

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

ТРУБАКОВ ЄВГЕН ОЛЕКСАНДРОВИЧ

УДК 347.4

**НЕУКЛАДЕНІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ДОГОВОРИ:
ПОНЯТТЯ, ПРАВОВА ПРИРОДА, ПРАВОВІ НАСЛІДКИ**

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

ДИСЕРТАЦІЯ
на здобуття наукового ступеня
кандидата юридичних наук

Київ – 2015

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ	3
ВСТУП	4
РОЗДІЛ I. Договір як юридичний факт цивільного права	15
1.1. Поняття, ознаки цивільно-правового договору та його місце в системі юридичних фактів	15
1.2. Значення істотних умов для укладення договору.....	41
1.3. Вплив форми на факт укладення договору.....	60
Висновки до Розділу I.....	71
РОЗДІЛ II. Загальна характеристика неукладеного цивільно-правового договору	76
2.1. Неукладений договір як цивільно-правове явище, його правова природа	76
2.2. Співвідношення недійсних і неукладених договорів.....	95
2.3. Підстави віднесення договорів до категорії неукладених.....	109
Висновки до Розділу II.....	141
РОЗДІЛ III. Правові наслідки, пов'язані із кваліфікацією договору як неукладеного.....	147
3.1. Загальні наслідки, пов'язані із кваліфікацією договору як неукладеного	147
3.2. Стягнення збитків у зв'язку із кваліфікацією договору як неукладеного	165
3.3. Застосування кондикції у зв'язку із кваліфікацією договору як неукладеного	180
Висновки до Розділу III.....	192
ВИСНОВКИ	198
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	206

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

ГК України	Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV
ГПК України	Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII
Диспозитивні норми	норми Цивільного кодексу України, які визначають договірні умови за допомогою диспозитивних правил
ВССУ	Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ
ЦК України	Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV
ЦК УРСР	Цивільний кодекс Української Радянської Соціалістичної Республіки від 18 липня 1963 р. № 1540-VI
ЦПК України	Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV

ВСТУП

Актуальність теми дисертаційного дослідження визначається роллю правової конструкції цивільно-правового договору як регулятора суспільних відносин, засобу опосередкування обігу майнових благ. Розбудова ринкової економіки в Україні, що ґрунтується на засадах юридичної рівності учасників цивільного обороту, їх вільному волевиявленні та майновій самостійності, зумовила зростання обсягу договірної практики суб'єктів цивільного права. Водночас така динаміка дозволила частіше встановлювати дефекти (в широкому розумінні) юридичної конструкції договору.

Насамперед це проявилось у значному зростанні кількості судових справ про визнання цивільно-правових договорів недійсними. Проте дефектність юридичної конструкції цивільно-правового договору не обмежується невідповідністю змісту, характеру волевиявлення або форми договору нормам законодавства: вона також охоплює випадки, коли під сумнів ставиться саме укладення договору, його формування як юридичного факту.

Неукладений договір є відносно новою юридичною категорією для українського законодавства, яка характеризується фрагментарним правовим регулюванням. Факт того, що на прогалини у чинному законодавстві, пов'язані із кваліфікацією договору як неукладеного, першою відреагувала судова практика (Верховним Судом України та Вищим господарським судом України прийнято Постанови Пленумів «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 р. № 9 та «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 р. № 11 відповідно), свідчить про актуальність дослідження правової конструкції неукладеного договору, а також про її важливість для забезпечення стабільності цивільного обороту.

У чинному цивільному та господарському процесуальному законодавстві закріплено принцип диспозитивності, виходячи із змісту якого сторони несуть ризик вибору неналежного способу захисту своїх прав та інтересів, що може бути підставою для відмови у задоволенні позову. Неукладений договір, на рівні із недійсним, характеризується здатністю зумовлювати ненастання правового результату, намір досягти який мали сторони такого договору, або на досягнення якого розраховувала хоча б одна із них. Однаковий правовий ефект зазначених юридичних конструкцій обумовлює їх конкуренцію, а неправильний вибір способу захисту (в широкому розумінні цього терміна, адже кваліфікація/визнання договору як неукладеного не закріплено у ст. 16 ЦК України як самостійний засіб захисту цивільних прав та інтересів) може призвести до негативних наслідків.

Таким чином, актуальність дослідження також полягає у необхідності визначення критеріїв розмежування неукладеного та недійсного договорів, їх співвідношення.

Обраний Україною шлях інтеграції до Європейського Союзу зумовлює її обов'язок щодо адаптації чинного законодавства з метою створення єдиного з країнами ЄС регулювання у сфері зобов'язального права. На відміну від вітчизняної цивілістичної доктрини, європейському праву вже понад декілька століть відома конструкція неукладеного договору, а тому вивчення досвіду зарубіжних країн, зокрема, щодо поняття, правової природи та юридичних наслідків неукладеного договору, дає можливість використати деякі прогресивні надбання для підвищення ефективності правового регулювання договірних відносин, визначення чинників, які впливають на виникнення договору як юридичного факту.

Теоретичну основу дослідження становлять праці як українських науковців, таких як І.Е. Берестова, Т.В. Боднар, С.М. Бервено, О.В. Дзера, І.А. Діковська, А.С. Довгерт, А.В. Коструба, Н.С. Кузнєцова, В.В. Луць, Р.А. Майданик, Н.І. Майданик, С.О. Погрібний, Я.М. Шевченко та інші, так і

зарубіжних, зокрема, К.Н. Анненкова, М.І. Брагінського, В.В. Вітрянського, М.Л. Дювернуа, О.О. Красавчикова, В.Б. Ісакова, Л. Еннекцеруса, О. С. Іоффе, Д.І. Мейєра, М.О. Рожкової, Д.О. Тузова, Н.В. Рабінович, В.М. Шахматова, Г.Ф. Шершеневича, Т.М. Яблочкова та інших авторів.

Дослідження названих вчених охоплювали загальні питання правового регулювання договірних відносин, а також окремі питання недійсності та неукладеності договорів. Водночас спеціальні комплексні дослідження поняття, правової природи та юридичних наслідків кваліфікації договору як неукладеного не проводилися, що визначає актуальність дисертаційної роботи як у теоретичному, так і практичному аспектах.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Тема дисертації затверджена на засіданні Вченої ради юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка (протокол № 3 від 26 листопада 2012 року). Дисертацію виконано відповідно до державної бюджетної науково-дослідної теми «Доктрина права в правовій системі України: теоретичний та практичний аспекти» (№ 11 БФ 042-01; номер державної реєстрації 0111U008337), яка досліджується на юридичному факультеті Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Мета і завдання дослідження. *Мета* дисертаційної роботи полягає у проведенні системного, з урахуванням міжнародного досвіду, дослідження теоретичних і практичних аспектів правового регулювання цивільно-правових відносин, пов'язаних із кваліфікацією договору як неукладеного.

Мета дослідження обумовила вирішення таких *завдань*:

- аналіз поняття та ознак цивільно-правового договору, визначення його місця в системі юридичних фактів;
- встановлення обставин, які впливають на формування договору як юридичного факту;
- визначення впливу істотних умов і форми договору на факт укладення договору;

- розкриття юридичної природи неукладеного договору, визначення правових підстав для кваліфікації договору як неукладеного, проведення їх класифікації;
- встановлення критеріїв розмежування недійсних і неукладених цивільно-правових договорів;
- визначення як загальних, так і спеціальних правових наслідків, пов'язаних із кваліфікацією договору як неукладеного;
- проведення аналізу доцільності імплементації доктрини *culpa in contrahendo* в українське цивільне законодавство, формулювання пропозицій щодо її проведення;
- визначення особливостей застосування кондикційного зобов'язання як правового наслідку, пов'язаного із кваліфікацією договору як неукладеного;
- обґрунтування пропозицій з удосконалення чинного цивільного законодавства України в частині регулювання правовідносин, пов'язаних із кваліфікацією договору як неукладеного.

Об'єктом дослідження є підстави віднесення цивільно-правових договорів до категорії неукладених, а також цивільно-правові відносини, що виникають у зв'язку із кваліфікацією договору неукладеним.

Предметом дослідження є нормативно-правові акти України, які дозволяють визначити підстави віднесення договорів до категорії неукладених, регулюють наслідки, що виникають у зв'язку із кваліфікацією договору неукладеним, практика їх застосування, а також зарубіжне законодавство та міжнародні уніфіковані документи, які встановлюють підстави та наслідки віднесення договорів до категорії неукладених.

Методи дослідження. У дисертації використано комплекс загальнонаукових і спеціальних методів наукового пізнання. Базовою методологічною основою дисертаційного дослідження є синергетичний метод, який у поєднанні з діалектичним методом і методом аналізу дав

можливість виявити ознаки цивільно-правового договору, визначити його місце в системі юридичних фактів (підрозділ 1.1). Системно-функціональний метод дозволив розкрити правову природу неукладеного договору, визначити критерії його розмежування із недійсним правочином (договором) (підрозділи 2.1, 2.2). Формально-логічний метод дав можливість класифікувати підстави для кваліфікації договору як неукладеного, а також юридичні наслідки, пов'язані із правовою конструкцією неукладеного договору (підрозділи 2.3, 3.1, 3.2, 3.3). Догматичний метод дозволив провести аналіз норм чинного законодавства, сприяв виявленню у ньому прогалин і колізій, створив передумови для формулювання пропозицій щодо його вдосконалення (підрозділи 2.2, 3.1). Застосування історично-правового методу забезпечило глибину та системність дослідження розвитку вчення про неукладений договір, його співвідношення із недійсним правочином (договором) (підрозділи 2.1, 2.2). Статистичний метод використано для узагальнення судової практики (підрозділ 2.2). За допомогою порівняльно-правового методу проаналізовано застосування доктрини *culpa in contrahendo* у законодавстві зарубіжних країн, що дозволило сформулювати пропозиції стосовно рецепції зазначеної доктрини в українське законодавство. Методи аналізу й синтезу використано при дослідженні юридичних конструкцій недійсного та неукладеного договорів з метою виявлення правової природи останнього, а також визначення їх співвідношення шляхом розкладення або узагальнення через правову конструкцію складу юридичного факту цивільно-правового договору (підрозділи 2.1, 2.3).

Наукова новизна одержаних результатів визначається метою дослідження та особливостями його об'єкта. Наукова новизна конкретизується в положеннях, висновках і пропозиціях, найважливішими з яких є такі:

Вперше:

1) визначено поняття неукладеного договору як правового акту, в якому фіксуються елементи складу юридичного факту цивільно-правового договору, створюючи передумови для виникнення, зміни або припинення зобов'язального (договірного) правовідношення;

2) визначено вичерпний перелік підстав для кваліфікації договору як неукладеного: відсутність акцепту оферти (в тому числі неакцептована відповідь про згоду укласти договір на інших умовах); недосягнення сторонами домовленості стосовно всіх істотних умов; порушення процедури прийняття пропозиції на укладення договору, яка охоплює такі випадки: оферта не охоплює всі істотні умови договору або не виражає намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття; оферент відкликав пропозицію укласти договір до моменту або в момент її отримання адресатом; акцепт оферти надійшов після спливу строку на відповідь; акцептант відкликав прийняття пропозиції укласти договір до моменту або в момент одержання оферентом такої відповіді (акцепту); вчинення дій на виконання договору (конклюдентних дій) в тих випадках, коли зі змісту оферти або закону випливає, що такі дії не є акцептом;

3) визначено поняття фактичного договору як домовленості сторін, спрямованої на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, що не забезпечується державним примусом через відсутність необхідних елементів складу юридичного факту цивільно-правового договору;

4) встановлено, що юридична конструкція фактичного договору охоплює сукупність квазідоговірних явищ, котрі виникають через невиконання умов, з якими закон пов'язує момент укладення договору (недотримання вимог щодо проведення державної реєстрації та/або вчинення нотаріального посвідчення, відсутність акту передачі майна (або вчинення дії) у реальних договорах, недосягнення згоди з усіх істотних умов договору);

фактичний договір, сторони якого не досягли згоди з усіх істотних умов, є різновидом неукладеного договору;

5) обґрунтовано, що факт укладення договору залежить виключно від погодження істотних умов сторонами договору та не залежить від дій третіх осіб (нотаріуса, державного реєстратора), форми договору як способу фіксації договірних умов, початку фактичного виконання договору (передача речі або майна у реальних договорах);

6) обґрунтовано, що недійсність цивільно-правового договору не є санкцією за порушення загальних вимог, додержання яких є необхідним для чинності правочину, однак є наслідком виходу за межі здійснення суб'єктивного цивільного права, передбаченого ст. 627 ЦК України;

7) обґрунтовано висновок, що наслідки виходу за межі здійснення суб'єктивного цивільного права, передбаченого ст. 627 ЦК України (недійсність цивільно-правового договору), аналітично розкладаються на припинення первісного договірного правовідношення та виникнення замість нього сукупності нових зобов'язань, зокрема зобов'язань із взаємного повернення майна, переданого на виконання недійсного договору, або компенсації його вартості (реституція), відшкодування збитків і моральної шкоди;

8) обґрунтовано висновок, що визнання договору неукладеним не може розглядатися як спосіб захисту цивільних прав та інтересів.

Удосконалено:

9) визначення складу юридичного факту цивільно-правового договору. Зокрема, встановлено, що він складається з таких елементів: наявність дійсної волі та волевиявлення, спрямованої на виникнення, зміну або припинення договірних правовідносин; погодження сторонами всіх істотних умов договору.

10) розмежування цивільно-правового договору та квазідоговірних юридичних конструкцій за ознакою сформованості складу юридичного факту і дефектності (в широкому розумінні) його елементів;

11) зміст поняття «предмет договору». Зокрема, встановлено, що він, окрім поведінки сторін та об'єкта договору, також охоплює майновий титул (правомочність), на підставі якого сторона здійснює свої повноваження стосовно блага, отриманого за договором;

12) класифікацію юридичних наслідків, пов'язаних із кваліфікацією договору як неукладеного: обґрунтовано, що, окрім виникнення кондиційного зобов'язання, кваліфікація договору як неукладеного є підставою для витребування майна з чужого незаконного володіння (віндикація).

Дістали подальшого розвитку:

наукові напрацювання щодо імплементації у чинне українське законодавство доктрини *culpa in contrahendo*, зокрема, у вигляді складу цивільного правопорушення, яке полягає у недобросовісному перериванні процесу укладення договору або ухиленні від укладення договору. Встановлено, що він складається з таких елементів: 1) досягнення домовленості сторонами стосовно мінімальної кількісної та якісної характеристики предмета договору до моменту переривання процесу укладення договору недобросовісною стороною; 2) виникнення у потерпілого в результаті поведінки недобросовісної особи впевненості в тому, що договір буде укладено; 3) навмисне переривання процесу укладення договору та/або ухилення від його укладення недобросовісною особою, яка володіє інформацією про наявність реальних витрат на підготовку до укладення та виконання договору її потенційним контрагентом.

На підставі проведеного аналізу конструкції неукладеного договору внесено пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України:

- обґрунтовано необхідність викладення у новій редакції частини 1 статті 210 Цивільного кодексу України такого змісту: «Правочин підлягає державній реєстрації лише у випадках, встановлених законом. Такий правовчин набуває чинності з моменту його державної реєстрації»;

- запропоновано чинне законодавство доповнити правилом, яким встановити обов'язок особи, що має здійснити передачу речі, майна (або вчинити дію), не допускати здійснення дій, що можуть призвести до неможливості передачі речі, майна (або вчинення дії) у реальних договорах в майбутньому;

- запропоновано доповнити Цивільний кодекс України статтею 626-1 «Неукладений договір» такого змісту:

«1. Договір не вважається укладеним (неукладений договір), якщо сторони порушили норми статей 641-646 цього Кодексу, які визначають порядок його укладення.

2. Факт неукладення договору не залежить від його встановлення судом.

3. Договір може бути кваліфікований як неукладений тільки до моменту його повного виконання.

4. Часткове виконання договору є прийняттям пропозиції укласти договір на інших умовах у порядку статті 646 цього Кодексу.»;

- обґрунтовано необхідність доповнити статтю 627 ЦК України новою частиною другою, яку викласти в такій редакції:

«Переривання процесу укладення або ухилення від укладення договору може бути підставою для покладення на винну особу обов'язку із відшкодування збитків, отриманих під час підготовки до виконання договору, щодо укладення якого велися переговори, якщо характер переговорів або дій винної особи свідчив про:

1) досягнення попередньої домовленості щодо укладення договору в майбутньому;

- 2) погодження мінімального обсягу грошових коштів, товарів, робіт або послуг, які мали бути передані на користь винної особи;
- 3) винна особа знала, що до моменту переривання процесу укладення договору або ухилення від його укладення в результаті проведення попередніх переговорів потерпілий розпочав підготовку до виконання договору.

Розмір збитків встановлюється судом з урахуванням вини недобросовісної особи, а також характеру майнових і немайнових благ, що були набуті потерпілим для підготовки до виконання договору.».

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що сформульовані автором роботи теоретичні положення, висновки та рекомендації можуть бути використані:

а) у науково-дослідній сфері при подальшому дослідженні правового регулювання юридичної конструкції неукладеного договору;

б) у правотворчій діяльності для удосконалення українського цивільного законодавства та гармонізації українського законодавства із законодавством країн Європейського Союзу;

в) у правозастосуванні для підвищення ефективності розгляду в судах України спорів, пов'язаних із визнанням цивільно-правових договорів недійсними та/або кваліфікацією їх як неукладених;

г) у навчальному процесі для розроблення навчальних курсів, методичних матеріалів, під час викладання та вивчення курсу цивільного договірної права.

Апробація результатів дисертаційного дослідження. Основні положення дисертаційного дослідження обговорювалися на засіданнях кафедри цивільного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Результати дослідження висвітлено в доповідях на 2 міжнародних та вітчизняних наукових і науково-практичних конференціях.

Публікації. Основні результати дисертації викладено 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.

Р О З Д І Л І

ДОГОВІР ЯК ЮРИДИЧНИЙ ФАКТ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

1.1 Поняття, ознаки цивільно-правового договору та його місце в системі юридичних фактів

У юридичній доктрині прийнято вважати, що основоположниками вчення про цивільно-правовий договір є давньоримські юристи. Проте римському цивільному праву не було відоме єдине поняття договору в його сучасному розумінні.

