и его

- функции / Межвузовский сборник научных трудов отв. ред. О.А. Красавчиков . - Свердловск, УргУ, 1980. – С. 3-20.
131. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. / О.А. Красавчиков - М.: Госюриздат, 1958. – 183 с.
132. Крашенинников Е.А. Составные части договорных волеизъявлений // Очерки по торговому права: Сборник научных трудов. - Ярославль: ЯрГУ, 2012, Вып. 19. - С. 32-43.
133. Крашенинников Е.А. Фактический состав сделки // Очерки по торговому праву. Сборник научных трудов . - Ярославль: ЯрГУ, 2004, Вып. 11. - С. 5-10.
134. Кузнецова Н. Развитие гражданского общества и современное частное право Украины // Частное право : научный журнал / Редакция журнала "Право Украины". – Киев, 2013. – № 1. – С. 52-66.
135. Кузнецова Н.В. Свобода договора и проблема классификации ее ограничений в гражданском праве Российской Федерации / Н.В. Кузнецова // Вестник Удмуртского Университета. Экономика и Право. – 2011. –Вып. 2. – С. 89-93.
136. Кузнецова Н.С. Гражданско-правовая ответственность: понятия, условия, механизм применения // Альманах цивилистики: Сборник статей . Вып. 3. / Под ред. Р.А. Майданика – К.: Алерта; КНТ; Центр учебной литературы, 2010. – С. 30-48.
137. Кузнецова Н. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин // Право України : юридичний журнал. Науково-практичне фахове видання / Національна академія правових наук України; Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України. – Київ, 2012. – № 9. – С. 12-18.
138. Кузнецова Н. Принципи сучасного зобов'язального права України // Українське комерційне право : науково-практичний журнал / Центр

- комерційного права. – Київ, 2003. – № 4 : Зобов'язальне право в Україні. – С. 9-17.
139. Кузнецова Н. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації / Н. Кузнецова, А. Довгерт // Право України : юридичний журнал : науково-практичне фахове видання / Нац. акад. правових наук України ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України ; Нац. юрид. ун-т ім. Я. Мудрого ; Конституційний Суд України [та ін.]. – Київ, 2014. – № 2. – С. 9-24.
140. Курмашев Н.В. Учение о воле в юридической сделке в советской и современной российской цивилистической науке // Вестник гражданского права. Научный журнал. - М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2007, № 1: Т. 7. - С. 67-83.
141. Кучер А.Н. Заключение договора в соответствии с Венской Конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2002 – 163 с.
142. Кучер А.Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект / Кучер А.Н. - М.: Статут, 2005. – 363 с.
143. Луць А.В. Свобода договору в цивільному праві України : Автореф...канд.юрид.наук:12.00.03 / Луць А.В.;КНУТШ. – Київ, 2001. – 18 с. – Бібліогр.: с.16.
144. Луць В. Договір як регулятор цивільних відносин // Право України : юридичний журнал. Науково-практичне фахове видання / Національна академія правових наук України; Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України. – Київ, 2012. – № 9. – С. 19-25.
145. Луць В.В. К вопросу о сущности и содержании гражданско-правового договора / В.В. Луць // Частное право: научный журнал. – 2013.- № 1. – С.124-135.

146. М. В. Кратенко Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты: монография / М.В. Кратенко. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 208 с.
147. М. Сібільов Цивільно-правовий договір в механізмі правового регулювання суспільних відносин в сфері приватного права / М. Сібільов // Юридический вестник = Юридичний вісник = Law Herald : Научно-публицистический журнал . – 07/2002 . – №3 . – С. 105-109.
148. М.А. Егорова Преддоговорная ответственность как инновационный институт российского гражданского права // Коммерческое право. 2015. № 2 (17). - С. 118-126.
149. Магазинер Я.М. Избранные труды по общей теории права / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.К. Кравцов. - СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – 352 с.
150. Майданик Н. Переддоговірні відносини у цивільному праві України: поняття, природа, реалізація // Підприємництво, господарство і право : науково-практичний, господарсько-правовий журнал/ Ін-т приватного права і підпр-ва АПрН України та інш. – Київ, 2008. – № 1. – С. 58-61.
151. Майданик Н.И. Преддоговорная ответственность в гражданском праве Украины // Альманах цивилистики: Сборник статей . Вып. 1. / Под ред. Р.А. Майданика – К.: Правова єдність, 2008. – С. 92-117.
152. Майданик Р. Джерела цивільного права України: поняття, система, види // Право України : юридичний журнал : науково-практичне фахове вид. / Нац. акад. правових наук України ; Конституційний Суд України [та ін.]. – Київ, 2013. – № 5. – С. 294-309.
153. Манигк А. Развитие и критика учения о волеизъявлении (часть 2) // Вестник гражданского права. - М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2009, Т. 9 № 1. - С. 224-250.