Загальновідомо, що римське право також не знало принципу свободи договору, і, відповідно, договорами (у найбільш наближеному до сучасного розуміння) визнавалися лише декілька видів (купівля-продаж, найм, позика тощо), які забезпечувалися правом на позов (судовим захистом). Відомими термінами «conventio», «pactio (pactum)», «contractus», «stipulatio», «consensus» римські юристи позначали цілком самостійні правові явища: так, наприклад, відомий німецький цивіліст Г. Дернбург писав, що «будь-яка забезпечена позовом conventio називається «contractus», позбавлена позову – простим «pactum» [90, с. 18]. Характеризуючи наукові джерела від доби римського права і до XVII-XIX ст., І.В. Бекленіщева писала, що «юридична думка з часів римського права була не стільки звернута до змістовно-вольової характеристики договору, скільки вирішувала іншу проблему – проблему форм об'єктивізації волі сторін, виражену на більш пізньому етапі в конструкції домовленості, що дозволяло вписувати останнє в систему юридичних наслідків» [61, с. 16]. Зокрема, результатом такої діяльності стала розвинута класифікація договорів, частина з якої є складовою сучасного цивільного права.

Крім того, в юридичній літературі, залежно від правової сім'ї, склалося декілька концепцій праворозуміння цивільного договору. Так, нарівні із «класичним» підходом, відповідно до якого договір є домовленістю сторін,

також існують так звані «некласичні» концепції, зокрема, теорія договору як обіцянки (reliance-based theory) і так званий деліктний підхід.

Згідно з «класичною» теорією, притаманною романо-германській правовій сім'ї, домовленість є наслідком акцепту оферти (аналітичне розкладення домовленості як складової частини договору на оферту і акцепт належить французькому юристу Р. Потье), а, відповідно, сам договір є результатом погодження, співпадіння або відповідності¹ волі його сторін. Зауважимо, що саме з позиції характеру волі цивільно-правовий договір можна відрізнити від інших суміжних правових конструкцій, зокрема одностороннього правочину, делікту.

Чинний ЦК України побудований відповідно до «класичного» підходу до розуміння договору. Про це, зокрема, свідчить легальна дефініція договору, наведена у нормі ч. 1 ст. 626 ЦК України, де визначено, що договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

Теорія договору як обіцянки (reliance-based theory) базується на тому, що договір є обов'язковим не внаслідок акцепту оферти, а в силу обіцянки однієї сторони виконати договір, яка за своїм характером є такою, що дає підстави іншій стороні вважати, що договір справді буде виконано.

Таким чином, теорія договору як обіцянки не передбачає наявності акцепту оферти, а лише волевиявлення однієї із сторін. Так, вираженням зазначеної концепції є ст. 2:107 Принципів європейського договірного права, де зазначено, що обіцянка, зроблена із наміром бути юридично обов'язковою без акцепту, є обов'язковою [180]. Схожі норми також існують у цивільних кодексах європейських країн (наприклад, ст. 151 Німецького Цивільного Уложення, ст. 1333 Цивільного кодексу Італії) [79; 175]. Разом з тим зазначена концепція, зазвичай, не протиставляється класичній теорії і має

¹ Питання характеру волі у цивільному договорі залишається дискусійним. Так, наприклад, висловлюються думки про те, що договір має місце лише у тих випадках, коли волі контрагентів відповідають одна одній. Детальніше див. [131, с. 5-6].

лише обмежену сферу застосування (наприклад, договір про зменшення орендної плати за пропозицією орендодавця тощо).

«Деліктний підхід», що набув розвитку в англо-американській правовій системі, так само як і теорія договору як обіцянки, не протиставляється класичному підходу, проте має справу із «прикордонними» випадками співвідношення договірної і деліктної відповідальності. Зазначений підхід передбачає низку специфічних правових презумпцій (зокрема, *duty of care* (зобов'язання належної дбайливості); презумпція ймовірних бенефіціарів, чії права підлягають захисту; наявність відповідальності за заяви про можливість вчинення тих або інших дій; наявність відповідальності за дії, вчинені на переддоговірній стадії укладення договору тощо), за допомогою яких відбувається розмежування деліктної та договірної відповідальності [63, с. 60-66, 125-183]. У правових системах романо-германської правової сім'ї, яким притаманно чітко розмежовувати договірні та позадоговірні правовідносини, на основі підстав їх виникнення, зазвичай, подібні спори вирішуються в межах деліктної, а не договірної відповідальності.

Проте в умовах глобалізації та тенденції до зближення правових сімей (наприклад, імплементація прецедентного і «квазіпрецедентного»² права у країнах романо-германської правової сім'ї та збільшення масиву позитивного права у країнах англо-американської правової сім'ї) не виключається застосування зазначених «альтернативних» підходів до розуміння договору в майбутньому.

Для сучасної української цивілістики більш актуальною є не проблема підходу до розуміння терміна «договір» (законодавець має з цього приводу чітку позицію), а проблема багатозначності зазначеного терміна. Ю.Б. Алексашина зазначає, що «... вже з 1950-х років у науці з'являється та набуває поширення думка про притаманність терміну «договір» різних значень... З цього моменту розуміння сутності договору у трьох, а іноді і в

² Наприклад, рішення Верховного Суду України, прийняті за результатами розгляду справ із підстав, передбачених пунктами 1 і 2 ч. 1 ст. 355 ЦПК України.

більшій кількості значень, починає поступово утверджуватись в правовій доктрині і в наш час вже розглядається як частина самої сутності договору, нарівні з такими ознаками договору, як наявність у ньому двох або кількох сторін або вольовий характер договору» [56, с. 38-39].

Аналіз юридичної літератури з питань договірного права дає підстави для висновку, що в доктрині цивільного права термін «договір», окрім визначення договору як домовленості, що відповідає його легальній дефініції, також використовують для позначення таких юридичних явищ: 1) дво- або багатосторонній правочин; 2) спільний правовий акт; 3) документ; 4) правовідношення; 5) регулятор суспільних відносин; 6) юридичний факт [96, с. 34; 54, с. 82; 137, с. 158-200; 101, с. 13; 121, с. 12; 100, с. 24; 82, с. 67; 92, с. 39; 135, с. 215; 59, с. 7-10; 70; 71, с. 11-15; 66, с. 5].

Проблема багатозначності терміна «договір» полягає в тому, що через деякі практичні або наукові потреби науковці, правозастосовні державні органи, суб'єкти правовідносин та, в деяких випадках, законодавець абсолютизують його певні ознаки.

Не вдаючись у подробиці наукової дискусії стосовно визначення терміна «договір», зауважимо, що підхід до розуміння договору як документа не сприймається більшістю дослідників тому, що це абсолютизує лише його форму як спосіб фіксації договірних умов і, вочевидь, ігнорує існування договорів, що укладаються в усній формі. Розглядаючи значення терміна «договір», Б.І. Пугинський писав, що закон називає договором, а отже, і зобов'язує розуміти під ним саме домовленість, а не правочин. Двосторонні та багатосторонні правочини, на думку автора, мають визнаватися лише вираженням погодженої волі двох або більше сторін і є умовою, необхідною для укладення договору [142, с. 39]. Категорії «договір – юридичний факт» та «договір – правовідношення» (хоча ми приєднуємося до думки про те, що з метою уникнення змішування термінів доцільно використовувати категорію «зобов'язальне правовідношення» для позначення правовідношення, що

виникає на підставі договору) відповідають за своїм змістом співвідношенню термінів «підстава» – «наслідок», адже зобов'язальне правовідношення виникає на підставі договору – юридичного факту.

О.О. Красавчиков, розглядаючи договір як домовленість сторін, наполягав на тому, що така домовленість є юридичним фактом, і, відповідно, договір є нічим іншим, аніж юридичним фактом: «договір слід розуміти тільки як юридичний факт, тобто домовленість, а розглядати договір як цивільне правовідношення (яке виникає на підставі договору) видається невиправданим – у ньому змішується юридичний факт і його наслідки» [155, с. 432-433].

Відзначаючи роль договору не тільки як підстави для виникнення цивільних прав та обов'язків, а й як засобу визначення індивідуальних норм і правил (що є актуальним у дослідженні місця договору в механізмі правового регулювання), С.С. Алексєєв звертав увагу на те, що «договір є не тільки «чистим» юридичним фактом, а й засобом («автономного») регулювання змісту прав і обов'язків. Юридичний факт являє собою зв'язувальну ланку між нормою об'єктивного права і конкретним правовідношенням – той «важель», що приводить норми об'єктивного права у дію» [58, с. 56].

У цьому дослідженні договір розглядається як юридичний факт. Це впливає з того, що із неукладеним договором право не пов'язує ті правові наслідки, що були визначені його сторонами³, а отже, зазначена правова конструкція має розглядатися в площині юридичних фактів, тобто підстав виникнення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків, а також тих чинників, котрі «блокують» настання юридичного результату, на який розраховували сторони при вчиненні дій, спрямованих на укладення договору.

³ Так, зокрема, Верховний Суд України у низці рішень зазначав, що неукладений договір «не породжує для його сторін прав та обов'язків, на досягнення яких було спрямоване їх волевиявлення під час його документального оформлення» // Див. [26; 46; 43]

Проте в теорії юридичних фактів існує низка спірних питань, без вирішення яких, на нашу думку, подальший розгляд означеної проблеми є неможливим.

Перша з них стосується визначення терміна «юридичний факт» і його правової природи. Чинне законодавство не містить легальної дефініції названої категорії, проте законодавець позначає юридичні факти шляхом їх визначення, наприклад, як підстави виникнення цивільних прав та обов'язків (ст. 11 ЦК України), обставин, які мають значення для вирішення справи (ст. 57 ЦПК України), або обставин, на яких ґрунтуються вимоги і заперечення сторін, а також інші обставини, які мають значення для правильного вирішення спору (ст. 32 ГПК України) [2].

У юридичній літературі запропоновано багато дефініцій юридичного факту. Так, М.М. Марченко вважає, що юридичні факти – це такі сформульовані в гіпотезах правових норм життєві обставини, з якими закон, правові норми пов'язують настання юридичних наслідків, передусім різних правових відносин [119, с. 429]. Р.О. Халфіна визначала юридичний факт як реальну життєву обставину, передбачену нормою права [166, с. 285]. О.О. Красавчиков та В.О. Тархов вважали, що юридичні факти – це реальні обставини дійсності, з якими правові норми пов'язують юридичні наслідки [104, с. 28; 159, с. 210]. В.М. Синюков зазначав, що юридичний факт – це «відповідаюча реальному явищу система його спеціальних ознак (склад), окремлених на підставі норм права, які слугують юридичною умовою настання правових наслідків» [150, с. 121].

З наведеного вбачається, що юридичний факт за своєю правовою природою, у трактуванні В.Б. Ісакова, має матеріально-ідеальну природу, яка виявляється в тому, що, з одного боку, він є реальною життєвою обставиною, яка відбувається у просторі і часі, а з другого – виступає в ролі нормативної науково-практичної конструкції (факт-модель) [99, с. 12]. Іншими словами, юридичний факт як явище має матеріальну природу, а як юридична

конструкція – ідеальну, тобто є абстракцією у формі певних ознак, закріплених у правових нормах, необхідних і достатніх для кваліфікації відповідної реальної життєвої обставини.

І хоча такі авторитетні цивілісти, як О.О. Красавчиков, В.О. Тархов, Р.О. Халфіна у своїх визначеннях наголошують на матеріальній природі юридичного факту, на нашу думку, більш точними є визначення, запропоновані М.М. Марченко та В.М. Синяковим, у яких зазначається, що юридичний факт у правову площину входить не як явище або процес, а через ознаки вказаних матеріальних явищ, які закріплені у відповідних нормах права.

Крім того, як видається, важливим є зауваження М.М. Марченка стосовно того, що юридична модель юридичного факту закріплюється саме в гіпотезі відповідних норм. В аспекті досліджуваної проблеми це означає, що норми цивільного законодавства, які оперують терміном «договір», у своїй гіпотезі містять договір саме в розумінні юридичного факту.

Іншими словами, складовою частиною гіпотези норм, у яких згадується термін «договір», є сукупність ознак, що характеризують цивільно-правовий договір. Фактично аналогічні висновки зробила В.В. Васильєва: «особливості договору як правочину полягають у тому, що він запускає механізм реалізації норми, визначає початок виникнення, зміст та обсяг договірних зобов'язання» [73, с. 5].

Саме тому, на нашу думку, чинне цивільне законодавство не дає визначення неукладеного договору, адже законодавство оперує лише юридично релевантними категоріями. Якщо ж певне фактичне явище не стає юридично значимим для права (юридичним фактом)⁴, то воно є лише об'єктом правової кваліфікації і підлягає встановленню компетентними органами, адже від такої кваліфікації (а не від факту об'єктивного існування явища, яке не ставиться під сумнів), зрештою, залежить характер правових

⁴ Зауважимо, що такі «прикордонні» явища, як неукладений договір, зрештою, від зазначених висновків не стають менш цікавими для науки цивільного права.

наслідків, зокрема в частині наявності або відсутності підстав для застосування певної правової норми.

Таким чином, загалом проблема неукладеного договору знаходиться на рівні кваліфікації гіпотез правових норм зобов'язального права, зокрема, в частині наявності або відсутності підстав для їх застосування.

Сукупність ознак, за наявності яких відповідний юридичний факт повинен зумовлювати ті або інші юридичні наслідки, у юридичній літературі отримала назву «склад юридичного факту». Автором зазначеної концепції створеної на аналітичне розкладення та подальший аналіз елементів юридичних фактів, є М.Г. Александров [54, с. 174]. Однак питання доцільності та можливості застосування зазначеної конструкції залишається дискусійним.

Так, О.О. Красавчиков висловив такі аргументи проти застосування зазначеної категорії: оскільки юридичний факт – явище реальної дійсності, то він не може складатися з ознак, які являють собою ідеологічне відображення тих або інших якостей, сторін цього явища; за такої постановки питання суб'єкт і об'єкт юридичного факту виявляються в складі власних дій; конструкція складу юридичного факту не може бути застосована до подій, у яких немає суб'єкта, об'єкта і суб'єктивної сторони; склад юридичного факту, аналогічний складу злочину, неприйнятний для цивільного права [104, с. 17-19]. С.С. Алексєєв також підтримував наведену позицію, оскільки в конструкції складу юридичного факту неможливо визначити загальні ознаки для правомірних і неправомірних дій, а також через неможливість її застосування стосовно подій [57, с. 37].

Проте, на нашу думку, більш обґрунтованою є позиція тих науковців, які визнають доцільність визнання та практичного застосування правової конструкції складу юридичного факту. Так, у юридичній літературі зазначається, що склад юридичного факту є сукупністю окремих умов (властивостей, ознак, якостей), які характеризують життєвий процес або

явище, а також його суб'єкт і об'єкт. Через це склади юридичних фактів є неоднорідними: так, наприклад, при заподіянні шкоди внаслідок зіткнення автомобіля із торговельним приміщенням приватного підприємця юридичне значення мають дії водія автомобіля, наявність шкоди (наявність вини у зв'язку із заподіянням шкоди джерелом підвищеної небезпеки значення не має) [144, с. 28-31].

Елементи складу юридичного факту, окрім самої життєвої обставини, також характеризують умови, пов'язані з його суб'єктом або об'єктом. Наприклад, стосовно суб'єктів такими умовами можуть бути добросовісність, наявність малолітніх дітей або осіб, що перебувають на утриманні, тощо; характеристиками об'єкта можуть бути умови про його неподільність, здатність до швидкого псування тощо.

Таким чином, склад юридичного факту охоплює всі характеристики самого явища (дії або події) як юридичного факту, а також додаткові умови, що можуть вплинути на відповідні права й обов'язки, які настають у зв'язку з таким явищем, які пов'язані з суб'єктом та об'єктом правовідношення. Іншими словами, склад юридичного факту є вичерпним відображенням юридичних характеристик конкретного явища, що впливають із відповідної норми права або їх сукупності (наприклад, до конкретних зобов'язальних правовідносин, які регулюються відповідною главою ЦК України, можуть бути застосовані загальні положення стосовно того, що зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості, передбачені у ч. 3 ст. 509 ЦК України) [18].

Разом з тим слід погодитися із висловленою критикою на адресу зазначеної правової конструкції щодо неможливості її застосування відносно подій. Незважаючи на це, правова конструкція складу юридичного факту не стає менш актуальною для дослідження тих правових явищ, які потребують детального аналізу їх структурних елементів, а тому вважаємо за доцільне її використання при дослідженні ознак договору як юридичного факту.

Зауважимо, що термін «склад юридичного факту» необхідно відрізнити від категорії «юридичний склад» або «складний юридичний факт», під якими розуміють сукупність самостійних юридичних фактів, необхідних для настання передбачуваного нормою права правового результату (наприклад, складання заповіту, відкриття спадщини та прийняття спадщини спадкоємцем тощо).

Аналіз чинного законодавства дозволяє дійти попереднього висновку, що сукупність ознак, які характеризують цивільно-правовий договір як юридичний факт, формуються за результатами виконання певної процедури, а саме процедури укладення договору. Нормативно зазначена процедура регламентується нормами ЦК України, зокрема глави 53 «Укладення, зміна і розірвання договору», а також іншими приписами цивільного законодавства, зокрема, в яких закріплено дефініцію договору (ч. 1 ст. 626 ЦК України) і законодавчо встановлений момент його укладення (ч. 1 ст. 210 ЦК України, яка визначає момент вчинення договору, що підлягає державній реєстрації) [18]. Успішне виконання зазначених норм є підставою для виникнення договору (його укладення) як юридичного факту і передумовою застосування диспозицій інших норм права, які регулюють зобов'язальні (договірні) правовідносини.

У зв'язку з тим, що склад договору як юридичного факту формується у процесі укладення договору, видається можливим визначити його елементи:

1) наявність домовленості двох або більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК України) [18]. Домовленість сторін є результатом погодження⁵ індивідуальних волевиявлень сторін, а в юридичній площині відображається у вигляді акцепту оферти;

⁵ У юридичній літературі тривають дискусії стосовно характеру волі, що відображається у договорі (зокрема, науковці пишуть про погодження, збіг або відповідність волі сторін у договорі). Не вдаючись у подробиці зазначеної дискусії, зауважимо, що виконання договору є результатом саме погоджених дій його сторін, а тому, як видається, цей термін є прийнятним і для характеристики волі сторін у договорі.

2) виконання умов укладення договору: досягнення згоди, по-перше, в належній формі, по-друге, з усіх істотних умов. Так, відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України «договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору» [18]. Сполучник «якщо» у цій нормі дає підстави говорити про те, що форма договору та досягнення згоди з усіх істотних умов є умовами, необхідними для укладення договору. Проте фактично зазначені умови виступають характеристиками тієї домовленості (її змісту та форми), яку мають досягти сторони для того, щоб їхні дії, з точки зору права, були кваліфіковані як цивільно-правовий договір. Також зауважимо, що незважаючи на закріплення у чинному законодавстві форми як однієї з умов укладення договору, її вплив на укладення договору є значно обмеженим. Означену проблему буде детально розглянуто у підрозділі 1.3 Розділу I цієї роботи;

3) виконання умов, з якими закон пов'язує момент укладення договору (ч. 1 ст. 210, частини 2 – 4 ст. 639, ст. 640 ЦК України). За загальним правилом, договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції (ч. 1 ст. 640 ЦК України), тобто з моменту акцепту оферти, проте у визначених випадках законодавець встановлює додаткові вимоги (умови), необхідні для укладення договору, зокрема, надання договору тієї форми, щодо якої сторони дійшли згоди, здійснення нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації договору, передача майна або вчинення іншої дії. Детальніше вплив зазначених обставин на факт укладення договору (його формування як юридичного факту) буде розглянуто у підрозділі 2.3 Глави II цієї роботи.