154. Манигк А. Развитие и критика учения о волеизъявлении (часть 4) // Вестник гражданского права. - М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2009, Т. 9 № 3. - С. 235-253.
155. Манигк А. Развитие и критика учения о волеизъявлении // Вестник гражданского права. - М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2008, Т. 8 № 4. - С. 192-215.
156. Манигк А. Развитие и критика учения о волеизъявления (часть 3) // Вестник гражданского права. - М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2009, Т. 9 № 2. - С. 231-260.
157. Мария Кокорина Опционный договор в немецком праве и англо-американском праве. [Электронный ресурс] – режим доступа : http://www.m-logos.ru/img/Spravka_opcionnii_dogovor_Kokorina_M_09042015.pdf (Дата звернення: 21.08.2015).
158. Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие.- М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 760 с.
159. Мельниченко Р.В. «Свобода договору» в динаміці цивільних договірних правовідносин // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: «Право». – №32. Том. 2. - 2015. – С. 49 - 53.
160. Минникес И.А. О договорном индивидуальном правовом регулировании // Академический юридический журнал. - Иркутск, 2008, № 4 (34). - С.9-13.
161. Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. – М.: Статут, 2013. – 989 с.
162. Муравский В.А. Роль индивидуальных норм в образовании актуального права // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской Академии наук. - Екатеринбург: УрО РАН, 2002, Вып. 3. - С. 283-303.
163. Н.К. Ренненкампф Очерки юридической энциклопедии. Изд. 2-е, исп. и доп. Издание Н.Я. Оглобина. - Киев, 1880. – 282 с.

164. Н.Ю. Паньч К вопросу об информационной обязанности страховщика в немецком и украинском праве. Альманах цивилистики: Сборник статей. Вып. 6 / Под. ред. Р.А. Майданика. – К.: Алерта, 2015. – С. 253-264.
165. Наказ Фонду державного майна України №439 від 02.04.2012 р. “Про затвердження Порядку продажу об’єктів малої приватизації шляхом викупу, на аукціоні (в тому числі за методом зниження ціни, без оголошення ціни), за конкурсом з відкритістю пропонування ціни за принципом аукціону” [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0753-12> (Дата звернення: 7.09.2016).
166. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / [Н.С. Кузнецова та ін.] ; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – 5-те вид., переробл. і допов. – Київ : Юрінком Інтер. – Т. 2. – 2013. – 1117, [1] с.
167. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / [Н.С. Кузнецова та ін.] ; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, В.В. Луця. – 5-те вид., переробл. і допов. – Київ : Юрінком Інтер. – Т. 1. – 2013. - 831, [1] с.
168. Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. - М.: Госюриздат, 1954. – 248 с.
169. Овчинникова, К. Д. Преддоговорная ответственность // Законодательство. 2004. № 3. - С. 8–15.
170. Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права). Душанбе: Дониш, 1983. – 256 с.
171. Ольга Плешанова Преддоговорная ответственность – договорная или деликтная? – [Електронний ресурс] – режим доступу : http://zakon.ru/blog/2012/9/27/preddogovornaya_otvetstvennost_-_dogovornaya_ili_delikt_naya (Дата звернення: 18.08.2015).
172. Опейда З. Розкриття інформації про комплекс прав, що передається за договором комерційної концесії // Правничий часопис Донецького

- університету: Науковий журнал / Донецький національний університет. – Донецьк, 2003. – № 1. – С.34-40.
173. Операції з нерухомістю: коментар законодавства, судова практика: наук.-практич. посіб. / Ю.М. Крупка. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 288 с.
174. Осакве К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность и ограничения / К. Осакве/ Журнал российского права. – 2006. - №7. – С. 84-93.
175. П.А. Варул, Л.Я. Халлик Волеизъявление и сделка // Сборник статей к 55-летию Е.А. Крашенинникова: сб. науч. тр. / отв. ред. П.А. Варул; Яросл. гос. ун-т – Ярославль: ЯрГУ, 2006. – С.7-15.
176. Павленко Д. Недобросовісне ведення переговорів та переддоговірна відповідальність у зобов'язальному праві // Підприємництво, господарство і право : Науково-практичний, господарсько-правовий журнал / Ін-т приватного права і підпр-ва АПрН України та інш. – Київ, 2006. – № 10. – С. 20-24.
177. Панов А.А. К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права. - М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2011, Т. 11 № 1. - С. 52-81.
178. Пауль Эртманн О структуре субъективных частных прав // Вестник гражданского права. Научный журнал. - М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2007, № 3: Т. 7. - С. 217-241.
179. Певзнер А.Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 1961 – 242 с.
180. Первомайский О.О. Понятие источника гражданского права в контексте современного правопонимания // Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций : монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2011. – С. 175-190.

181. Первомайський О. До питання про джерела цивільного права // Право України : юридичний журнал / Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України та ін. – Київ, 2001. – № 2. – С. 34-38.
182. Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Часть третья: Договоры и обязательства. – М.: «Статут», 2003. – 622 с. (Классика российской цивилистики).
183. Поваров Ю.С. Сущность и юридическое значение оферты (критический анализ доктринальных подходов) // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5: Юриспруденция, 2014. – № 4 (25). – С. 123-130. [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://cyberleninka.ru/article/n/suschnost-i-yuridicheskoe-znachenie-oferty-kriticheskiy-analiz-doktrinalnyh-podhodov> (Дата звернення: 17.05.2016).
184. Погрібний С. Регулювання договірних відносин у цивільному праві України: співвідношення їх внутрішнього (саморегулювання) і зовнішнього (Державного) регулювання // Право України : юридичний журнал. Науково-практичне фахове видання / Національна академія правових наук України; Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України. – Київ, 2012. – № 9. – С. 26-36.
185. Погрібний С.О. До питання про визначення норми цивільного права // Проблеми законності : академічний збірник наукових праць / Мін. освіти і науки Укр. ; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. – Харків, 2010. – Вип. 109. – С. 84-94.
186. Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія / С.О. Погрібний ; КНУТШ. – Київ : Правова єдність, 2009. – 304 с.
187. Подшивалов Т. Преддоговорная ответственность и совершенствование гражданского законодательства // Право и экономика. – 2010. – № 9. – С. 35-38.

188. Подшивалов Т. Сравнительно-правовая характеристика преддоговорной ответственности // Международное публичное и частное право. – 2011. – № 6 (63) - С. 7-10.
189. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. – Петроград : Изд. юр. кн. скл. "Право" ; [Тип. "Правда"], 1917. – 328 с.
190. Полякевич В.Г. Ответственность за преддоговорные нарушения: дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2007 – 175 с.
191. Поляков А. В. Общая теория права. Курс лекций. — СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2001. — 642 с.
192. Постанова Господарського суду міста Києва по справі № 46/530-б від 10.12.2010 р. [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/12834710> (Дата звернення: 19.08.2015).
193. Постанова Кабінету Міністрів України “Про затвердження розміру, порядку та умов виплати винагороди (роялті) за комерційне використання опублікованих з комерційною метою фонограм, відеограм, їх примірників та зафіксованих у них виконань” від 18.01.2003 р. № 71. [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/71-2003-п> (Дата звернення: 7.09.2016).
194. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 9 від 06.11.2009 р. “Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними” [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09> (Дата звернення: 7.09.2016).
195. Правова доктрина України [Текст] : у 5 т. / Нац. акад. прав. наук України ; редкол. : В. Я. Тацій (голова) та ін. - Харків : Право, 2013. Т. 3 : Доктрина приватного права України / [Н. С. Кузнецова, Є. О. Харитонов, Р. А. Майданик та ін.] ; за заг. ред. Н. С. Кузнецової. - 2013. – 760 с.