Таким чином, особливість договору як юридичного факту полягає в тому, що наявність елементів складу юридичного факту договору встановлюється лише за результатами аналізу: 1) факту волевиявлення сторін

договору (чи мав місце факт акцепту оферти); 2) змісту договору (договірних умов); 3) форми договору.

Іншими словами, не будь-яка домовленість, досягнута між певними сторонами, з точки зору права, може бути визнана договором, а лише та, яка була досягнута у визначеному законом порядку і яка володіє характерними ознаками, визначеними в імперативному порядку нормами об'єктивного законодавства.

Зазначену тезу можна підтвердити думкою Ю.С. Гамбарова стосовно характеру правових наслідків правочину (зауважимо, що правові наслідки можливі тільки внаслідок формування повного складу юридичного факту цивільно-правового договору): «Ні індивідуальна воля, ні об'єктивне право, взяті окремо одне від одного, не призводять до юридичних наслідків правочину: перша – тому, що вона не може мати юридичного значення поза своєю адекватністю або відповідністю об'єктивному праву, останнє – тому, що воно отримує значення для суб'єктивних прав тільки у зв'язку з своєю реалізацією актом свідомої індивідуальної волі. Таким чином, юридичні наслідки правочинів є результатом індивідуальної волі та об'єктивного права як одного неподільного цілого...» [78, с. 672].

Проте в юридичній літературі висловлюються і протилежні думки, насамперед пов'язані із тим, що досягнення сторонами домовленості щодо виникнення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків є єдиною передумовою виникнення цивільно-правового договору.

Так, А.Д. Корецький, класифікуючи договори, пропонує визнати цивільно-правовим також фактичний (довірчий, неюридичний) договір. Зазначений договір, на думку автора, за часом виникнення завжди передуює виникненню юридичного (тобто цивільно-правового) договору. «Останні, як правило, лише об'єктивізують умови вже досягнутої домовленості. Звідси впливають різні функції кожного з них. Фактичному договору відведена роль своєрідного «пускового механізму», що залучає своїх учасників у

соціальні відносини і безпосередньо визначає їх поведінку стосовно один одного. Юридичний договір найчастіше лише оформлює і поясняє оточуючим поведінку його учасників, а також вводить його в орбіту відносин, які охороняються юридичними нормами» [106, с. 70]. Додатково зазначається, що фактичні договори є ядром юридичних домовленостей, змістом договору, а юридичний договір є характеристикою фактичної домовленості [106, с. 17-20, 56-57].

І хоча наведена теза не позбавлена недоліків, зауважимо, що визнання фактичних договорів «ядром» юридичних договорів призводить до їх змішування та логічного висновку про їх однакову правову природу («ядро» певного явища не може мати іншу правову природу, аніж ту, що характеризує саме явище). Як правильно наголосив М.Ф. Казанцев, «вгадується раціональна думка» про те, що юридичні та неюридичні договори мають спільні ознаки, що притаманні договору як явищу. Головною ознакою, яка неюридичні (фактичні) договори відрізняє від юридичних, є можливість забезпечення останніх державним примусом [101, с. 72].

Отже, правові та неправові договори характеризуються однаковими ознаками, притаманними договору загалом (зокрема, вчиняються двома або більше сторонами, виражають погоджену волю сторін, спрямовані на регулювання цивільних відносин між його сторонами тощо), однак розрізняються можливістю їх забезпечення державним примусом.

І якщо А.Д. Корецький не визначає співвідношення фактичного договору з юридичним з точки зору їх змісту, то І.Є. Степанова, щоправда, не застосовуючи термін «фактичний (неюридичний) договір», писала, що всі юридичні факти – факти соціальні, а договір як соціальний факт виникає з моменту досягнення домовленості між його сторонами, незалежно від того, чи відповідає така домовленість нормам закону (наприклад, чи включені у договір усі істотні умови договору певного виду). З посиланням на Д.О. Тузова науковець підсумувала, що «складно погодитись із тим, що

правочин може існувати фактично, проте не існувати юридично» [157, с. 7, 77-78; 161, с. 75, 78].

Отже, якщо А.Д. Корецький під фактичними договорами розумів домовленості, які виникають між сторонами стосовно їх взаємних цивільних прав та обов'язків і якими вони керуються до моменту укладення юридичного договору, то І.Є. Степанова і «договори» розглядає як соціальні факти, що характеризуються спрямованістю на виникнення, зміну або припинення зобов'язальних правовідносин, незалежно від того, чи відповідають вони нормам об'єктивного права. Іншими словами, у трактуванні І.Є. Степанової фактичний договір – це домовленість у «чистій формі», як це визначено у ч.1 ст. 626 ЦК України, де дається легальна дефініція договору. Тобто договір є домовленістю, не обтяженою додатковими умовами, які своїм змістом формують склад юридичного факту цивільно-правового договору.

На нашу думку, викладені позиції потребують деякого уточнення. Сформульоване названими авторами визначення цивільно-правового договору та фактичного договору є такими, що допускають їх змішування: фактичний договір може бути дійсним (мати сформований склад юридичного факту, відповідати нормам об'єктивного законодавства), недійсним (мати сформований склад юридичного факту, однак не відповідати нормам об'єктивного законодавства) та неукладеним (не мати сформований склад юридичного факту; в цьому випадку наявність порушень норм об'єктивного законодавства не має значення, адже недійсними є лише правочини, тобто укладені договори).

З метою недопущення змішування категорій «цивільно-правовий договір» і «фактичний договір», під останнім будемо розуміти лише домовленості, спрямовані на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, що не забезпечуються примусом з боку держави.

Відсутність забезпечення державним примусом дій осіб, які вчиняються з метою встановлення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків, може пояснюватися лише тим, що не виконуються гіпотези конкретних правових норм, які регулюють ті права та обов'язки, які мають намір отримати виконавці зазначених дій. Як уже зазначалося, невиконання гіпотез правових норм має місце в тих випадках, коли юридичне явище, зокрема договір, не формується як юридичний факт.

Через призму юридичної конструкції складу юридичного факту є очевидним, що переривання процесу формування юридичної конструкції, зокрема договору, може мати місце або за відсутності елементів такого складу, або за наявності дефектів в елементах складу юридичного факту цивільно-правового договору.

Зазначимо, що цивілістичній науці термін «дефектний юридичний факт» є відомим. Очевидним є те, що юридичний факт із матеріальної сторони (як реальна життєва обставина) не може мати жодних дефектів. Термін «дефект» слід розуміти як ваду, недолік, а отже, дефектність встановлюється шляхом порівняння певних ознак явища із тією правовою моделлю юридичного факту (фактом-моделлю), що закріплена у гіпотезі відповідної норми права [153, с. 259]. З цього приводу В.М. Синюков писав, що поняття юридичного факту, на відміну від події, що знаходиться в його основі, є явищем відображуючим; реальне явище і факт-модель мають різні способи формування: перше є частиною середовища, фрагментом дійсності, друге – продуктом розумової діяльності; існування першого і другого можуть не збігатися у часі: реальне явище може виникнути і припинитися, а факт його існування може бути встановлений значно пізніше, він може бути результатом процесуальної діяльності; цілком можливе відносно самостійне існування цих явищ: за відсутності будь-якої обставини в реальному житті може існувати його юридична модель (наприклад, особа не вчиняла злочин, а

в результаті судової помилки щодо неї винесено обвинувальний вирок) [151, с. 23].

Таким чином, дефектний юридичний факт – це юридичний факт, який містить вади, недоліки його елементів як юридичної конструкції. Іншими словами, дефектність юридичного факту пов'язана не з відсутністю елементів складу юридичного факту, а саме з їх недоліками. Наприклад, недосагнення згоди з усіх істотних умов договору свідчить про відсутність елементів складу юридичного факту, а досягнення згоди щодо умов договору, які суперечать імперативним приписам законодавства, свідчить про сформованість складу юридичного факту, однак із наявними недоліками (дефектами).

Разом з тим у доктрині цивільного права визначено й інші ознаки дефектного юридичного факту, зокрема, невідповідність приписам права (зауважимо, що невідповідність приписам права не слід ототожнювати із протиправністю); наявність порушення в адекватності відображення ним реального явища або дії (в договірній практиці така ознака виявляється, наприклад, у випадку введення особи в оману стосовно умов договору, укладення договору під примусом тощо); дефектний юридичний факт завжди зумовлює «відмінні від «нормальних» юридичні наслідки». Таким чином, констатується, що дефектний юридичний факт є підставою для виникнення відновлювальних засобів юридичного реагування, «реалізації засобів захисту порушених приватних або публічних інтересів».

Узагальнюючи наведені ознаки, В.В. Муругіна визначає дефектний юридичний факт як особливий вид фактів, які мають у своєму юридичному складі дефект та (або) невідповідність реальній відображуючій дії (або події) і, як наслідок, зумовлюють правові наслідки у вигляді власної недійсності і поновлення порушеного права [122, с. 96-97]. Таким чином, констатується, що дефектність елементів складу юридичного факту пов'язується із недійсністю правочину.

Проте цілком погодитись із запропонованим визначенням не можна у зв'язку з тим, що дефектний юридичний факт (принаймні у договірній практиці) не завжди зумовлює недійсність і застосування відповідних засобів поновлення прав. Це його потенційна здатність, яка пояснюється існуванням такої категорії, як оспорювані недійсні правочини, які тільки за певних умов (зокрема, у випадку їх оскарження; непропущення строку позовної давності тощо) є підставою для застосування вказаних засобів правового реагування.

Разом з тим автором правильно відзначено, що невідповідність (наявність недоліків) у складі юридичного факту має наслідком його недійсність, а не неукладеність. Не вдаючись у подробиці проблеми співвідношення недійсності і неукладеності, назовемо, ще одну ознаку дефектного юридичного факту – в його складі є всі елементи відповідного юридичного факту, однак вони (елементу складу) не відповідають нормам об'єктивного права, які регулюють відповідні правовідносини. Зазначена теза пояснюється тим, що укладення договору, яке в площині юридичних фактів слід розглядати як завершення процесу накопичення необхідних елементів для виникнення договору – юридичного факту, відповідно до чинного законодавства не залежить від того, чи є такий договір дійсним або недійсним. Недійсність або дійсність договору має вплив виключно на характер юридичних наслідків цивільно-правового договору, а не на факт формування його юридичної конструкції.

Таким чином, договір не виникає як юридичний факт лише у випадку відсутності у його складі юридичного факту необхідного та достатнього обсягу елементів (незалежно від того, чи дотримано вимоги чинного законодавства у факті волевиявлення та у його змісті. Недотримання зазначених вимог, як уже зазначалося, зумовлює недійсність правочину).

Разом з тим зазначимо, що в юридичній літературі також висловлюються думки, відповідно до яких недійсний правочин не слід розглядати як юридичний факт. Так, О.О. Кот пише, що «... видається

обґрунтованим висновок про те, що немає підстав для кваліфікації недійсного правочину як самотійного факту, з яким норми права пов'язують настання тих або інших правових наслідків...» [108, с. 159]. Аналогічну позицію висловлює і Н.С. Кузнєцова: «... порушення умов дійсності правочину само по собі не перетворює цю дію в правопорушення, воно позбавляє цю дію («волевиявлення» за М.М. Агарковим) статусу юридичного факту» [112, с. 59-60].

Проте погодитись із такою позицією не можна: автори ігнорують той факт, що недійсність – це не тільки відсутність юридичного результату правочину, який уклали сторони, а також і низка зобов'язань (правовідносин), які виникають внаслідок визнання договору недійсним (і замість первісного зобов'язання), а саме – реституція, відшкодування моральної та матеріальної шкоди.

Розгляд змісту поняття «дефектний юридичний факт», на нашу думку, буде неповним без його порівняння із такою ознакою, як протиправність. Так, розглядаючи проблематику дефектних юридичних фактів, В.Б. Ісаков (щоправда, він не використовував наведену термінологію) вказував на те, що виникнення дефектного факту або складу є порушенням правопорядку або безпосередньою загрозою такого порушення [99, с. 123].

Однак із такою тезою погодитися не можна. На нашу думку, Д.О. Тузов точно визначив, що «недійсність і протиправність – дві категорії, що не збігаються і навіть не перетинаються, негативне вираження двох різних форм правової оцінки дії на предмет її невідповідності нормам позитивного права» [163, с. 6].

Для того щоб зазначена теза була більш зрозумілою, на нашу думку, необхідно звернутися до роботи радянського вченого О.Е. Лейста, який писав, що в тих випадках, коли правова норма встановлює певний порядок, однак не містить заборони відступати від нього (наприклад, форма договору), «не може бути й мови про правопорушення і про «санкцію», хоча б із

недотримання норми і впливали будь-які несприятливі наслідки» [114, с. 56].

Таким чином, дефектність відрізняється від правопорушення тим, що вимоги до елементів складу юридичного факту (зокрема, і договору) не корелюють певній забороні, що передбачена за відхилення від встановлених вимог, незважаючи на наявність інших так званих «негативних наслідків» (під ними, як видається, можна розуміти недійсність правочину загалом і договору зокрема). Зазначене логічно впливає з того, що чинний ЦК України не визначає недійсність правочину як санкцію за недотримання вимог, необхідних для чинності правочину.

Якщо розглядати означену проблему більш широко, а саме в контексті співвідношення договору і делікту, то наведені аргументи також будуть прийнятними. Делікт відрізняється від договору тим, що він, по-перше, має позадоговірний характер, а по-друге, є наслідком певної санкції, встановленої за відхилення від визначеного нормами позитивного права правила поведінки.

Із зазначеного випливає, що дії фізичних і юридичних осіб, спрямовані на виникнення, зміну або припинення зобов'язального правовідношення, не забезпечуються державним примусом лише тоді, коли, з точки зору права, вони не призводять до виникнення юридичного факту. Як уже зазначалося, підставами, що «блокують» формування правового явища як юридичного факту, є переривання або незавершеність процесу накопичення елементів складу юридичного факту.

Отже, юридичні конструкції, в яких немає елементів складу юридичного факту, не можуть бути юридичними фактами.

Аналіз впливу відсутності елементів складу юридичного факту правового явища, зокрема договору, на факт можливості приводити до настання юридичного результату (здатність бути юридичним фактом), дає можливість сформулювати дефініцію фактичного договору.

Фактичний договір – це домовленість сторін, спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов’язків, яка не забезпечується державним примусом через відсутність необхідних елементів складу юридичного факту цивільно-правового договору.

Доцільність і практична потреба у визначенні цієї правової конструкції полягає в тому, що фактичний договір позначає сукупність квазідоговірних конструкцій, які, незважаючи на ненадання їм статусу юридичного факту, містять деякі або всі умови договору, укласти який бажають його сторони. Зазначені договірні умови мають значення для проведення юридичної кваліфікації, зокрема, договору неукладеним. Крім того, фактичний договір може бути «трансформований» у юридичний шляхом вчинення того обсягу дій, який би заповнив відсутні елементи складу цивільно-правового договору як юридичного факту.

Аналіз чинного законодавства, а саме ст. 210, 638 – 640 ЦК України, дає підстави для висновку, що до обсягу поняття «фактичний договір» входять «договори», в яких: 1) сторони не досягли домовленості щодо всіх істотних умов; 2) не здійснено нотаріальне посвідчення; 3) не проведено державну реєстрацію; 4) не передано річ або майно, не вчинено дію у договорах, які вважаються укладеними з моменту такої передачі або вчинення дії (реальні договори) [18].

Зауважимо, що визначення змісту терміна «фактичний договір» проведено на підставі формальних ознак, визначених чинним законодавством. Надалі буде проведено детальний аналіз впливу зазначених факторів (істотних умов договору, нотаріального посвідчення та державної реєстрації, форми договору, передачі майна або вчинення дії у реальних договорах) на факт укладення договору. Так, на нашу думку, чинне законодавство містить низку неточностей щодо регулювання правовідносин, пов’язаних із впливом форми договору, нотаріального посвідчення і державної реєстрації, передачі майна або вчинення дії у реальних договорах

на момент укладення договору, а отже, існує потреба в законодавчих змінах. До моменту внесення таких змін, згідно із чинним законодавством, обсяг поняття «фактичний договір» формують вищезазначені п'ять випадків.

Фактичні договори можна класифікувати за декількома критеріями:

1) залежно від можливості фактичного виконання: фактичні договори, що можуть бути виконані («договори» без державної реєстрації та/або нотаріального посвідчення; реальні договори, в яких не здійснено передачі речі або не вчинено дії, з якою закон пов'язує момент укладення; договори, вчинені у неналежній формі); фактичні договори, які не можуть бути виконані у зв'язку із відсутністю такого елемента складу юридичного факту цивільно-правового договору, як досягнення домовленості з усіх істотних умов. Зазначимо, що у підрозділі 1.2 Глави I цієї роботи детально розглядається проблема поняття та значення істотних умов договору, їх вплив на можливість його виконання;

2) залежно від характеру елементів складу договору як юридичного факту, які відсутні: фактичні договори, в яких відсутня одна або більше умов укладення договору (наприклад, якщо згода не охоплює всі істотні умови конкретного виду договору), а також фактичні договори, в юридичному складі яких відсутні умови/обставини, з якими закон пов'язує момент укладення договору (відсутній факт передачі речі в реальних договорах, не було вчинено нотаріального посвідчення або державної реєстрація договору).

Отже, фактичні договори мають низку ознак юридичного договору, а також містять частково або повністю його умови, а отже, є важливими для потреб правової кваліфікації. Вони є «імітацією» юридичного договору (статичним відображенням процесу накопичення елементів складу юридичного факту цивільно-правового договору), проте позбавлені забезпечення державним примусом з боку держави. Зазначена правова конструкція, як видається, необхідна для позначення групи неправових явищ (з точки зору права вони не мають значення для виникнення договірних

зобов'язання), «прикордонних» випадків, коли наявна кількість елементів складу юридичного факту договору, без детальної правової кваліфікації, «імітує» укладений договір.