196. Правочини. Загальні положення про зобов'язання. Загальні положення про договір. Договірні зобов'язання. У 2-х т. Т.1/ За ред. В.М. Кравчука. – Х.: Фактор, 2011. –1200 с.
197. Преддоговорная ответственность. [Електронний ресурс] – режим доступу: https://ru.wikipedia.org/wiki/Преддоговорная_ответственность (Дата звернення: 16.01.2016).
198. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 /Пер. с англ. А.С. Комарова. – М.: Статут, 2013. – LXXIV - 758 с.
199. Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / [Варламова Н.В. и др.] ; под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – Москва : НОРМА, 2004. – 832 с.
200. Пугинский Б. И. Теория и практика договорного регулирования. / Б.И. Пугинский - М.: ИКД «Зерцало-М», 2008. — 224 с.
201. Пугинский Б. И., Амиров А. Т. Принципы Европейского договорного права: юридическая природа, основные положения и перспективы развития // Коммерческое право. 2011. № 2 (9). - С. 104-114.
202. Пугинский Б. И., Амиров А. Т. Проект Общих основ. Книга I и II. // Коммерческое право. 2012. № 2. - С. 109-187.
203. Райхер В.К. Абсолютные и относительные права. (К проблеме деления хозяйственных прав). В особенности применительно к советскому праву // Вестник гражданского права. Научный журнал. - М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2007, № 2: Т. 7. - С. 144-204.
204. Регельсбергер Ф. Общее учение о праве / Регельсбергер Ф.; Под ред.: Гамбаров Ю.С.; Пер.: Базанов И.А. - М.: Т-во И. Д. Сытина, 1897. – 296 с.
205. Рішення Джанкойського міськрайонного суду Автономної Республіки Криму у справі № 105/3722/13-ц від 24.09.2013 р. [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36218664> (Дата звернення: 18.01.2016).

206. Рішення Московського районного суду м. Харкова у справі № 2027/3631/2012 від 19.06.2012 р. [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25092164> (Дата звернення: 21.08.2015).
207. Рішення Шевченківського районного суду м. Києва у справі № 761/792/14-ц від 10.02.2014 р. [Електронний ресурс] – режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/37627069> (Дата звернення: 19.08.2015).
208. Рожкова М.А. Теории юридических фактов гражданского и процессуального права: понятия, классификации, основы взаимодействия. дисс. ... докт. юрид. наук. Москва, 2010 – 418 с.
209. Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2011. – 958 с.
210. Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. – М.: Статут, 2011. – 1208 с.
211. С. Н. Братусь Предмет и система советского гражданского права, Госюриздат, М., 1963. - 197 с.
212. С.С. Алексеев Предмет советского социалистического гражданского права. – Свердловск, 1959. – 336 с.
213. Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права: В 8 т. Т. II / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012. – 573 с.
214. Савиньи Ф.К. Обязательственное право. Перевод с немецкого / Ф.К. Савиньи; Пер.: Мандро Н., Фукс В.; Предисл.: Попондопуло В.Ф. - С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2004. – 576 с.

215. Сводъ законовъ Россійской имперіи. Томъ десятый. Часть I. Законы гражданскіе. - СПб.: Тип. Второго Отделения Собственной Е.И.В.Канцелярии, 1857.- 604 с.
216. Сейнаровев Б.М. План и договор : Материальное стимулирование. - М.:Юрид. лит., 1989. - 192 с.
217. Серебровский В. И.Избранные труды по наследственному и страховому праву. Изд. 2-е, испр. М.: «Статут», 2003. – 558 с. (Классика российской цивилистики.)
218. Сибільов М.М. Цивільно-правовий договір як регулятор суспільних відносин/М. М. Сибільов //Право України. — 2014. — № 2. — С. 34-44.
219. Синайский В.И. Русское гражданское право : Пособие к изучению Т.Х ч.1 и сенатской практики. – На правах рукописи. – Киев : Типография А.М.Пономарена п.у. И.И.Врублевскаго, 1912. – 427 с.
220. Скакун О.Ф. Теорія права і держави : підручник / О.Ф. Скакун ; МОН України ; Харк. нац. ун-т внутрішніх справ. – 2-ге вид., доп. і перероб. – Київ : Правова єдність, 2010. – 520 с.
221. Скловский К. И. О соотношении договора и обязательства / К. И. Скловский //Вестник гражданского права. - 2013. - № 4. - С. 4-18.
222. Старинец Е. А. О двух типах преддоговорной ответственности // Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: «Юридичні науки». – Вип. 4. Том 1. – 2015. С. 126-130.
223. Старинець К.О. Питання переддоговірної відповідальності в міжнародно-правових уніфікованих документах // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: «Право». – Вип. 33. Том 1. - 2015. – С. 162-165.
224. Судова практика Вищого господарського суду України. Науково-практичний коментар рішень та постанов господарських судів України. – К.: Вищий господарський суд України; Юрінком Інтер, 2014. – 360 с.