Фактичні договори можна порівняти із натуральними зобов'язаннями. Характеризуючи останні, Р.А. Майданик пише, що «такі зобов'язання, з міркувань державного або морального інтересу, закон оголошує дійсними, але такими, що не підлягають виконанню шляхом суспільної влади. В останньому випадку до таких, зокрема, належать зобов'язання малолітнього без згоди піклувальника; такою є закладна на нерухомість, складена з порушенням форми її вчинення; таким стає будь-яке зобов'язання після закінчення позовної давності». Також прикладом натурального зобов'язання є зобов'язання з договору, який не був укладений у простій письмовій формі, необхідній для доказування існування договору. Крім того, автор зазначає, що негативною рисою натуральних зобов'язань є те, що вони не викликають «сутнісного ефекту зобов'язання у вигляді надання позову про виконання», а позитивна полягає в юридичних наслідках, пов'язаних із фактом їх виконання, а саме: «платіж за натуральними зобов'язаннями, зроблений добровільно, вважається належним виконанням, тому його не можна повернути назад» [61, с. 904].

Фактичний договір, як і натуральне зобов'язання, позбавлений права на позов, проте, на відміну від останнього, виконання фактичного договору не завжди призводить до припинення зобов'язання шляхом його виконання (ст. 599 ЦК України). Так, виконання сторонами договору, який не було нотаріально посвідчено та/або не проведено його державної реєстрації, зрештою, не призводить до припинення договірного зобов'язання шляхом його належного виконання.

На нашу думку, зазначені правові конструкції характеризуються різною правовою природою. Натуральне зобов'язання є алеаторним (ризиковим). Н.І. Майданик вважає, що «в алеаторних правочинах надання однієї сторони

залежить від випадку (casus), що породжує невизначеність існування або розміру надання і не дозволяє під час укладення договору визначити шанси виграшу або втрати» [116, с. 402]. На відміну від звичайного ризику невиконання договірної зобов'язання, негативні наслідки невиконання зобов'язання не можуть бути «компенсовані» правовідновлюючими, правозахисними засобами (заходами) «суспільної влади» (фактично – юрисдикційними і неюрисдикційними способами захисту цивільних прав).

У фактичних договорах елемент такого алеаторного ризику є відсутнім, адже презюмується, що сторонам, які мають намір вступити у договірні відносини, відомі норми чинного законодавства, що регламентують процес укладення цивільно-правового договору. Як уже зазначалося, фактичний договір є наслідком незавершення процедури його укладення, невчинення стороною (сторонами) всього обсягу дій, необхідного для виникнення договору – юридичного факту. Тому фактичні договори позбавлені судового захисту у зв'язку з тим, що, з точки зору права, не виникає предмет (об'єкт) такого захисту. Єдиним способом захисту заінтересованої особи (сторони фактичного договору) є вчинення обсягу дій, необхідного для завершення процедури укладення договору, після чого можуть бути застосовані цивільно-правові способи захисту.

Таким чином, основною відмінністю фактичного договору від натурального зобов'язання є відсутність алеаторного ризику, а також те, що натуральне зобов'язання – це завжди існуючий юридичний факт (якщо є зобов'язання, то є і юридичний факт), однак зміст суб'єктивного права, який він породжує, позбавлений такого елемента, як право на позов. Фактичний договір, після завершення процедури його виконання, може бути захищений за допомогою цивільно-правових способів захисту цивільних прав та інтересів.

Характеристика ознак цивільно-правового договору як юридичного факту буде неповною без тих ознак, якими характеризується договір як загальнотеоретична конструкція в цілому, зокрема:

1) свобода волевиявлення (нормативно ґрунтується на нормах п. 3 ч. 1 ст. 3 та ст. 627 ЦК України, якими закріплено принцип свободи договору; виявляється у таких повноваженнях: визначення доцільності вступу у договірні відносини; визначення суб'єкта, з яким особа має намір вступити у договірні відносини; визначення умов договору; визначення форми договору) [18];

2) погодження індивідуальних волевиявлень сторін. Зауважимо, що вперше різність інтересів сторін у договорі визначив німецький цивіліст Е. Цительман. Згодом ця теза отримала підтримку. Так, М.Г. Александров писав, що у договорах сторони прагнуть «у формальному сенсі до одного й того самого, проте водночас кожен до свого, особливого» [55, с. 71]. Однак така відокремленість інтересів не є «абсолютною» та має місце лише до етапу погодження волі сторін, результатом чого є досягнення домовленості (домовленість, у свою чергу, аналітично може бути розкладена на оферту та акцепт);

3) рівність волевиявлень сторін. У юридичній літературі зазначається, що відмінною особливістю будь-якого договору є формальна рівність воľ, що беруть у ньому участь, принаймні в момент самого вчинення договору. Відсутність формальної рівності робить непотрібним договір через те, що одна сторона має формальну можливість приписувати свою волю іншій [55, с. 81-82]. Вважаємо за доцільне приєднатися до висловленої думки, а також додати, що формальна рівність сторін (а, отже і їх волевиявлень) є однією із головних ознак цивільного права, яка відрізняє його від суміжних галузей. Нормативно це закріплено у ч. 1 ст. 1 ЦК України, де визначено, що цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові

відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників [18];

4) еквівалентність (взаємність прав та обов'язків у сторін договору);

5) забезпечення державним примусом.

Формально ці ознаки відображаються в умовах, які становлять зміст складу юридичного факту цивільно-правового договору. Так, наприклад, за ознакою вільності волевиявлення юридичний факт договору відрізняється від державного контракту як юридичного факту, який за своїм змістом є комплексним явищем, що охоплює як цивільно-правові елементи, так і адміністративно-правові; відсутність погодження індивідуальних волевиявлень має наслідком відсутність домовленості як такої. В такому випадку можна лише констатувати наявність волевиявлення тільки однієї сторони, спрямованого на виникнення, зміну або припинення зобов'язального правовідношення (наприклад, українськими судами напрацьовано достатньо розгалужену практику стосовно кваліфікації неукладеними договорів, підписаних із протоколом розбіжностей, якщо в подальшому спірні питання не були врегульовані сторонами); як уже зазначалося, рівність волевиявлень сторін є тією передумовою, що дозволяє кваліфікувати певні правовідносини як такі, що регламентуються саме цивільним правом; еквівалентність прав та обов'язків сторін у договорі відрізняє його від односторонніх правочинів, у яких така еквівалентність відсутня; за ознакою забезпеченості державним примусом договори як юридичні факти відрізняються від фактичних договорів.

Із проведеного аналізу можна дійти висновку, що проблему неукладеного договору слід розглядати у площині юридичних фактів. Укладення договору має процедурний характер і є результатом накопичення елементів, сукупність яких у юридичній науці отримала назву «склад юридичного факту». Встановлення елементів складу юридичного факту

цивільно-правового договору потребує дослідження його змісту і форми, визначення їх впливу на момент укладення договору.

З огляду на те, що домовленість сторін як первинний елемент і головна ознака договору охоплює його умови, а форма договору є способом зовнішнього вираження його умов, логічним є продовження характеристики договору як юридичного факту цивільного права в контексті значення істотних умов на факт укладення договору.

1.2 Значення істотних умов для укладення договору

Досягнення згоди з усіх істотних умов є елементом складу юридичного факту цивільно-правового договору, а отже, і необхідною умовою укладення договору.

Законодавець визначає «істотні умови договору» в абзаці 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України, відповідно до якого істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди [18].

Із аналізу наведеного визначення доходимо висновку, що всі істотні умови можна поділити на такі групи:

- 1) умови про предмет договору;
- 2) умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду;
- 3) умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Залежно від об'єктивності визначення істотних умов договору їх можна поділити на:

- 1) об'єктивно закріплені істотні умови – предмет договору;
- 2) умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду;
- 3) суб'єктивно закріплені істотні умови – усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди [127, с. 148].

Крім того, зі змісту ч. 1 ст. 638 ЦК України випливає, що законодавець як умову укладення договору визначає необхідність досягнення домовленості виключно стосовно істотних умов договору [18].

Разом з тим загальновідомим є поділ договірних умов на істотні, звичайні та випадкові. Таким чином, може скластися хибне враження про те,

що окрім істотних умов додатково існує низка інших умов, які не мають значення для укладення договору.

Таким чином, однією із проблем у визначенні істотних умов договору є змішування істотних умов з звичайними та випадковими, а також проблемними є питання, пов'язані насамперед із змістом термінів «істотна умова договору», «предмет договору», «умови, що є необхідними для договору даного виду», які і будуть розглянуті в межах цього розділу.

Крім того, встановлення змісту категорій «істотні умови договору» та «звичайні умови договору» тягне за собою питання впливу на факт укладення договору тих його умов, які визначаються імперативними і диспозитивними нормами, що також буде розглянуто далі.

У дореволюційній юридичній літературі про класифікацію умов договору писав В.М. Хвостов, який на підставі вивчення положень римського права дійшов такого висновку: «Стосовно змісту кожного юридичного правочину необхідно зазначити: 1) у кожному правочині є, по-перше, такі ознаки, які повинні бути неодмінно відомим чином встановлені сторонами для того, щоб домовленість сторін можна було віднести до певної категорії визнаних правом правочинів: це – *essentialia negotii*...; 2) окрім цих істотних елементів, до складу правочину можуть входити і такі, які звичайно у правочині певного виду присутні, однак не є необхідними, так що вони можуть бути виключені сторонами. Такі елементи називаються *naturalia negotii*...; 3) зрештою, сторони можуть внести у правочин будь-яке застереження, наприклад, умову або строк, яке не є істотним для самого поняття правочину, що укладається, і, зазвичай, навіть відсутнім, оскільки воно не впливає з його природи. Такі застереження називаються *accidentalia negotii*. В окремому випадку, звичайно, сторони можуть надати таке значення будь-якому *naturale* або *accidentale negotii*, що правочин не може вважатися укладеним, поки не настане повна згода сторін стосовно такого пункту» [168, с. 147-148].

Таким чином, В.М. Хвостов вважав, що існування договору за відсутності істотних умов є неможливим, адже вони «відносили [домовленість. – Є.Т.] до певної категорії визнаних правом правочинів». Такі висновки слід визнати справедливими, однак стосовно римського права та із врахуванням специфіки тогочасного договірного регулювання, яка полягає в тому, що останньому були відомі та забезпечувалися судовим захистом лише поіменовані договори. Таким чином, істотні умови в римському праві відігравали роль «юридичного маркера», за допомогою якого можна було встановити вид (або, як писав В.М. Хвостов, «категорію договору») і відповідно кваліфікувати, чи забезпечується договір державним примусом (визнається зі сторони держави).

Д.І. Мейєр, підтримуючи зазначений поділ договірних умов, вказував на те, що «кожен правочин складається з складових частин, які і можна назвати складовими частинами правочину. Вони або необхідні, або звичайні, або випадкові. Необхідні частки правочину (*essentialia negotii*) – це такі частини, які, так би мовити, становлять правочин, без яких він немислимий». Коментуючи різницю між «складовими частинами» (умовами договору), науковець зазначав, що їх відмінність полягає в тому, що при недійсності «необхідних» умов, які стосуються сутності договору, «руйнується» весь договір, а недійсність інших умов не призводить до недійсності договору в цілому [120, с. 180].

Таким чином, поділ договірних умов Д.І. Мейєр провів на іншій підставі, а саме залежно від дійсності договору в цілому, при визнанні недійсними частини його умов.

Крім того, зазначимо, в дореволюційній цивілістиці істотні умови не розглядалися в контексті їх необхідності саме для укладення договору.

У літературі радянського періоду змінюються підходи до розуміння істотних умов договору і наголошується на тому, що істотні умови є необхідною мінімальною кількістю умов, погодження яких має наслідком

укладення договору. Так, О.С. Іоффе писав, що «... істотними вважаються умови, які необхідні і достатні для укладення договору. Це означає, що за відсутності хоча б однієї з них договір не визнається укладеним, а якщо всі істотні умови наявні, то він вступає в дію, навіть якщо і не містить жодних інших умов» [98, с. 28].

Висловлена О.С. Іоффе позиція підтримується і в сучасній юридичній літературі. Так, М.І. Брагінський та В.В. Вітрянський зазначають, що під істотними умовами договору розуміють умови, які формують договори загалом та їх окремі типи (види) зокрема, необхідні та достатні для того, щоб договір вважався укладеним і тим самим здатним породжувати права й обов'язки сторін [71, с. 238].

І.Є. Степанова, підтримуючи визначення істотними умовами тих, що є необхідними для укладення договору, додає, що «... до істотних мають відноситись лише ті умови, які виражають природу договору – характерні риси відповідного договірного типу, без погодження яких договір виконати не можливо» [158].

Вважаємо за необхідне приєднатися саме до цієї точки зору з огляду на таке. Головною функцією цивільно-правового договору є опосередкування обігу благ у суспільстві. Таким чином, саме виконання договору, а не його виникнення як юридичного факту (юридичної конструкції), прагнуть сторони, що мають намір вступити у зобов'язальні правовідносини. Тому визнання під істотними умовами мінімальної кількості умов, погодження яких є необхідним для укладення договору, має наслідком визначення тих умов, без погодження яких виконати такий договір буде неможливо.

Із зазначеного логічно випливає, що істотні умови договору або *essentialia negotii* вибудовують «каркас» змісту правової конструкції договору певного виду, «формують сутність договірного правовідношення, що виникає» та є необхідними й достатніми умовами для його укладення і виконання [85, с. 92].

Разом з тим, незважаючи на зміни підстав класифікації, як у радянській, так і в сучасній літературі існує поділ усіх договірних умов на істотні, звичайні та випадкові [127, с. 148; 98, с. 28-30; 169, с. 371].

Під звичайними умовами розуміють такі умови, що зазвичай трапляються в конкретних видах договорів і передбачені диспозитивною нормою права, а випадковими є умови, які доповнюють або змінюють звичайні умови. Так, О.С. Юффе писав, що випадкова умова може з'явитися лише тому, що одна з сторін вимагала її погодження, але вона за своєю об'єктивною природою випадкова. Проте позиція автора є непослідовною стосовно випадкових умов, адже він зазначав, що якщо хоча б одна з сторін вимагає включення певної умови до змісту договору, то така умова відповідно до закону є істотною [98, с. 79].

Проте в сучасній літературі висловлюються позиції стосовно того, що при класифікації договірних умов необхідно розглядати або певний договірний тип, і в такому випадку можна говорити про істотні, звичайні та випадкові умови (залежно від того, чи притаманні певні умови договірному типу в цілому); або конкретний договір, у якому можуть мати місце лише істотні та звичайні умови (випадкових умов у конкретному договорі бути не може, адже вони є тими суб'єктивно-визначеними умовами, за термінологією І.Б. Новицького і Л.А. Лунца, що належать до істотних) [157, с. 63-68].

Окремо розглянемо позицію В.В. Віпрянського, який зазначає, що «всі умови укладеного договору є істотними». Аналізуючи договірні умови, автор дійшов таких висновків: 1) імперативні норми є такими, що не входять до складу договірних умов; 2) диспозитивні норми є за своїм змістом «умовним варіантом» імперативних, а отже, також є істотними умовами договору; 3) під випадковими умовами слід розуміти лише такі, що мали місце на переддоговірній стадії укладення договору і не увійшли до його змісту. Якщо умови, не визначені законом як істотні або звичайні, увійшли до змісту договору, то вони згідно відповідним приписам закону є істотними. Таким

чином, немає підстав для виділення так званих випадкових умов в окрему категорію договірних умов. Автор вказує на багатозначність терміна «договір», а зазначені умови розглядаються ним через призму «договору – правовідношення». Окремо необхідно звернути увагу на той факт, що В.В. Вітрянський, незважаючи на критику такого підходу, є прихильником думки, що «договір-правочин» являє собою лише юридичний факт, який «в принципі не може мати власного змісту», а отже, дослідження істотних умов, на його думку, «передбачає аналіз «договору-правовідношення», зміст якого жодним чином не вичерпується пунктами, що містяться в тексті договору» [75; 76]. Іншими словами, аналіз договірних умов проводиться за наслідками тих прав та обов'язків, які породжують відповідні умови, включаючи ті, які не містяться безпосередньо у тексті договору.

Проте погодитись із висловленою В.В. Вітрянським думкою щодо змісту договору не можна, оскільки договірне зобов'язання є явищем похідним відносно самого договору.

Так, стосовно розмежування договірних умов і правовідносин, які виникають на їх підставі, О.С. Іоффе писав, що права й обов'язки створюють зміст зобов'язання, але не договору, який породив таке зобов'язання; сукупність умов становить зміст домовленості, але не зобов'язання, яке з нього виникло [98, с. 27-28].

Аналогічну позицію мав і О.О. Красавчиков, який зазначав, що умови є елементами домовленості, а права й обов'язки – змістом конкретного зобов'язання, адже в самому договорі немає прав та обов'язків; у ньому лише міститься конкретна вольова модель того правовідношення, яке виникне відповідно до закону та на підставі договору [155, с. 440].

Отже, запропонований В.В. Вітрянським підхід до визначення договірних умов не може бути використаний повною мірою для дослідження умов, необхідних для укладення договору, адже має метою аналіз

зобов'язальних правовідносин, що виникли як на підставі умов договору, так і норм закону.

Аналіз наведених підходів дає підстави для висновку, що в цивілістичній науці склалося декілька класифікацій договірних умов, які мають однаковий перелік елементів (істотні, звичайні, випадкові), однак є відмінними за своїми підставами:

- 1) залежно від здатності формувати ознаки, що необхідні для віднесення конкретного договору до певного виду (В.М. Хвостов);
- 2) залежно від того, чи призводить недійсність умов до недійсності договору загалом або його певної частини (Д.І. Мейєр);
- 3) з огляду на притаманність певних умов договірному типу в цілому, а також залежно від наявності певних умов у змісті конкретного договору (І.Є. Степанова);
- 4) залежно від прав та обов'язків, які виражаються у зобов'язальному правовідношенні (В.В. Вітрянський).

Очевидно, що у наведених класифікаціях відсутня така підстава, як необхідність умов для укладення договору. Такий феномен, на нашу думку, має місце у зв'язку з тим, що авторами сприймається теза про необхідність лише істотних умов для укладення договору. Водночас наведені класифікації створюють передумови для припущення про нібито наявність якихось додаткових умов, які не мають значення для укладення договору.

Таким чином, кожна із категорій («істотні умови», «звичайні умови», «випадкові умови») потребує її детального аналізу з метою визначення її впливу на процес укладення договору.

На початку цього підрозділу зазначалося, що предмет договору належить до об'єктивно визначених (тобто необхідність його встановлення впливає із закону і не залежить від волі сторін) істотних умов та є одним із структурних елементів категорії «істотні умови договору». Він має важливе

практичне значення, а саме індивідуалізує предмет виконання, визначає характер самого договору.

У цивілістичній науці не склалося єдиного підходу до розуміння предмета цивільно-правового договору. Слід зауважити, що питання визначення поняття предмета договору, насамперед, пов'язане із дискусією щодо визначення змісту категорії «об'єкт» правовідношення: залежно від співвідношення предмета договору та об'єкта правовідношення склалося три позиції щодо визначення змісту поняття «предмет договору».

Так, існує думка, що предметом договору є те благо, яке передається кредиту [71, с. 317; 171, с. 34]. Тобто така позиція ототожнює предмет договору із його об'єктом. Незважаючи на очевидне змішування цих двох категорій, зазначимо, що чинний ЦК України часто оперує саме таким розумінням предмета договору, визначаючи його об'єкт: наприклад, предметом договору найму є неспоживна річ або майнові права (ч.ч. 1, 2 ст. 760 ЦК України); предметом договору прокату є рухома річ, яка використовується для задоволення побутових невиробничих потреб (ч. 1 ст. 788 ЦК України); предметом договору лізингу може бути неспоживна річ, визначена індивідуальними ознаками, віднесена відповідно до законодавства до основних фондів (ч. 1 ст. 807 ЦК України; ч. 1 ст. 3 Закону України «Про фінансовий лізинг») [18; 10]. Водночас названі блага включаються законодавцем до обсягу загального поняття «об'єкти цивільних прав» (ст. 177 ЦК України). Так, у ч. 3 ст. 292 ГК України законодавець для позначення майнових благ, що можуть бути передані за договором лізингу, використовує термін «об'єкт лізингу» [1].

Зміст другої позиції зводиться до того, що об'єкт договору лише в деяких випадках може збігатися із предметом. Наслідком такого підходу, наприклад, є визначення в ролі предмета договору про надання послуг певної діяльності, а договору комісії – товару [130]. Через очевидне змішування понять «об'єкт цивільних прав» і «предмет договору» без відповідного

розмежування зазначена позиція не була сприйнята сучасною цивілістичною наукою.

Зрештою, третя позиція, запропонована О.С. Іоффе, Я.М. Магазинером, ґрунтується на т.зв. «теорії дії» і полягає у наданні значення лише поведінці сторін і, відповідно, визначає в якості предмету договору дії (бездіяльність), які має вчинити боржник на користь кредитора [77, с. 26]. Однак, О.С. Іоффе і деякі його послідовники зазначали, що у випадку, якщо дії пов'язані із передачею майна або речі, то загальним поняттям предмета також охоплюються таке майно або речі [98, с. 89]. Аналогічну позицію висловлює Т.В. Боднар, яка пише, що:

«а) предметом договірною зобов'язання є певна дія, яку вчиняє або зобов'язується вчинити боржник (або утриматися від неї);

б) предметом виконання договірною зобов'язання є конкретна річ (робота, послуга, гроші тощо), яку боржник передає або зобов'язується передати (виконати, надати, сплатити тощо) кредитору» [69, с. 9].

Викладені теоретичні розбіжності й донині є актуальними через непослідовність законодавця щодо вживання понять «об'єкт» і «предмет» договору у чинному законодавстві.

Предмет договору, за своїм функціональним спрямуванням, охоплює все те, з приводу чого виникають зобов'язальні цивільні права й обов'язки. Предмет договору відрізняється від інших умов тим, що він окреслює як поведінку сторін, так і ті майнові блага (індивідуалізує їх до тієї міри, що є необхідною для конкретного виду договору), на які така поведінка спрямована, хоча не визначає спосіб, порядок та інші характеристики такої поведінки. Зазначене обґрунтовується таким.

Аналіз чинного законодавства дає підстави для висновку, що поведінка сторін договору, тобто їх взаємні права й обов'язки, є складовою предмета договору. Ця теза підтверджується змістом норми ч. 1 ст. 509 ЦК України, де встановлено, що зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона

(боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку [18]. Тобто зобов'язальне правовідношення, яке виникає на підставі умов договору, регламентує поведінку його учасників.

Вважаємо за необхідне приєднатися до позиції О.С. Іоффе, Т.В. Боднар що до предмета договору, окрім поведінки його сторін, у договорах, які передбачають передачу майна або речі, також входить майнове благо (об'єкт), щодо якого складаються цивільні права й обов'язки. Зазначене впливає з того, що у багатьох випадках законодавець приділяє основну увагу деталізації предмета договору (хоча фактично йдеться про його об'єкт), аніж самій поведінці суб'єктів (так, наприклад, ст. 656 ЦК України встановлюються вимоги до предмета договору купівлі-продажу, ст. 718 ЦК України – предмета договору дарування тощо), залишаючи її встановлення (зокрема, умови про порядок передачі об'єкта, строки тощо) на розсуд сторін.

Разом з тим у юридичній літературі існує думка про те, що не завжди достатньо самої поведінки сторін договору та його об'єкта для встановлення характеру наслідків, які буде мати такий договір: так, зазначається, що предмет договору має бути доповнений його метою (передача у власність, у користування тощо). Проте така вказівка потрібна не завжди: як приклад наводиться реальний договір зберігання, в якому нібито зберігач зобов'язується зберігати річ без будь-якої мети [157, с. 142].

Правильність наведених доказів є очевидною, адже самого лише визначення дії, без уточнення характеру її правових наслідків, є не достатньо. Одна й та сама дія, наприклад, передача певного майна, є притаманною для договорів, що визначають різні правові наслідки: наприклад, договору купівлі-продажу та договору оренди.

Проте така деталізація правових наслідків договору досягається вказівкою не на мету договору, а на певний майновий титул (правомочність),

на підставі якого сторона, котра отримала певне благо, здійснюватиме свої повноваження відносно останнього. Крім того, як нам видається, сторони мають визначити відповідний майновий титул у будь-якому випадку: це досягається або безпосередньою вказівкою на такий титул, або встановлюється на підставі відповідних норм права та фактичних обставин справи (зокрема, поведінки сторін тощо).

Як приклад наведемо рішення Вищого господарського суду України, який за наслідками розгляду касаційної скарги дійшов висновку, що договір зберігання з правом користування нерухомим майном є удаваним, адже відносини у сфері господарської діяльності, пов'язані з використанням майна третіми особами, регламентуються не умовами договору зберігання (на що наголошували відповідачі по справі, заперечуючи проти задоволення позову), а нормами, які регулюють відносини оренди [37]. Зазначеним судовим рішенням підкреслюється важливість майнового титулу (правомочності) як складової предмета договору.

Якщо ж з характеру поведінки сторін договору не можна встановити його юридичні наслідки (наприклад, передача майна без подальшої деталізації щодо правомочності набувача на таке майно), такий договір має бути кваліфікований як неукладений на підставі того, що в ньому відсутня така істотна умова, як предмет договору.

Отже, предмет договору охоплює майнові та/або немайнові блага, стосовно яких укладається договір (об'єкт договору); поведінку сторін договору (взаємні права й обов'язки, які мають бути вчинені або від вчинення яких сторони мають утриматися); майновий титул, на підставі якого сторона, котра отримала об'єкт правовідношення, надалі здійснюватиме свої правомочності відносно останнього.

Відсутність хоча б однієї зі складових предмета договору свідчить про недосягнення згоди сторін стосовно того, які саме взаємні права й обов'язки вони прагнуть врегулювати та/або стосовного якого об'єкта. Договір за

відсутності його предмета, вочевидь, виконати належним чином не можливо⁶, а, отже дії сторін, спрямовані на укладення такого договору, не можуть бути релевантними для права в сенсі виникнення, зміни або припинення зобов'язального правовідношення.

Наступним видом істотних умов є умови, визначені законодавцем як істотні або такі, що є необхідними для договорів даного виду (абз. 2 ч.1 ст. 638 ЦК України).

З умовами, безпосередньо визначеними законом як істотні в доктрині та судовій практиці не виникає проблем при кваліфікації завдяки ясності їх викладу. Наприклад, у ст. 15 Закону України «Про оренду землі» встановлюється перелік істотних умов договору оренди земельної ділянки [8].

Водночас, питання про умови, що є необхідними для договорів даного виду, й донині залишається дискусійним. Так, деякі цивілісти вважають, що умови, необхідні для договору певного виду, є окремою групою істотних умов, які можуть бути не названі в законі, а їх необхідність визначається природою договору [71, с. 305-306; 88, с. 8-9]. Крім того, зазначається, що істотні умови, необхідні для договорів даного виду, набувають особливої актуальності як самостійна група договірних умов у непоіменованих договорах, які не містять законодавчо встановленого переліку істотних умов [71, с. 305].

Однак із такою позицією, на нашу думку, погодитися не можна. Визнання запропонованого підходу фактично означає невичерпність переліку істотних умов договору, що суперечить самій ідеї встановлення істотних умов договору як мінімальної кількості положень, погодження яких має правовим наслідком укладення договору.

⁶ Відзначимо, що йдеться не про фактичну неможливість виконання договору, а виключно про його юридичний сенс. У договірній практиці не рідко трапляються випадки, коли сторони «заповнюють» недоліки договірного регулювання необхідним обсягом домовленостей (фактично – додатковими договорами в усній формі), які згодом реалізуються у формі конклюдентних дій. У такому випадку не можна говорити про відсутність домовленості між сторонами, адже умови, яких бракує в «первинній» домовленості, можуть бути встановлені судом із аналізу їх фактичної поведінки.

Крім того, слід звернути увагу на те, що законодавець встановлює істотні умови саме для певного виду договорів, що дає можливість для висновку про існування зазначених істотних умов тільки у поіменованих договорах.

Непоіменовані договори, на основі їх правової природи, можуть містити лише такі умови, як предмет договору, а також умови, що включені до його змісту за згодою сторін і які конкретизують поведінку сторін, об'єкт договору, майновий титул, на підставі якого відбувається передача речі. Якщо ж непоіменований договір включає деякі положення поіменованих договорів, то його зміст доповнюють умови, визначені істотними для такого виду договорів. Таким чином, непоіменовані договори не можуть мати будь-якого іншого роду умов, в т.ч. таких, що є необхідними для договорів даного виду.

Разом з тим, за правилами граматики, у змісті норми абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України сполучник «або» не використовується в значенні «і», таким чином констатується альтернативність визначення істотних умов: тобто, умова визначається або як істотна самим законом, або як така, що є необхідною для договору певного виду.

З наведеного можна дійти висновку, що законодавцем закріплено різні форми встановлення істотних умов договору, а не їх різні види.

Істотні умови договору, які є необхідними для договору даного виду, законодавець, найчастіше закріплює через зобов'язання сторін договору погодити ті або інші його умови. Наприклад, у ст. 751 ЦК України встановлено, що матеріальне забезпечення, яке щомісячно має надаватися відчужувачу за договором довічного утримання, підлягає грошовій оцінці [18]. У ч. 2 ст. 877 ЦК України закріплено, що договором будівельного підряду мають визначатися склад і зміст проектно-кошторисної документації, а також має бути визначено, яка з сторін і в який строк зобов'язана надати відповідну документацію [18].

Наведені приклади ілюструють визначення істотної умови через обов'язок погодження того або іншого положення договору.

Із істотними умовами, визначеними законом необхідними для договорів даного виду, тісно пов'язана також проблема договірних умов, які встановлюються законодавцем через диспозитивні норми цивільного права.

Особливу позицію стосовно цього має В.В. Віпрянський: «Якщо стосовно будь-якої умови договору має місце диспозитивна норма, то відсутність у тексті закону (тобто у «договорі-документі») пункту, який визначає таку умову, зовсім не означає, що відповідна умова відсутня у договорі. При цьому звичайно ж мається на увазі договір як правовідношення. Тому з усіх істотних умов необхідно виокремлювати істотні умови договору, визначені диспозитивними нормами (істотні умови, що можуть бути визначені). Крім того, щодо умов договору, визначених диспозитивними нормами, можна зробити ще один принциповий висновок: вказані умови за визначенням завжди є істотними, оскільки належать до категорії умов, названих законом якщо не істотними, то, в будь-якому випадку, необхідними для певного виду договорів» [75].

На нашу думку, погодитись із такою позицією не можна. По-перше, відповідно до абз. 2 ч. 1 ст. 641 ЦК України пропозиція укласти договір (оферта) має містити істотні умови договору і виражати намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття. Таким чином, зміст наведеної норми суперечить висловленій автором думці про те, що окрім істотних умов, які містяться в оферті, існують і інші договірні умови (на думку В.В. Віпрянського, вони також є істотними), які закріплюються за допомогою диспозитивних норм і не входять до змісту «договору-документа».

Крім того, ідея віднесення договірних умов (якщо розглядати договір у розумінні правовідношення), які встановлюються диспозитивними нормами, до «таких, що можуть бути визначені» істотних умов, суперечить самій ідеї

істотних умов як необхідного і достатнього мінімуму. Як зазначає В.В. Вітрянській, такі умови не потребують безпосереднього погодження, натомість із припису закону випливає, що істотними слід визнавати виключно ті умови, стосовно яких має бути досягнута домовленість між сторонами.

На нашу думку, диспозитивні договірні умови як раз і були передбачені законодавцем з тією метою, щоб зменшити коло істотних умов, погодження яких необхідне для укладення договору. Вони необхідні для «розвантаження», спрощення процесу укладення договору від надмірної його деталізації (як це, наприклад, має місце в договорах англо-американської правової системи, що характеризуються надмірною деталізацією у зв'язку із відсутністю відповідного нормативного масиву). Крім того, більшість диспозитивних норм стосується саме виконання договору і покликані бути тими правовими орієнтирами, які, за відсутності відповідного волевиявлення сторін, заповнюють «прогалини» у правовідносинах, що склалися між сторонами.

Також зауважимо, що свою позицію В.В. Вітрянський обґрунтовував із посиланням на М.І. Брагінського, який вказував на те, що «порівнюючи диспозитивні норми з імперативними є підстави для висновку, що перші за своїм змістом є лише умовним варіантом других. Мається на увазі, що будь-яка диспозитивна норма перетворюється в імперативну виключно завдяки тому, що сторони не висловили згоди на відступлення від неї, передбачивши у договорі будь-який інший варіант. Таким чином, і імперативна, і диспозитивна норми (остання завдяки відсутності «іншого» в договорі) самі по собі автоматично стають правилами поведінки контрагентів» [71, с. 303].

Проте така позиція щодо віднесення диспозитивних норм до переліку істотних договірних умов видається не послідовною з огляду на те, що В.В. Вітрянський розділяв думку Р.О. Халфіної стосовно необхідності виключення імперативних норм з переліку договірних (через те імперативні

норми не встановлюють правил фактичної поведінки сторін, однак така поведінка має не суперечити відповідним імперативним правилам), однак самі диспозитивні норми, які, на думку М.І. Брагінського, є «умовним варіантом» імперативних (і, відповідно, вони не мають розглядатися як договірні умови), він зрештою, відносить до складу істотних умов [71, с. 301].

Отже, під істотними умовами договору, які закон визначає як «необхідні для договорів даного виду», слід розуміти умови, які законодавець прямо не визначає як істотні, однак покладає на сторін договору обов'язок щодо їх погодження. Диспозитивні норми не можна віднести до категорії «істотні умови договору», адже однією з ознак істотної умови є необхідність їх погодження, що не притаманно для таких норм. Диспозитивні норми, на відміну від істотних умов договору, не впливають на процес укладення договору, однак є підставою для виникнення, зміни або припинення зобов'язань стосовно неврегульованих договором правовідносин.

Разом з тим необхідно зауважити, що серед диспозитивних норм слід виокремлювати такі, що за своїм змістом є істотними. Зокрема, така норма викладена у ч. 4 ст. 632 ЦК України, де зазначено, що якщо ціна у договорі не встановлена і не може бути визначена виходячи з його умов, вона визначається виходячи із звичайних цін, що склалися на аналогічні товари, роботи або послуги на момент укладення договору [18].

Неможливість застосування норми ч. 4 ст. 632 ЦК України може мати місце, наприклад, при укладенні договору купівлі-продажу на біржі, конкурсі, аукціоні, тобто тоді, коли визначення ціни за своєю природою передбачає застосування правил відповідної біржі, конкурсу, аукціону, а не на підставі правил зазначеної статті ЦК України.

Характерною ознакою проведення торгів на біржі, конкурсі або аукціоні є те, що ціна на товар безпосередньо залежить від попиту і

пропозиції, що мала місце на певній біржі, конкурсі, аукціоні в конкретний день і час. Саме тому, на нашу думку, до біржових торгів, конкурсів або аукціонів не підлягає застосуванню категорія «звичайна ціна».

Також вважаємо, що правила норми ч. 4 ст. 632 ЦК України об'єктивно не підлягають застосуванню у випадках, коли неможливо визначити звичайні ціни на певний вид товару, наприклад, унікальних речей, що не мають аналогів, історичних і культурних цінностей тощо. У цьому випадку неможливість визначення звичайної ціни викликана тим, що такі роду товари не мають еквівалента, порівняння з яким дозволило б визначити звичайну ціну. Зауважимо, що унікальні речі, історичні та культурні цінності можуть мати оціночну вартість, однак категорії «оціночна вартість» та «звичайні ціни» не є тотожними. Якщо перша показує скільки потенційно, ймовірно коштує певна річ, то друга є вираженням практики проведення операцій за участю подібних речей.

Отже, незважаючи на те, що ч. 4 ст. 632 ЦК України встановлює можливість визначення «звичайної ціни», умова про ціну договору є істотною, а не такою, що визначена диспозитивними нормами. Зазначене підтверджується і судовою практикою: так, Вищий господарський суд України кваліфікував договір як неукладений через недосягнення його сторонами домовленості з такої істотної умови договору, як ціна [36].

Із буквального тлумачення абз. 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України випливає, що всі випадкові умови є істотними, адже мають бути включені до змісту договору за заявою хоча б однієї із його сторін. При цьому не є важливим характер цієї норми, зміст тих прав і обов'язків, які вона обумовлює, тощо.

Проте у правозастосовній практиці такі доводи приймаються не завжди: так, Вищий господарський суд України, відхиляючи доводи про неукладеність договору, зазначив, що наявний протокол розбіжностей до вказаного Договору як за редакцією позивача, так і за редакцією відповідача фактично не змінює суттєві умови Договору, що спростовує твердження

скаржника про недосягнення згоди між сторонами за всіма його істотними умовами [40].

На нашу думку, суд касаційної інстанції, встановивши наявність між сторонами протоколу розбіжностей до проекту протоколу, помилково дійшов висновку про відсутність підстав для кваліфікації договору неукладеним, адже істотність суб'єктивно визначених умов договору залежить не від характеру норми або кола питань, яких вона стосується, однак лише від волевиявлення хоча б одного з учасників договору включити її до змісту договору.

Недосягнення домовленості щодо таких умов призводить до випадків, коли процес укладення договору переривається через відсутність домовленості як такої. З цього приводу слушно писали І.Б. Новицький та Л.А. Лунц, які, визначивши зазначені істотні умови як «суб'єктивно визначені», зауважили, що це умови, за відсутності яких особа не бажає укладення договору, про який ідеться [127, с. 148].