225. Т.М. Бикташев Информационные права и обязанности в преддоговорных отношениях с участием потребителей // Ученые записки Казанского университета. Серия Гуманитарные науки, 2008. - №5. Том 150. - С. 108-115.
226. Танага А.Н. Принцип свободы договора в гражданском праве России: дисс. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2001 – 226 с.
227. Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права. - Юрьев, типография К. Маттисена, 1917 г. – 534 с.
228. Теория государства и права. Часть 2. Теория права: Учебник / Под ред. М. Н. Марченко. — М.: Издательство «Зерцало-М», 2011. —336 с.
229. Тихомиров Ю. А. Договор как регулятор общественных отношений //Правоведение. -1990. - № 5. - С. 27 – 35. – [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://law.edu.ru/article/article.asp?articleID=156587> (Дата звернення: 15.02.2016)
230. Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. М.: Формула права, 2008. — 400 с.
231. Тобота Ю.А. Щодо поняття принципу справедливості, добросовісності та розумності у цивільному праві // Вісник господарського судочинства / Вищий господарський суд України. – Київ, 2011. – № 5. – С. 138-146.
232. Толстой Ю.К. К теории правоотношения. / Ю.К. Толстой. – Л., 1959. – 88 с.
233. Томсинова А.В. Понятие "Willenserklärung" (волеизъявление) в Германском гражданском уложении 1900 г. // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. - М.: Изд-во Моск. ун-та, 2012, № 5. - С. 69-83.
234. Третьяков С.В. Некоторые аспекты формирования основных теоретических моделей структуры субъективного частного права // Вестник гражданского права. Научный журнал. - М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2007, № 3: Т. 7. - С. 242-260.

235. Третьяков С.В. Формирование концепции вторичных прав в Германской цивилистической доктрине. (К публикации русского перевода работы Э. Зеккеля "Вторичные права в гражданском праве") // Вестник гражданского права. Научный журнал. - М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2007, № 2: Т. 7. - С. 253-270.
236. Флейшиц Е. Иоффе О.С. Советское гражданское право: Курс лекций. - Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1958. – 510 с.
237. Флейшиц Е.А. Соотношение правоспособности и субъективных прав // Вопросы общей теории советского права. Сборник статей. - М.: Госюриздат, 1960. - С. 255-283.
238. Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении / Р.О. Халфина. – М., 1974. – 351 с.
239. Халфина Р.О. Отв. ред.: Можейко В.Н. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. / Р.О. Халфина. - М.: Изд-во АН СССР, 1954. – 240 с.
240. Цивільний кодекс Республіки Білорусь від 7.12.1998 р. [Електронний ресурс] – режим доступу : http://etalonline.by/?type=text®num=НК9800218#load_text_none_1_ (Дата звернення: 7.09.2016).
241. Цивільний кодекс Республіки Казахстан від 27.12.1994 р. [Електронний ресурс] – режим доступу : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061 (Дата звернення: 7.09.2016).
242. Цивільний кодекс Республіки Молдова від 6.06.2002 р. . [Електронний ресурс] – режим доступу : http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3244 (Дата звернення: 7.09.2016).
243. Цивільний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 6 квіт. 2015 р.: (ОФЦ. ТЕКСТ). – К.: Паливода А.В., 2015.- 380 с. – (Кодекси України).

244. Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения. Монография / Л.А. Чеговадзе - М.: Статут, 2004. - 542 с.
245. Черепахин Б.Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву / Черепахин Б.Б. - М.: Госюриздат, 1962. - 162 с.
246. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права / Г.Ф. Шершеневич. — Вып. первый. — М.: Издание Бр. Башмаковых, 1910. — 805 с.
247. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. / Г.Ф. Шершеневич. — 9-е изд. — М.: Издание Бр. Башмаковых, 1911. — VIII. — 851 с.
248. Шимон С.І. Особливості правочину як юридичного факту в цивільному праві // Держава і право : збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки / Інститут держави і права ім. Корещького В.М. НАН України. – Київ, 2009. – Вип. 46. – С. 315-321.
249. Шполтаков О.В. Понятие и юридическая сущность, момент возникновения и прекращения, содержание преддоговорных гражданско-правовых отношений // Пробелы в российском законодательстве. 2015. № 1. - С. 121-126.
250. Шполтаков О.В. Преддоговорные правоотношения: к вопросу о понятии и юридической сущности // Власть Закона. 2013. № 2 (14). - С. 196-210.
251. Эмиль Зеккель Секундарные права в гражданском праве // Вестник гражданского права. Научный журнал. - М.: ООО "Издат. дом В. Ема", 2007, № 2: Т. 7. - С. 205-252.
252. Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права: Введение и общая часть. Перевод с немецкого. Т. 1: Полут. 2 / Эннекцерус Л.; Под ред., с предисл.: Генкин Д.М., Новицкий И.Б. (Пер.) - М.: Иностр. лит., 1950. - 484 с.
253. Яроцький В. Характеристика основних стадій механізму цивільно-правового регулювання // Право України : юридичний журнал. Науково-

- практичне фахове видання. Спецвипуск / Міністерство юстиції України; Конституційний Суд України. – Київ, 2010. – № 12. – С. 18-24.
254. A.S. Hartkamp, E.H. Hondius, M.W. Hesselink, C.E. du Perron & M. Veldman, eds., *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004.
255. Allan Farnsworth, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 COLUM. L. REV. 217, 221 (1987)
256. Consolidated Reader-Friendly Edition of the Treaty on European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) as amended by the Treaty of Lisbon (2007). 403 p. [Електронний ресурс] – режим доступу: http://www.eudemocrats.org/eud/downloads/lisbon_treaty_reader_friendly.pdf (Дата звернення: 23.08.2016).
257. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts. [Електронний ресурс] – режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31993L0013> (дата звернення: 16.08.2016).
258. 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 (Directive on electronic commerce). [Електронний ресурс] – режим доступу: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181678 (дата звернення: 14.12.2015).
259. 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://www.eurofinas.org/uploads/documents/policies/Distance%20marketing.pdf> (дата звернення: 14.12.2015).

260. 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 ('Unfair Commercial Practices Directive') [Электронный ресурс] – режим доступа : http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=199618 (дата звернения: 14.12.2015).
261. 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. [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997L0007&from=en> (дата звернения: 14.12.2015).
262. Dr Henning Grosse Ruse – Khan The European Draft Common Frame of Reference - A Source of Comparative Law: A New Option for Choosing the Applicable Law - Or a Template for a European Civil Code? International Seminar on Comparative Law, Conference Proceedings, Kuala Lumpur, November 2008. [Электронный ресурс] – режим доступа : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319247 (дата звернения: 06.11.2015).
263. Ekaterina Pannebakker Offer and Acceptance and the Dynamics of Negotiations: Arguments for Contract Theory from Negotiation Studies *Erasmus Law Review*, No. 2, 2013.- P. 131-141. [Электронный ресурс] – режим доступа: <http://www.elevenjournals.com/tijdschrift/ELR/2013/2/ELR-D-13-00001> (Дата звернения: 14.01.2016).
264. Eric Clive European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in New Member States; Differences between the Draft Common Frame of Reference and the Principles of European Contract Law. *Juridica International XIV* (2008). – P. 18-26.

265. European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules / Ed. by Sellier. Munich, July 2008. 614 p.
266. European private law after the common frame of reference Ed. by Hans-W. Micklitz and Fabrizio Cafaggi.:Edward Elgar Publishing, 2010.-231 p.
267. French civil code [Электронный ресурс] – режим доступа : http://www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html (Дата звернення: 7.09.2016).
268. G. Dannemann and S. Vogenauer (eds) The Common European Sales Law in Context: Interactions with English and German Law. - Oxford University Press, 2013. – 789 p.
269. Gary Low *Unitas via Diversitas: Can the Common European Sales Law Harmonize Through Diversity?* (January 24, 2012). *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 1, 2012; Maastricht Faculty of Law Working Paper No. 2012/2. P. 132-147. [Электронный ресурс] – режим доступа: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1991070 (Дата звернення: 23.08.2016).
270. Georges A. J. Cavalier Jr. *Thomas Straub Mergers and Acquisitions - Comparative Economic Analysis of Laws: France v. U.S.A.* , 3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers, Cornell Law School, NYU School of Law, and the University of Texas School of Law, Ithaca, New York, September 12-13, 2008 - P. 148-181. [Электронный ресурс] – режим доступа : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1121622 (Дата звернення: 19.08.2015).
271. Hage-Chahine *Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32, No. 3, 2, 2012 – P. 451-540. [Электронный ресурс] – режим доступа :