Проте, заява про необхідність включення до змісту договору певної умови не завжди має наслідком виникнення неукладеного договору: так, підписання договору без зауважень однієї зі сторін про невключення до його змісту певної договірної умови, про необхідність досягнення домовленості щодо якої заявлялося раніше, має вважатися акцептом нової пропозиції на укладення договору (пропозиції, в якій відсутня спірна договірна умова).

З цього приводу Л. Еннексерус писав: «Якщо сторони уклали договір у письмовій формі або шляхом посвідчення в суді або у нотаріуса, то необхідно припустити, що сторони погодилися повністю про зміст цього документа, хоча б укладенню договору передували або його супроводжували будь-які домовленості, розбіжні зі змістом цього документа» [95, с. 187]. Нормативно вказане положення підтверджується правилом ч. 1 ст. 642 ЦК України, де встановлено, що відповідь особи, якій адресована пропозиція

укласти договір, про її прийняття (акцепт) повинна бути повною і безумовною.

Отже, всі умови, на необхідності включення яких наполягає хоча б одна із сторін договору, є істотними.

Проте якщо сторони уклали договір без відповідних зауважень, навіть якщо про необхідність погодження тієї або іншої умови було заявлено раніше, то такі дії слід розглядати як акцепт нової пропозиції на укладення договору.

Таким чином, аналіз юридичної доктрини, законодавства та судової практики дає підстави для висновку, що для укладення договору мають значення лише істотні умови, під якими слід розуміти умови: про предмет; визначені законодавцем як істотні; обов'язок щодо погодження яких законодавець покладає на сторін («умови, що є необхідними для договорів даного виду»); про включення яких заявила хоча б одна із сторін (випадкові умови). Всі інші договірні умови, зокрема, звичайні мають значення лише щодо виникаючого договірного зобов'язання, однак на факт укладення договору впливу не мають.

Укладення договору, маючи процедурний характер, регулює відносини, пов'язані із закріпленням договірних умов. Спосіб фіксації договірних умов отримав назву «форма договору».

1.3 Влив форми на факт укладення договору

Зі змісту абз. 1 ч. 1 ст. 638 ЦК України випливає, що форма договору, так само як і досягнення згоди з усіх істотних умов договору, є умовою укладення договору (про це, зокрема, вказує використання законодавцем сполучника «якщо» при детермінації випадку, коли договір вважається укладеним).

Чинне цивільне законодавство розрізняє дві форми договору: усну і письмову (ч. 1 ст. 205 ЦК України). Зазначимо, що радянське законодавство розглядало нотаріальне посвідчення як одну із форм правочину: так, у ст. 42 ЦК УРСР було визначено, що угоди можуть укладатись усно або в письмовій формі (простій чи нотаріальній) [19]. Натомість чинний ЦК України розрізняє форму правочину та його нотаріальне посвідчення (ст.ст. 205, 209 ЦК України відповідно), що дає підстави говорити про те, що нотаріальне посвідчення не є різновидом форми [18].

Проте в деяких випадках законодавець, зрештою, допускає змішування зазначених категорій: так, у ч. 4 ст. 639 ЦК України, яка має назву «Форма договору», визначено, що якщо сторони домовилися про нотаріальне посвідчення договору, щодо якого законом не вимагається нотаріального посвідчення, такий договір є укладеним з моменту його нотаріального посвідчення. Крім того, деякі автори продовжують використовувати термін «форма договору» стосовно нотаріального посвідчення: так, А.В. Нижний обґрунтовує існування самостійної нотаріальної форми договору [124, с. 6].

Незважаючи на це, в межах цього підрозділу буде розглянуто вплив на факт укладення договору в тому безпосередньому розумінні, як це закріплено у нормі ч. 1 ст. 205 ЦК України.

За загальним правилом, закріпленим у ч. 1 ст. 639 ЦК України, договір може укладатися у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлено законом [18].

У ст.ст. 206, 208 ЦК України визначено випадки, коли правочини (а отже, і договори) можуть вчинятися усно, а також випадки, в яких правочин належить вчиняти у письмовій формі. І якщо перші (правочин, для яких законом не встановлено обов'язкової письмової форми) вважаються вчиненими, якщо поведінка сторін засвідчує їхню волю до настання відповідних правових наслідків (ч. 2 ст. 205 ЦК України), то другі, окрім викладення в письмовій формі шляхом фіксації змісту правочину в одному або декількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони, а також за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку, додатково передбачають наявність необхідних реквізитів, а саме: підписів сторін і скріплення печаткою (за домовленістю сторін) (ст. 207 ЦК України).

Разом з тим, недодержання сторонами письмової форми правочину, встановленої законом, не має наслідком його недійсність, крім випадків, встановлених законом, проте в такому випадку заперечення однією зі сторін факту вчинення правочину або оспорювання окремих його частин може доводитися письмовими доказами, засобами аудіо-, відеозапису та іншими доказами. Рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків (ст. 218 ЦК України) [18].

Таким чином, незважаючи на визначення категорії правочинів (договорів), які необхідно вчиняти у письмовій формі, недотримання цієї вимоги тягне недійсність договору лише у прямо передбачених законом випадках (тобто має місце нікчемність правочину). В усіх інших випадках сторони, у випадку недотримання вимог закону щодо форми договору, зазнають негативних наслідків у формі обмеження права на доказування факту укладення договору.

Вплив форми на дійсність договору, а також на можливість доказування факту його укладення, відзначали ще дореволюційні цивілісти. У тогочасній юридичній доктрині йшлося про те, що форма договору

(щоправда, до неї належала і нотаріальна форма, яка розглядалась як «участь суспільної влади у наділенні його [правочину. – Є.Т.] в форму письмову») виконує, в одних випадках, функцію умови дійсності правочину («в деяких випадках... поза визначеною формою правочин не рахується дійсним»), а в інших – тільки доказу вчинення правочину [120, с. 208-209]. Схожу позицію також мали П.П. Цитович та Г.Ф. Шершеневич [170, с. 47; 172, с. 159-160]. Ці положення залишаються актуальними і для сучасного цивільного права України.

Натомість законодавство радянського періоду визначало форму договору як умову визнання його укладеним (у ст. 153 ЦК УРСР встановлювалося, що договір вважається укладеним, коли між сторонами в потрібній у належних випадках формі досягнуто згоди за всіма істотними умовами, а у ст. 154 ЦК УРСР було визначено, що коли сторони домовились укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому обумовленої форми, хоч би за законом для такого виду договорів ця форма і не потребувалась), а також як умову дійсності у визначених законом випадках (відповідно до ст. 45 ЦК УРСР недодержання форми угоди, якої вимагає закон, тягне за собою недійсність угоди лише в разі, якщо такий наслідок прямо зазначено в законі) [19].

Проте, на думку радянських вчених, зазначені норми не призводили до колізії в контексті співвідношення неукладеного та недійсного договорів, адже, здебільшого, концепція неукладеного договору не сприймалася радянською правовою доктриною.

Так, О.С. Іоффе писав, що «здавалося б, якщо законом встановлено певну визначену, наприклад, письмову, форму, однак учасниками правочину вона не дотримується, такий правочин слід було б визнати недійсним». Однак, враховуючи норми чинного на той час законодавства, зокрема норму ст. 45 ЦК РСРФР 1964 р. [3], яка є аналогічною наведеному припису ст. 45 ЦК УРСР (якою встановлюється недійсність правочинів через

недотриманням вимог щодо форми тільки у визначених законом випадках), автор зазначав, що «... хоча письмова форма, за загальним правилом, не є необхідною умовою дійсності правочину, однак її недотримання тягне за собою інші негативні наслідки, а саме: у випадку судового спору за такими правочинами сторони позбавляються права посилалися на свідчення свідків і можуть приводити в обґрунтування своїх вимог тільки письмові докази...» [97, с. 290-291].

Отже, в дореволюційній і радянській юридичній літературі відзначалось, що форма договору є, у визначених законом випадках, необхідною умовою дійсності договору, а якщо із такими порушеннями закон не пов'язував недійсність, то мали місце «інші негативні наслідки», наприклад, відсутність права посилалися на свідчення свідків в обґрунтування своїх вимог у суді (доказ вчинення правочину). Таким чином, можна зробити висновок, що форма договору, а точніше факт її недотримання, у визначених випадках має вплив на правові наслідки договору.

Крім того, зауважимо, що в дореволюційній та радянській правовій доктрині дослідження впливу форми договору на факт його укладення розглядалося через призму питання про можливість доведення факту вчинення договору, тобто в контексті форми як доказу існування договору.

Проте для дослідження проблеми неукладеного договору форма договору розглядатиметься як елемент складу юридичного факту цивільно-правового договору.

Так, значення форми на факт укладення договору закріплено у абз. 1 ч. 1 ст. 638 ЦК України, де визначено, що досягнення згоди щодо всіх істотних умов має відбутися в належній формі [18].

У ч. 1 ст. 639 ЦК України визначено, що договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом [18]. Таким чином, критерій «належної форми» договору, на нашу

думку, слід шукати в приписах чинного законодавства, які визначають винятки із правила, передбаченого ч. 1 ст. 639 ЦК України.

Критерій «належної форми» розкривається у ст. 639 «Форма договору» ЦК України, в якій визначено спеціальні, порівняно із правилом ч. 1 ст. 639 ЦК України, норми, що стосуються форми договору.

Разом з тим необхідно зазначити, що правила ч.ч. 2 – 4 ст. 639 ЦК України присвячені не стільки питанню форми договору, скільки впливу форми на момент укладення договору. Таким чином, слід констатувати невідповідність змісту ст. 639 ЦК України її назві «Форма договору». На нашу думку, ч.ч. 2 – 4 ст. 639 ЦК України мали б бути розміщені у ст. 640 ЦК України «Момент укладення договору».

Так, у ч.ч. 2 – 3 ст. 639 ЦК України встановлюється вплив форми на факт укладення договору: 1) якщо сторони домовилися укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому цієї форми, навіть якщо законом ця форма для даного виду договорів не вимагалася; 2) якщо сторони домовились укласти у письмовій формі договір, щодо якого законом не встановлено письмову форму, такий договір є укладеним з моменту його підписання сторонами.

М.І. Брагінський та В.В. Вітрянський пишуть: «Вимоги сторони стосовно форми договору, більш жорсткі, ніж ті, що встановлені законом, цілком укладаються в межах тих, які... за заявою сторони мають бути погоджені під страхом визнання договору неукладеним. Такий висновок відповідає... [нормі – Є.Т.], яка розмежовує два можливих випадки: в першому форма правочину не відповідає вимогам закону, а в другому – вимогам, визначеним домовленістю сторін. При цьому в обох випадках... договір вважається укладеним тільки після надання йому відповідної форми» [71, с. 251].

Таким чином, зазначені автори вважають, що домовленість сторін стосовно форми договору, яка з моменту досягнення згоди стає для такого

договору «належною формою», є нічим іншим, аніж істотною договірною умовою, адже включається до його змісту за заявою хоча б однієї зі сторін.

Справді, домовленість щодо форми договору слід розглядати як договірну умову, яка з огляду на те, що вона визначається за домовленістю сторін, є істотною умовою.

Підсилити наведену позицію можна тим, що в ч. 2 ст. 642 ЦК України визначено, що якщо особа, яка одержала пропозицію укласти договір, у межах строку для відповіді вчинила дію відповідно до вказаних у пропозиції умов договору (відвантажила товари, надала послуги, виконала роботи, сплатила відповідну суму грошей тощо), яка засвідчує її бажання укласти договір, ця дія є прийняттям пропозиції, *якщо інше не вказане в пропозиції укласти договір (курсив авт. – Є.Т.)* або не встановлено законом. Як відомо, у пропозиції укласти договір, відповідно до ч. 1 ст. 641 ЦК України, мають міститися лише істотні умови договору.

Крім того, на нашу думку, слід погодитись із Е. Еннексерусом, який писав, що «в укладенні правочину, який не відповідає домовленій формі, іноді може міститися мовчазна згода відміни встановленої форми...», яка має місце тоді, коли «сторони знали про встановлену форму та своїми волевиявленнями або іншим способом (наприклад, виконанням прийнятих на себе зобов'язань) показали, що їх намір спрямовано на дійсно зобов'язуюче укладення правочину, а не на прості попередні переговори» [95, с. 163].

Іншими словами, домовленість сторін щодо форми договору має значення лише на переддоговірній стадії, а точніше на стадії акцепту оферти.

Якщо сторона не погоджується із фактично новою офертою на укладення договору, в якій змінено домовленість стосовно його форми, то вона не здійснює її акцепт. Відповідно, в такому випадку договір є неукладеним, однак не через недоліки форми, а через відсутність акцепту оферти: не виникає первинного елемента договору – домовленості сторін.

Однак якщо нова пропозиція на укладення договору була прийнята, на нашу думку, немає підстав вважати, що такий договір є неукладеним, адже контрагент погодився з новою умовою стосовно форми договору (акцептував нову оферту).

Винятком є лише випадок укладення договору в усній формі шляхом вчинення конклюдентних дій, коли форма договору (в цьому випадку – письмова) визначена як одна із істотних умов в оферті (ч. 2 ст. 642 ЦК України). В такому випадку договір буде неукладеним, навіть незважаючи на факт виконання свого зобов'язання контрагентом. Якщо ж контрагент акцептує таке виконання, договір вважатиметься укладеним з огляду на правило ст. 646 ЦК України, де визначено, що відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах є відмовою від одержаної пропозиції і водночас новою пропозицією особі, яка зробила попередню пропозицію.

Отже, недотримання форми договору, визначеної домовленістю сторін, за загальним правилом, не впливає на факт його укладення.

У визначених законом випадках законодавець імперативно встановлює форму договору. Характеризуючи вплив форми, встановленої законом, на договір, Т.М. Яблочков писав: «Зрозуміло, що до належного оформлення акта сторони нічим не зв'язані і до останнього моменту вільні у відмові від запропонованого акта. Законні вимоги форми мають *«конститутивне»* значення: договір народжується вперше з моменту дотримання форми, перебуваючи до цього моменту в стані проекту» [162, с. 209-210]. Таким чином, автор пов'язував виникнення договору як юридичного факту в тих випадках, коли його форма встановлюється імперативно, із моментом надання такої форми.

Однак із такою тезою вочевидь погодитися не можна з огляду на чинне правове регулювання вказаних правовідносин: так, у ч. 2 ст. 547 ЦК України визначено, що правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання,

вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемним; у ч. 2 ст. 1055 ЦК України зазначається, що кредитний договір, *укладений* із недодержанням письмової форми, є нікчемним; у ч. 1 ст. 1257 ЦК України зазначено, що заповіт, складений особою, яка не мала на це права, а також заповіт, *складений* із порушенням вимог щодо його форми та посвідчення, є нікчемним.

Таким чином, порушення форми договору не має значення для його укладення (законодавець вказує на те, що договір вчинено/укладено), але має вплив на ті правові наслідки, які він зумовлює – такий договір є нікчемним.

Додамо, що вказівка у визначених випадках на вчинення (укладення) договору із порушенням вимоги щодо письмової форми також означає і те, що нікчемними не можуть бути визнані договори, які взагалі не було вчинено (укладено).

Проте ототожнення відсутності письмового договору із його нікчемністю, без дослідження питання про факт його укладення, трапляється у судовій практиці: так, ухвалою ВССУ від 16.10.2013 р. по справі № 6-14792св13 на підставі ст. 547 ЦК України, і якій визначено, що правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемним, визнано недійсним (нікчемним) договір поруки, на якому відсутній підпис представника позивача (Банку, в забезпечення вимог якого і укладався договір поруки), а також печатка банку [48].

Аналогічна позиція міститься і в ухвалі ВССУ від 11.09.2013 р. по справі № 6-23389св13, в якій суд відсутність волевиявлення (відсутність підпису) кваліфікував як недотримання вимог щодо письмової форми правочину та вказав на нікчемність останнього у зв'язку із недотриманням обов'язкової письмової форми [47].

Проте виходячи зі змісту норми ч. 2 ст. 207 ЦК України, в якій зазначається про підпис та печатку банку як реквізити письмової форми

договору, можна дійти висновку, що їх відсутність свідчить лише про недотримання письмової форми договору, однак не є доказом того, що між сторонами дійсно існують відповідні правовідносини стосовно забезпечення виконання зобов'язання. Зазначене питання мало б бути окремим предметом кваліфікації під час розгляду справи судом [18].

Наведене зауваження щодо необхідності детального встановлення судом обставин справи, зокрема, стосовно того, чи дійсно між сторонами існує зобов'язальне правовідношення, яке через недоліки форми договору є нікчемним, особливо актуальне в контексті того, що в деяких випадках законодавець безпосередньо не вказує на те, що нікчемний договір має бути укладений (позиція законодавця стосовно цього питання є зрозумілою, адже недійсність, про що йтиметься в наступних розділах, із необхідністю потребує наявності вчиненого/укладеного правочину (договору)): так, наприклад, ч. 3 ст. 719 ЦК України встановлено, що договір дарування майнового права та договір дарування з обов'язком передати дарунок у майбутньому укладається у письмовій формі. У разі недодержання письмової форми цей договір є нікчемним. Схожі конструкції норм про нікчемність договору через відсутність письмової форми передбачені у ст.ст. 981, 1059, 1107, 1118 ЦК України.

Проте існування двох законодавчих формулювань стосовно закріплення нікчемності договору через відсутність його письмової форми, на нашу думку, не означає, що в одних випадках має існувати договір (вочевидь, в усній формі), а в інших – нікчемність додатково охоплює випадки, коли договір не було вчинено (що, зрештою, не відповідає і правовій природі недійсного договору).

Така проблема викликана недоліками законодавчої техніки, які призводять до неправильного тлумачення і застосування відповідних правових норм на практиці.

Отже, недотримання вимоги щодо форми договору, встановленої законом, не впливає на факт його укладення, проте може вплинути на правові наслідки договору, а також на обсяг засобів доказування факту його укладення.

У тих випадках, коли форма договору визначається сторонами, її недотримання також не впливає на факт укладення договору: договір, укладений в іншій формі, ніж та, про яку сторони домовилися спочатку, є укладеним у новій формі, про яку сторони домовилися шляхом обміну новою офертою (в якій змінено умову про форму договору) та новим акцептом.

Закріплення законодавчого припису стосовно форми (точніше – письмової форми) під загрозою його нікчемності також не впливає на факт укладення договору, проте змінює його правові наслідки: сторони не досягають того правового результату, на який вони розраховували при укладенні договору, натомість виникають юридичні наслідки недійсності правочину (реституція, відшкодування моральної шкоди та збитків). Аналіз норм, які визначають нікчемність правочину через недотримання вимог про просту письмову форму, дає підстави для висновку, що нікчемним може визнаватися лише укладений договір.

Зазначені висновки очевидно суперечать визначенню як умови, у трактуванні ч. 1 ст. 638 ЦК України, укладення договору наявності його «належної форми».

На нашу думку, застосування категорії «належна форма» у змісті ч. 1 ст. 638 ЦК України «Укладення договору» є зайвим, рудиментом чинного законодавства. Застосування зазначеного терміна, вочевидь, пояснюється тим, що законодавець концептуально відстоює позицію прерогативи волевиявлення над волею у договорі. З цього приводу І.О. Покровський писав: «Воля є внутрішнім психічним моментом, який сам по собі для сторонніх осіб невловимий; для того, щоб воля однієї особи могла бути

підставою для домовленості з іншими, необхідно, щоб вона була виявлена в будь-яких зовнішніх ознаках (словах, листі, дії), які давали б змогу судити про її наявність. Іншими словами, для виникнення договору, як і будь-якого юридичного акту, необхідна не тільки воля, а й волевиявлення... Перед правом виникає питання про те... чому віддати перевагу – волі виявленій або волі дійсній?» [138, с. 245]. Вказуючи на необхідність належної форми для укладення договору, законодавець закріплює підхід до договору як волевиявлення, яке характеризується певною формою.

Проте системний аналіз чинних норм цивільного законодавства дає підстави для висновку про те, що формі не надається роль конститутивного елемента при укладенні договору. Натомість, на нашу думку, застереження про належну форму договору має бути закріплено у нормі ч. 1 ст. 626 ЦК України, де дається визначення договору, як одну із характерних рис цивільно-правового договору в цілому.

Висновки до Розділу I

У цивілістичній науці не існує єдиного підходу до визначення поняття «цивільно-правовий договір». Так, залежно від правової сім'ї історично склалася низка підходів до розуміння договору, зокрема: класичний, теорія договору як обіцянки, «деліктний підхід».

Чинний ЦК України побудований на засадах класичного підходу, відповідно до якого договір розглядається як домовленість сторін щодо виникнення, зміни або припинення їх взаємних прав та обов'язків.

Незважаючи на закріплення у ЦК України легальної дефініції поняття «договір», вітчизняній юридичній доктрині, практиці та законодавству притаманно використовувати це поняття також для позначення дво- або багатостороннього правочину; спільного правового акту; документа; правовідношення; регулятора суспільних відносин; юридичного факту (проблема багатозначності терміна «цивільно-правовий договір»).

Правова конструкція неукладеного договору характеризується тим, що перешкоджає настанню юридичного результату, намір досягти який мають сторони (або хоча б одна із сторін). Тому дослідження правової природи та юридичних наслідків доцільно проводити у площині юридичних фактів, тому що саме дефектність (у широкому розумінні) юридичного факту має наслідком відсутність правового результату.

Цивілістичною наукою вироблено специфічну юридичну конструкцію, яка узагальнює сукупність елементів (умов), необхідних певному явищу для його формування як юридичного факту – склад юридичного факту. Незважаючи на неможливість її застосування щодо юридичних фактів – подій, за допомогою інструментарію складу юридичного факту є можливим проведення детального аналізу елементів договору як юридичного факту, визначення залежності юридичних наслідків від наявності недоліків в елементах юридичного складу договору або їх повної відсутності.

У юридичній літературі, присвяченій питанням юридичних фактів, зазначається, що елементи складу юридичного факту закріплюються у гіпотезах правових норм, які регламентують конкретні правовідносини. Зокрема, в гіпотезах норм договірного (зобов'язального) права закріплено ознаки договору – юридичного факту.

Таким чином, виходячи з того, що неукладений договір не тягне виникнення, зміни або припинення договірного зобов'язання, правова конструкція неукладеного договору виникає через недоліки елементів складу юридичного факту договору, які призводять до «блокування» дії інших норм договірного права, що і зумовлює відсутність правових наслідків.

Аналіз чинного законодавства дає підстави для висновку, що елементами складу юридичного факту договору є:

1) наявність домовленості двох або більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК України);

2) виконання умов укладення договору: досягнення згоди, по-перше, в належній формі, по-друге, з усіх істотних умов;

3) виконання умов, з якими закон пов'язує момент укладення договору (ч. 1 ст. 210, ч.ч. 2 – 4 ст. 639, ст. 640 ЦК України).

Проте істотні умови – це умови, які формують економічну модель правовідносин, а також без погодження яких виконання договору є неможливим.

Під істотними умовами необхідно розуміти умови:

1) які стосуються предмету договору. До змісту поняття «предмет договору» входять такі елементи: поведінка сторін (права й обов'язки); у договорах, що передбачають передачу майна або речі, – майнове благо (об'єкт договору); майновий титул (правомочність), на підставі якого сторона, яка отримала об'єкт договору, здійснюватиме свої повноваження відносно нього;

2) умови, визначені законом як істотні;

3) умови, визначені законом як необхідні для договору певного виду. Зазначені умови є формою істотних умов договору, які відрізняються від умов, визначених законом як істотні, тим, що вони безпосередньо не визначені як істотні, проте на сторін закон покладає обов'язок щодо погодження таких умов;

4) умови, про досягнення згоди щодо яких заявляє хоча б одна із сторін (суб'єктивно визначені істотні умови).

Для укладення договору значення мають лише істотні умови. Звичайні (визначаються диспозитивними нормами права) та випадкові умови (під ними розуміють суб'єктивно визначені умови) впливу на факт укладення договору не мають. Зазначимо, що, на нашу думку, незважаючи на норму ч. 4 ст. 632 ЦК України, умова про ціну договору є істотною, адже у випадку неможливості її застосування відплатний договір виконати не можливо.

Форма договору – це спосіб закріплення договірних умов. Чинне законодавство встановлює дві форми договору: усну та просту письмову.

Аналіз чинного законодавства дає підстави для висновку, що форма не має впливу на факт укладення договору, проте може впливати на правові наслідки (є підставою для визнання договору нікчемним).

Єдиний виняток впливає з припису ч. 2 ст. 642 ЦК України, де визначено, що якщо особа, яка одержала пропозицію укласти договір, у межах строку для відповіді вчинила дію відповідно до вказаних у пропозиції умов договору (відвантажила товари, надала послуги, виконала роботи, сплатила відповідну суму грошей тощо), яка засвідчує її бажання укласти договір, ця дія є прийняттям пропозиції, якщо інше не вказане в пропозиції укласти договір або не встановлено законом [18]. Тобто вчинення конклюдентних дій не призводить до виникнення договору, якщо у пропозиції укласти договір (оферті) визначено, що договір має бути укладений у письмовій формі. Таким чином, склад юридичного факту цивільно-правового

договору не залежить від його форми (окрім випадку, зазначеного у ч. 2 ст. 642 ЦК України).

У доктрині цивільного права зазначається, що дефектність елементів складу юридичного факту призводить до недійсності договору. Таким чином, відсутність юридичних наслідків у неукладеного договору можна пояснити лише відсутністю одного або більше елементів складу юридичного факту договору. Відсутність елементів призводить до якісних змін у природі правової конструкції, її «руйнування»: недійсний договір, маючи сформований, проте дефектний склад юридичного факту, за своєю правовою природою залишається юридичним фактом, натомість неукладений договір, не маючи необхідного обсягу елементів складу юридичного факту, не є юридичним фактом, а отже, і правочином.

У юридичній літературі висловлюється думка, відповідно до якої будь-яка домовленість, спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, є договором, незалежно від її відповідності нормам чинного законодавства. Всі відхилення від встановлених законодавством вимог щодо такої домовленості (вимог, які визначають елементи складу юридичного факту договору) призводять до недійсності такого договору.

Проте з такої позицією погодитися не можна, адже в юридичну площину входять не всі домовленості, а лише такі, що відповідають нормам об'єктивного законодавства, тобто мають сформований склад юридичного факту. Всі інші квазідоговірні конструкції перебувають поза межами впливу права.

Для позначення випадків, коли домовленість сторін не призводить до виникнення договору, пропонуємо ввести правову конструкцію фактичного договору. Фактичний договір – це домовленість сторін, спрямована на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, яка не забезпечується державним примусом через неможливість її кваліфікації як

юридичного факту через відсутність усіх необхідних елементів складу юридичного факту цивільно-правового договору.

Аналіз ст.ст. 210, 638-640 ЦК України дає підстави для висновку, що до обсягу поняття «фактичний договір» входять «договори», в яких:

- 1) сторони не досягли домовленості щодо всіх істотних умов;
- 2) не здійснено нотаріального посвідчення;
- 3) не проведено державну реєстрацію;
- 4) не було передано річ або майно, не вчинено дію у договорах, які вважаються укладеними з моменту такої передачі або вчинення дії.

Зазначимо, що фактичні договори, в яких сторони не досягли домовленості щодо всіх істотних умов, є різновидом неукладених договорів.

Р О З Д І Л П

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА НЕУКЛАДЕНОГО ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ

2.1 Неукладений договір як цивільно-правове явище, його правова природа

Категорія «неукладений договір» є відносно новим цивільно-правовим явищем в українській цивілістиці. Із лексичного тлумачення цього терміна випливає, що він тісно пов'язаний із підгалуззю зобов'язального права і договором як одним із різновидів юридичних фактів. Зміст досліджуваної категорії є внутрішньо суперечливим, адже застосування терміна «неукладений» логічно заперечує саме існування цивільно-правового договору. Крім того, виходячи із норм чинного цивільного законодавства (зокрема, ч. 1 ст. 626 та ч. 1 ст. 638 ЦК України, в яких дається визначення поняття договору, а також умов його укладення) та правової доктрини, термін «договір» вживається виключно стосовно «укладених» договорів.

Чинне законодавство не містить визначення поняття неукладеного договору, незважаючи на використання цього терміна в низці правових актів. Так, зокрема, термін «неукладений договір» вживається у ч. 8 ст. 181 ГК України, де вказано, що у разі якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов господарського договору, такий договір вважається неукладеним (таким, що не відбувся) [1]; у п. 12 постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві», де повторюється зміст норми ч. 8 ст. 181 ГК України [13]; у п. 17 Угоди про загальні умови поставок товарів між організаціями держав – учасниць Співдружності Незалежних Держав закріплено, що в договорі обов'язково визначається номенклатура (асортимент), кількість, якість, ціна товару, строки поставки,

відвантажувальні і платіжні реквізити; при відсутності цих умов договір вважається неукладеним [21].

Отже, законодавець не надає узагальненого поняття неукладеного договору, а лише вказує на деякі підстави для кваліфікації його як неукладеного.

Разом з тим аналогічна ситуація спостерігається і в судовій практиці. У постановах пленумів Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009р. №9 і Вищого господарського суду України від 29.05.2013р. № 11 зазначається, що судам при розгляді відповідних справ необхідно «правильно визначати момент вчинення правочину», звертається увага на те, що «не може бути визнаний недійсним правочин, який не вчинено (договір, який не укладено)», а також визначено підстави для кваліфікації договорів неукладеними [41; 42].

Крім того, пленуми Верховного та Вищого господарського судів України висловлюють позицію стосовно правових наслідків неукладеного договору: у випадку кваліфікації договору неукладеним застосуванню підлягають норми глави 83 «Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави» ЦК України, адже визнання договору неукладеним не відповідає передбаченим законом способам захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів.

У цивілістичній доктрині дореволюційного і радянського періодів проблема неукладеного договору була предметом численних наукових дискусій у контексті співвідношення із недійсним договором (правочином), доцільності існування вказаної правової конструкції. Самостійним предметом дослідження неукладений договір став тільки в сучасній юридичній науці.

Римському цивільному праву юридична конструкція неукладеного договору не була відома, однак відсутність ефекту правочину, його

нікчемність була рівноцінна визнанню правочину неіснуючим [93, с. 126]. Предикат *nullus* не надавав юридичному акту певної характеристики, а лише підтверджував факт його неіснування (термін «*nullus*» був тотожним словосполученню *non ullus*, тобто немає акту).

Таким чином, неукладеність і недійсність (нікчемність) за римським правом не розрізнялися.

Дореволюційній юридичній літературі терміни «неукладений договір» або «неспроможний договір» були відомі, однак усталеної позиції стосовно цих категорій вироблено не було.

Так, П.П. Цитович, який використовував термін «незакінчений правочин», писав, що «недійсність означає і незакінченість правочину». Незакінчений правочин, на думку автора, може мати місце у двох видах: «а) правочин, ще не готовий, однак він продовжує своє здійснення (ще не завершено підписів свідків на заповіті); він є недійсним, якщо не буде закінчений...; б) правочин не завершений та залишений – він не відбувся...; він не відбувся і в тому випадку, коли необхідна для його завершення участь сторонньої особи не отримана (напр. згода опікуна...)» [170, с. 53].

Отже, П.П. Цитович визначав зв'язок неукладеності із незавершеністю процесу укладення договору, однак правові наслідки пов'язував із недійсністю (нікчемністю): «правочин залишений або такий, що не відбувся, очевидно, є правочином нікчемним» [170, с. 53].

Аналогічну позицію мав дореволюційний цивіліст Є.В. Васьковський, який писав, що «нікчемний правочин є юридично неукладеним і неіснуючим» [74, с. 174].

Разом з тим, висловлювалися і протилежні думки: так, Д.І. Мейер писав: «Поняття недійсності щільніше, аніж за граматичним і логічним змістом цього слова. За змістом слова під поняття про недійсність підходить і такий правочин, який є немічним у юридичному побуті за відсутності умови, яка визначена для її існування самими учасниками правочину; але такий

правочин ми називаємо неукладеним, находячи цю назву більш відповідною її природі. Разом з тим, зрештою, різниця між тим та іншим правочином не в одній назві: неукладений правочин залежить від відомої сторонньої обставини, яка не настає, водночас недійсний правочин не залежить від сторонньої обставини, а не задовольняє будь-якій істотній приналежності правочину» [120, с. 232].

Г.Ф. Шершеневич, загалом підтримуючи цю позицію, зауважував, що недійсний правочин відмінний від неукладеного, в якому «сторони не дійшли до повної домовленості, необхідної для сили правочину» [172, с. 168].

Ю.С. Гамбаров, порівнюючи неукладений та недійсний договори, писав: «Недійсність правочину необхідно відрізнити від того стану, коли правочин не дає юридичних наслідків не внаслідок своєї невідповідності нормам об'єктивного права, а внаслідок того, що він не завершений і залишений, або не може дати цих наслідків через свої власні визначення» [78, с. 726].

Аналіз наведеного дає підстави для висновку про те, що неукладений договір розглядався в цивілістичній літературі як договір (правочин) із відкладальною умовою. Саме цим пояснюється вказівка на те, що підставою неукладеності договору не є «невідповідність нормам об'єктивного права». Під «сторонньою обставиною, яка не настає», як видається, слід розуміти елементи складу юридичного факту, яких бракує для завершення процесу укладення цивільно-правового договору.

Про неспроможні правочини, які «емітують» вигляд правочину, М.Л. Дювернуа зазначав: «Правочин-акт називають недійсним не тільки тоді, коли ми маємо очевидно завершений склад волевиявлення, а й у тих випадках, коли перед нами одна тільки попередня, незакінчена, незавершена стадія його розвитку, на якій не тільки не може йтися про правочин-ефект, про дійсність чи недійсність, але де сумніву піддається безпосередньо існування самого правочину-акту, його наявність». Однак, продовжував

вчений, «не слід розуміти таких правочинів, яких ніхто не вчиняв; ми розуміємо в такому випадку не фактичне неіснування, а лише відсутність у правочині істотного для його утворення складу, що, однак, не перешкоджає йому мати вигляд, зовнішні ознаки дійсного правочину» [94, с. 885, 887].

Прихильником схожої позиції був і К. Анненков, який писав: «Неспроможний правочин, будучи подібним правочину недійсному, також не призводить до жодних юридичних наслідків, але не призводить до них не тому, що він недійсний, а тому, що він ще не здійснився (не вчинений. – Є.Т.)...» [60, с. 569].

Отже, більшість дореволюційних цивілістів розглядали неукладений договір як такий, у якому відбулося переривання процесу його укладення, а відсутність юридичного результату неспроможних правочинів пояснювалася тим, що «сумніву піддається безпосередньо існування самого правочину-акту, його наявність» через відсутність всіх необхідних елементів складу юридичного факту цивільно-правового договору.

Схожість поглядів більшості тогочасних науковців на ознаки та підстави кваліфікації неукладеного договору має логічне пояснення.

Загальновідомо, що тогочасне право, в т.ч. і приватне, перебувало під значним впливом європейської правової доктрини, зокрема французької. Як зазначає Д.О. Тузов, який протягом тривалого часу вивчає європейську цивілістичну доктрину, вчення про «неукладеність» як загальну категорію відносно неукладеного договору, виникло у Франції у XIX ст. Існування зазначеної правової доктрини пов'язується із конкретною практичною необхідністю: тоді у сфері регулювання шлюбних відносин французьке право передбачало застосування специфічного принципу *de nullites sans texte*, що перекладається як «немає нікчемності без тексту» (тобто без безпосереднього зазначення про це в тексті закону). Суворе дотримання цього принципу призводило до абсурдних на той час результатів, а саме – дійсності шлюбу,

укладеного між особами однієї статі, адже такий випадок не було безпосередньо передбачено як підставу для кваліфікації шлюбу нікчемним.

З метою виправлення цієї законодавчої неточності й обґрунтування очевидної неможливості такого союзу створювати дійсний шлюб, доктрина звернулася до конструкції «неіснуючого» шлюбу. Це юридичне явище мало витоки із канонічного права, якому була відома різниця між *matrimonium nullum* (нікчемний шлюб) та *matrimonium non existence* (неіснуючий шлюб). Зміст зазначеної концепції був такий: за відсутності необхідного для існування шлюбу елемента, в цьому випадку – шлюбного зв'язку між чоловіком та жінкою, такий «союз» не розглядався як шлюб у його справжньому сенсі. Керуючись зазначеною логікою, французька доктрина обґрунтувала і відсутність у законодавстві припису про нікчемність шлюбу, укладеного між особами однієї статі: те, що не існує, не може становити предмет нікчемності.

Автор також зазначає, що в подальшому нова концепція [«неіснування» – Є.Т.] «... вийшла за межі своєї первинної сфери і стала дедалі експансивніше поширюватися на сферу договорів загалом, приймаючи вид однієї з форм договірної патології...» [164, с. 33-34].

Вочевидь, послідовно дотримуючись зазначеної наукової доктрини та логіки, дореволюційними цивілістами не було вироблено певної системи конкретних підстав для кваліфікації договору неукладеним, а також самого його поняття, адже відсутні (яких не вистачало) елементи правочину *nonexistent* (неіснуючий, неукладений правочин), здебільшого, встановлювались емпіричним шляхом.

Разом з тим у радянській цивілістичній літературі, на відміну від дореволюційної, концепція неукладеного договору була піддана критиці, і загалом не сприймалася на рівні доктрини і судової практики.