- http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230529 (Дата звернення: 19.08.2015).
272. Hayes Jon. Preliminary Agreements. *Global Counsel*. October 2000. Vol. 5, No. 8.
273. Hesselink, Martijn W., The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law (November 26, 2008). *Tulane Law Review*, Vol. 83, No. 4, 2009; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/10. – pp. 919-971. [Електронний ресурс] – режим доступу : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1270563 (дата звернення: 06.11.2015).
274. Horst Eidenmueller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner, Reinhard Zimmermann The Common Frame of References for European Private Law - Policy Choices and Codification Problems *Oxford Journal of Legal Studies* Vol 28, No 4 (2008). [Електронний ресурс] – режим доступу : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1269270## (дата звернення: 06.11.2015).
275. Hugh Beale The CESL Proposal: An Overview. *Juridica International* XX (2013). – P. 20-31. [Електронний ресурс] – режим доступу: http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2013_1_20.pdf (Дата звернення: 23.08.2016).
276. I. Claeys, R. Feltkamp The Draft Common European Sales Law: Towards an alternative sales law? A Belgian Perspective.– Intersentia, 2013. – 336 p.
277. J. Cartwright, M. Hesselink Precontractual Liability in European Private Law. - Cambridge University Press, 2008. – 509 p.
278. J. Schmidt-Szalewski La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats, *RTD civ.*, 2000.
279. J.M. Smits, 'Een Europees privaatrecht als gemengd rechtsstelsel', *NJB* 1998.
280. J.M. Smits, Europees Privaatrecht in wording: naar een Ius Commune Europaeum als gemengd rechtsstelsel, Antwerpen/Groningen 1999.

281. Jan M. Smits The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice. Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/11; *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Vol. 20, pp. 904-917, 2012. [Электронный ресурс] – режим доступа: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039345 (Дата звернення: 23.08.2016).
282. Jan M. Smits The Draft Common Frame of Reference, Methodological Nationalism and the Way Forward. *European Review of Contract Law*, Vol. 4, pp. 270-280, 2009. [Электронный ресурс] – режим доступа : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1300965 (дата звернення: 06.11.2015).
283. Jan M. Smits The Draft-Common Frame of Reference (CFR) for a European Private Law: Fit for Purpose? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 15, pp. 145-148, 2008. [Электронный ресурс] – режим доступа : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1117248 (дата звернення: 06.11.2015).
284. Jansen N. The concept of non-contractual obligations: rethinking the divisions of tort, unjustified enrichment, and contract law // *Journal of European Tort Law*. 2010. № 1.
285. Lando O. *Principles of European Contract Law, Parts I and II* / O. Lando, H. Beale. – The Hague : Kluwer Law International, 2000. – 561 p.
286. M. Kaerdi The development of the concept of pre-contractual duties in Estonian law. *Juridica International XIV* (2008). – P. 209-217.
287. Markesinis B., Unberath H., Johnston A. *The German Law of Contract A Comparative Treatise. - Second Edition. - Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006. – 979 p.*
288. Martijn W. Hesselink *The Principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission* // *Principles of European Contract Law, Preadviezen uitgebracht voor de vereniging voor Burgerlijk Recht*

- Deventer 2001, pp. 5-95 (= 'The Principles Of European Contract Law: Some Choices Made By The Lando Commission' Global Jurist Frontiers: Vol. 1: No. 1, Article 4). [Электронный ресурс] – режим доступа: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1098869 (Дата звернення: 27.06.2016).
289. Martijn W. Hesselink Towards a Sharp Distinction between B2B and B2C? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive. European Review of Private Law, Vol. 18, No. 18, 2010. P. 57-102, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/06. [Электронный ресурс] – режим доступа : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1416126 (дата звернення: 14.12.2015).
290. Martijn W. Hesselink, Chantal Mak and Jacobien W. Rutgers Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference. Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/05. – 133 p. [Электронный ресурс] – режим доступа: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1413089 (дата звернення: 12.12.2015).
291. Martin Hogg Promises and Contract Law: Comparative Perspectives. - Cambridge University Press, 2011. – 505 p.
292. N. Jansen, R. Zimmermann Contract Formation and Mistake in European Contract Law - A Genetic Comparison of Transnational Model Rules // Oxford Journal of Legal Studies, 2011. pp. 1-38. [Электронный ресурс] – режим доступа: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1788882 (Дата звернення: 27.07.2016).
293. Pierre Legrand, Fragments on Law-as-Culture, Deventer 1999.
294. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Prepared by the Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group). -

- [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf. – 4795 р. (Дата звернення: 12.12.2015).
295. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law від 11.10.2011. [Електронний ресурс] – режим доступу: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf (Дата звернення: 23.08.2016).
296. Proposals for Reform of the Law of Obligations and the Law of Prescription. 225 р. [Електронний ресурс] – режим доступу: <http://test-public.law.ox.ac.uk/themes/iecl/pdfs/Proposals%20for%20Reform%20of%20the%20Law%20of%20Obligations%20and%20the%20Law.pdf>
297. R. Schulze (ed.) Common European Sales Law (CESL): A Commentary. – Hart Publishing, 2012. – 780 р.
298. R. Schulze (Ed.) Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law, sellier, 2008. – 356 р.
299. R. Schulze and J. Stuyck (eds) Towards a European Contract Law. – Sellier, 2011. – 279 р.
300. R. Sefton-Green (ed.) Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law.– Cambridge University Press, 2005. – 414 р.
301. R.J.P. Kottenhagen From Freedom of Contract to Forcing Parties to Agreement. On the Consequences of Breaking Off Negotiations in different Legal Sys-tems, 12 Ius Gentium. - Journal of the University of Baltimore Center for International and Comparative Law, 2006. P. 61 – 95. [Електронний ресурс] – режим доступу: <http://www.studymode.com/essays/From-Freedom-Of-Contract-64199368.html> (Дата звернення: 25.08.2015).
302. Schanze E. Culpa in contrahendo bei Jhering // Ius commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main. Bd. VII. 1978.

303. Shawn J. Bayern Offer and Acceptance in Modern Contract Law: A Needless Concept. *California Law Review*, Vol. 103:67, 2015. – P. 67-102. [Электронный ресурс] – режим доступа: <http://www.californialawreview.org/wp-content/uploads/2015/02/02-Bayern.pdf> (Дата звернення: 13.01.2016).
304. Siems, Mathias M. / Unevenly Formed Contracts : Ignoring the 'Mirror of Offer and Acceptance'. *European Review of Private Law*, Vol. 12, No. 6, 2004, p. 771-88. [Электронный ресурс] – режим доступа: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=853825 (Дата звернення: 27.06.2016).
305. Smits, Jan M., *The Principles of European Contract Law and the Harmonization of Private Law in Europe. La Tercera Parte de Los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Valencia [Tirant], Antoni Vacquer, ed., P. 567-590, 2005. [Электронный ресурс] – режим доступа: <http://ssrn.com/abstract=792545> (Дата звернення: 27.06.2016).
306. Stefan Leible , Matthias Lehmann *European contract law and German law*. Alphen aan den Rijn : Wolters Kluwer Law & Business , 2014 . - XXII, 834 p. - (European Monographs ; 86).
307. Stefan Vogenauer *The Drafting of the CESL: An assessment and suggestions for improvement*. 23 p. 7. [Электронный ресурс]– режим доступа: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201210/20121016ATT53741/20121016ATT53741EN.pdf> (Дата звернення: 23.08.2016).
308. Stoll H. *Haftung filr das Verhalten wuhrend der Vertragsverhandlungen*.
309. Tuhr A.v. *Der allgemeine Teil des deutschen burgerlichen Rechts*. Bd. II, 1. Berlin, 1914.
310. W.H. van Boom, H. Koziol & C. A. Witting, eds. *Pure Economic Loss - A Comparative Perspective*. Wien/New York: Springer, 2004. [Электронный ресурс] – режим доступа : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=555809 (Дата звернення: 3.09.2016).

311. Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. - Juta & Co, Ltd Cape Town, 1996. - 1241 p.