Аналіз наукової літератури стосовно проблематики недійсності правочинів дозволяє зробити висновок про те, що в радянський період було

сформовано три основних підходи до праворозуміння неукладеного договору.

Представники першої позиції (В.П. Шахматов і Т.М. Яблочков) заперечували існування неукладеного договору, наголошуючи на тому, що співвідношення неукладених та недійсних договорів є питанням не правовим, а термінологічним.

В.П. Шахматов писав: «Нікчемні правочини [як і неукладені правочини (договори). – Є.Т.] також ніколи не мали правової сили і тому не можуть бути її позбавлені, а оспорювані – визнаються недійсними з самого початку, так начебто вони і не укладались; всі неукладені угоди не відповідають тим або іншим вимогам норм права щодо складу угоди, тому всі вони є недійсними; виокремлення в самостійну групу неукладених угод не має жодного практичного значення у зв'язку з тим, що їх виконання визначається за правилами, встановленими для недійсних правочинів» [171, с. 90-93].

На думку Т.М. Яблочкова, «і в тому, і в іншому випадках [неукладеності та недійсності – Є.Т.] правочин кінцево позбавлений визначених наслідків. Наступні наслідки правочину недійсного і правочину неукладеного одні і ті самі: сторони поновлюються у первинному становищі шляхом повернення одне одному отриманого» [173, с. 110-111].

Однак погодитись із позиціями цих авторів, на нашу думку, не можна у зв'язку з тим, що висновок про неукладеність як різновид нікчемності правочину базується, перш за все, на висновку про їх однакові юридичні властивості (зокрема, на здатності обумовлювати ненастання визначеного сторонами правового результату).

Інші автори (В.О. Рясенцев, О.С. Іоффе) безпосередньо не заперечували використання терміну «неукладений договір», однак вважали останній різновидом недійсного договору та вживали обидва терміни без відповідного розмежування [146, с. 35-36; 97, с. 290].

Деякі автори неукладеність договору пов'язували виключно із характером волевиявлення. Так, М.М. Агарков писав: «У такому випадку ми маємо справу із пропозиціями, проектами, іноді навіть із рішуче прийнятим рішенням досягти певного економічного ефекту, однак ще не існує наміру встановити, змінити або припинити ті чи інші права або обов'язки. Практично особливо важливим є те, що сторона, яка бере на себе зобов'язання, ще не зобов'язала себе» [52, с. 348-349].

Представники третього підходу (І.Б. Новицький, Н.В. Рабинович) відстоювали позицію про самотійність досліджуваної юридичної конструкції.

Так, І.Б. Новицький «юридичну силу незавершених правочинів» вбачав в тому, що «поки не настав елемент фактичного складу, якого не вистачає, правочин має стан невизначеності; якщо елемент фактичного складу, якого не вистачає, настає, то правочин отримує повну силу; якщо з'ясовується, що елемент, якого не вистачає, не настане, правочин вважається нездійсненим» [126, с. 36-37].

Разом з тим наведена позиція І.Б. Новицького була піддана справедливій критиці О.О. Красавчиковим, який зазначав, що пов'язувати незавершеність правочину зі знанням сторін стосовно питання про настання чи ненастання бракуючого елемента фактичного складу не можна, оскільки наявність у сторін будь-яких знань, намірів тощо без здійснення дій не переводить факт до розряду об'єктивно існуючих [102, с. 110].

Розглядаючи проблематику неукладеного договору більш широко, О.О. Красавчиков, виходячи з того, що правовий ефект може бути лише в тих випадках, коли правочин здійснився як юридичний факт, ототожнював неукладені правочини із правочинами, що мають незавершений склад юридичного факту, а отже, «не мають жодного юридичного значення для розвитку правовідносин, на встановлення, зміну або припинення якого вони спрямовані» [104, с. 58]. Зазначимо, що запропонований

проф. О.О. Красавчиковим підхід щодо розгляду неукладеності як договору із незавершеним фактичним складом отримав підтримку в новітній юридичній літературі.

Наукові погляди Н.В. Рабинович на правову природу неукладеного договору були близькими до зазначеної концепції договору «nonexistent». Так, автор писала, що «на відміну від неукладеного правочину недійсний правочин – це правочин, який відбувся, однак через наявні недоліки визнається позбавленим правової сили. Неукладений правочин ніколи не існував і існувати не міг, а відтак правової сили не мав і тому позбавлений цієї сили бути не може» [143, с. 20-21].

Проте, такі висновки зазнали значної критики у радянській літературі (зокрема, про це писав В.П. Шахматов), насамперед, через недостатню обґрунтованість різної правової природи неукладеного та недійсного договорів, а також переважаючого на той час підходу до розуміння неукладеності як різновиду нікчемності.

В.Б. Ісаков, розглядаючи юридичні й соціальні факти, розрізняв «неспроможність» і «недійсність». Як приклад неспроможного факту автор наводить укладення шлюбу в церкві, а недійсного – укладення фіктивного шлюбу. На його думку, неспроможність і недійсність факту є близькими за юридичним значенням, однак не тотожними у зв'язку з тим, що для настання їх правових наслідків може передбачатися різний процедурно-процесуальний порядок. Автор зазначає, що «законодавство допускає в відомих випадках можливість виправлення недійсних фактичних передумов і надання їм юридичної сили». Неспроможні юридичні факти і склади, навпаки, за жодних умов не можуть бути визнані дійсними [99, с. 120].

Вважаємо, що думка про неможливість неукладеного договору за жодних обставин бути визнаним дійсним є правильною з огляду на те, що недійсним може бути визнаний тільки правочин, а неукладений договір, у

зв'язку із відсутністю елементів його складу юридичного факту, правочином не є.

Окремо розглянемо позицію Л. Еннекцеруса, який писав: «Від нікчемних правочинів слід відрізняти ті випадки, коли зовсім немає волевиявлення й інших частин, з яких складається правочин, або коли вони представлені не повністю – незавершені правочини або правочини, що знаходяться у невизначеному стані (в такому випадку не говорять, що правочин нікчемний, однак він не відбувся, наприклад, купівля-продаж, за якою волевиявлення сторін про ціну і товар або інший пункт, щодо якого має бути досягнуто домовленості, не збігаються; угода про передачу права власності на нерухомість без внесення в поземельну книгу; втім, точне розмежування не має особливого значення, адже навряд чи з таким розмежуванням пов'язуються правові наслідки)» [95, с. 306].

Таким чином, автор, визначаючи різницю між недійсним і неукладеним договором за своїм змістом, зрештою не знаходив підстав для їх розмежування у зв'язку із нібито однаковими юридичними наслідками.

Отже, загалом радянська цивілістична доктрина характеризується тим, що не сприймала концепцію неукладеного договору і відносила цю правову конструкцію до різновидів нікчемного договору. Крім того, тими вченими, які висловлювались за відповідне розмежування неукладеності від недійсності правочину, не було запропоновано концептуальної позиції стосовно його правової природи.

У сучасній цивілістичній доктрині продовжується дискусія стосовно поняття неукладеного договору та його місця в системі цивільного права.

Як і в радянській літературі, неукладений договір одними авторами розглядається як різновид недійсного. Здебільшого, такі автори апелюють до недійсності як юридичного неіснування, проводячи аналогії із римським правом, відповідно до якого відсутність ефекту угоди, її нікчемність, була рівноцінна визнанню її неіснуючою [164, с. 40-41; 162, с. 99-100].

Позиції інших науковців можна охарактеризувати як такі, що перебувають під впливом сучасної тенденції до розуміння неукладеного договору як правової конструкції, що зумовлюється недоліками складу юридичного факту цивільно-правового договору.

Однак якщо одні автори пов'язують правові наслідки такої дефектності із недійсністю і, відповідно, визначають неукладений договір як різновид недійсного, то інші принципово відстоюють ідею про самотійність зазначеної категорії, а також про неукладеність як юридичне неіснування (у зв'язку з тим, що неукладений договір не може бути кваліфікованим як юридичний факт).

Так, О.В. Гутніков вважає, що «і недійсні, і неспроможні правочини є діями, спрямованими на досягнення певного результату. І ті, і інші як юридичні факти існують, однак через властиві цим діям недоліки складу (внутрішнього або зовнішнього), вони тягнуть за собою не ті наслідки, на досягнення яких були спрямовані». На думку автора, «неспроможні правочини як юридичні факти – це лише різновид недійсних правочинів, особливістю яких є лише те, що підстави їх недійсності знаходяться в недоліках юридичного складу, які стосуються зовнішньої сторони дії. Якщо ж під правочином розуміти правовідношення, то вислів «правочин, що не відбувся» є синонімом вислову «недійсний правочин» [86, с. 100, 105].

Натомість В.А. Кияшко відсутність визначеного законом складу договору відносить до підстав для кваліфікації договору неукладеним, а сам неукладений договір визначає як дії громадян і юридичних осіб, які, будучи спрямованими на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, підставами для цього не є через недотримання встановленого цивільним законодавством порядку вчинення правочинів [103, с. 7].

Схожу позицію підтримує і О.О. Савін. Замість використання терміна «склад договору (правочину)» автор пише про «відсутність всіх конститутивних елементів договору внаслідок або передчасного переривання

формування його як юридичного факту, або пропуску в наборі необхідних елементів». Неукладений договір, за визначенням автора, є діями громадян та юридичних осіб, спрямованими на укладення цивільно-правового договору, однак позбавленими одної або декількох умов, необхідних для визнання договору укладеним [147, с. 61].

Про відсутність конститутивних елементів писав і французький вчений Р. Саватьє: «Від недійсних слід перш за все відрізнити неспроможні договори, тобто такі, в яких повністю відсутній один із основних конститутивних елементів, як, наприклад, домовленість сторін. Суворо розмірковуючи, відсутність договору не вимагає в таких випадках будь-якого підтвердження, однак у зв'язку з таким договором можуть бути здійснені певні дії. Зовнішньо обставини такі, що потерпілий має звернутися до суду з метою визнання договору неспроможним» [147, с. 279].

Отже, з незначними відмінностями у термінології підставою для кваліфікації договору як неукладеного визначають склад цивільно-правового договору (як юридичного факту), в якому відсутній один або декілька його елементів («конститутивних елементів договору»), а під недійсним договором розуміють дії фізичних та юридичних осіб, спрямовані на укладення цивільно-правового договору, проте із такими дефектами, що не дозволяють кваліфікувати такі дії як договір – юридичний факт.

Проте з такими позиціями, на нашу думку, цілком погодитися не можна. Запропоновані авторами визначення є констатацією того, що в неукладеному договорі відсутні всі необхідні елементи складу юридичного факту цивільно-правового договору.

На відміну, наприклад, від недійсного договору, який не зумовлює визначені його сторонами юридичні наслідки через дефектність його елементів, проте, зрештою, залишається договором (через сформованість складу юридичного факту, яка проявляється в тому, що такий договір є правочином (тобто укладеним), договір із відсутніми елементами його складу

(як юридичного факту) не може визнаватися договором, відсутність таких елементів призводить до якісної зміни правової конструкції, а тому її визначення не можна давати за допомогою правового явища, яким воно не є. Іншими словами, неукладений договір не можна визначати через цивільно-правовий договір, оскільки перший не володіє всіма ознаками другого.

Загальноприйнятою також є практика визначення певного явища через заперечення іншого (наприклад, «правочин» – «правопорушення» за ознакою правомірності), однак у такому випадку заперечення має лише частковий характер, що не дозволяє встановити його справжню правову природу.

Окремо наведемо позицію І.Є. Степанової, яка пише, що від поняття «неукладений договір» слід відмовитися, оскільки під останнім прийнято розуміти домовленість, яка характеризується всіма ознаками недійсного договору, проте необхідно розрізняти випадки, коли укладено недійсний договір, і коли договір не укладено (сторони взагалі не змогли досягти домовленості, яка володіє формою та змістом правочину).

На думку автора, домовленість, яка своїм предметом має виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, однак не задовольняє умовам, необхідним для формування договору як юридичного факту (домовленість із відсутніми елементами складу юридичного факту цивільно-правового договору, тобто фактичні договори), не втрачає ознак договору, а невідповідність такого договору нормам об'єктивного права (зокрема тим, що визначають процедуру укладення договору) призводить до його недійсності.

Єдиним випадком існування неукладеного договору («договору, що не відбувся», за запропонованою автором термінологією) є відсутність досягнення між сторонами домовленості загалом (відсутність акцепту оферти) або коли між сторонами залишаються розбіжності щодо певних умов – за таких обставин договір не існує як соціальний/юридичний факт [157, с. 77-78; 161, с. 75, 78].

Проте погодитись із викладеною позицією, на нашу думку, не можна тому, що, по-перше, фактичний договір за своєю правовою природою не є юридичним фактом, а по-друге, недійсним може бути визнаний тільки правочин, тобто цивільно-правове явище, яке має хоча і дефектний, однак повністю сформований склад юридичного факту правочину (договору).

Вважаємо, що розгляд правової природи неукладеного договору є неможливим без визначення родового, відносно цивільно-правового договору, поняття і встановлення методом дедукції (шляхом сходження від загального до конкретного) того, на якому з етапів становлення договору виникає правова конструкція неукладеного договору.

Загальновідомо, що родовим відносно терміна «цивільно-правовий договір» є поняття правового (юридичного) акту. Під терміном «акт» у сучасній українській мові розуміють окремий прояв якої-небудь діяльності: дія, подія, вчинок [152, с. 28].

Таким чином, термін «акт», як це вбачається з етимології цього слова, використовується для позначення дії, процесу, а також результату певної діяльності. З цього приводу О.М. Родіонова зазначає, що «сприйняття акту як дії, що має місце у реальному житті, було настільки очевидним, що потягло його визначення як факту...» [144, с. 245].

Зазначена ремарка є важливою, адже необхідно розрізняти акт як дію (наприклад, направлення оферти) від акту як способу фіксації такої дії під час виконання процедури укладення договору. В останньому випадку акт, вочевидь, виконує функцію форми.

Зазначимо, що в юридичній літературі уточнюються деякі ознаки правового акту: так, М.Ф. Казанцев звертає увагу на те, що правовий акт як акт (як загальне відносно правового акту поняття), що виражає волю суб'єкта (суб'єктів) права, вчиняється з метою правового регулювання суспільних відносин і забезпечується можливістю державного примусу [101, с. 63].

Отже, акт, на думку автора, набуває ознак правового при виконанні двох умов: наявності специфічного предмета (спрямованості на регулювання суспільних відносин), а також забезпечення державним примусом.

На нашу думку, погодитись із останньою ознакою як характерною рисою акту загалом не можна. Поширення цієї ознаки на всі юридичні акти є рівноцінним їх ототожненню із юридичними фактами (загальновідомо, що державним примусом може забезпечуватися лише юридично релевантне правовідношення).

І хоча в юридичній літературі, здебільшого, не приділяється увага юридичним актам – не юридичним фактам, однак їх існування не виключається.

З означеної тематики особливий інтерес становлять наукові напрацювання О.М. Родіонової. Вона пише: «Юридичні факти співвідносяться з юридичними актами за аналогією з нормативними цивільно-правовими актами. Тобто відносини, що виникають з юридичних актів, можуть бути кваліфіковані як цивільно-правові тільки за наявності відповідних юридичних фактів» [144, с. 261].

Встановлюючи взаємозв'язок між юридичним актом і юридичним фактом, науковець зазначила, що юридичні акти відносяться до юридичних фактів на тій підставі, що деякі з них містять умови, які можна кваліфікувати як положення, що прямо і конкретно визначають суб'єктивні права й обов'язки сторін цивільного правовідношення.

На думку автора, механізм утворення юридичних актів залежить від характеру правової норми, яка регулює відповідні правовідносини: «Існує пряма залежність між характером цивільно-правових норм і необхідністю оформлення діяльності з оформлення правосуб'єктності. Якщо в нормі закріплена можливість набуття і припинення певних цивільних прав та обов'язків, тобто реалізація цивільної правосуб'єктності одиничними діями, то факти, що знаходяться в їх основі, не оформлюються актами ... Однак у

випадку наявності у нормі процедурного характеру, коли вона встановлює послідовність дій, тільки здійснивши які особи можуть набути або припинити цивільні права й обов'язки, безпосередньо не закріплені в нормах права, результат її реалізації має бути зафіксованим у юридичному акті. Причина цього очевидна: необхідно, щоб у сторін не було суперечностей у правомірності вимог і приналежності обов'язків, які виникають неодномоментно». Також зауважимо, що воля особи, яка оформлює свої дії юридичним актом, має бути спрямована на створення умов [курсив мій – Є.Т.] для упорядкування майнових та особистих немайнових відносин, їх конкретизацію у процесі правореалізаційної діяльності [144, с. 250, 261].

На підставі зазначеного можна зробити висновок про те, що правовий (юридичний) акт – це форма, спосіб фіксації дій, які за своїм характером створюють передумови для впорядкування майнових та особистих немайнових відносин, їх конкретизацію у певній процедурі, яка визначається нормою права, що регулює правовідносини, в які мають наміри вступити особи.

Зміст правового акту становлять умови договору, намір який мають його сторони.

Якщо застосувати зазначені позиції стосовно укладення договору, то можна дійти таких висновків:

по-перше, правовий акт є способом фіксації тих або інших договірних умов, які сторони мають намір включити до змісту договору;

по-друге, правовий акт створює передумови для вступу сторін у зобов'язальні правовідносини, адже саме за допомогою правових актів відбувається процес накопичення елементів складу юридичного факту договору;

по-третє, правова конструкція правового акту виникає тільки тоді, коли норма права має процедурний характер, а отже, опосередковує процес накопичення елементів складу юридичного факту договору.

На підставі зазначених ознак можна дійти висновку, що правовими актами є: оферта⁷, акцепт, фактичні договори, факт передачі речі або майна, а також будь-які інші форми вираження правосуб'єктності, які містять договірні умови⁸. Зазначимо, що з метою підтвердження існування договору (принаймні в судовій практиці) використовуються такі нетипові докази, як одностороння заява, відображення в фінансовій звітності зобов'язання тощо [33].

Таким чином, юридична конструкція правового акту пов'язує всі чинники, які визначали дореволюційні, радянські та сучасні науковці стосовно неукладеного договору: залежність від процесу укладення договору (процедурний характер норми); «недосформованість» договору через відсутність елементів (умов) складу юридичного факту, які закріплюються і накопичуються у правових актах; і, як результат, відсутність правових наслідків через невизнання, з точки зору права, таких правових актів юридичними фактами.

Із зазначеного випливає, що неукладений договір – це правовий акт, в якому фіксуються елементи складу юридичного факту цивільно-правового договору, створюючи передумови для виникнення, зміни або припинення зобов'язального (договірного) правовідношення. Виникнення неукладеного договору обумовлено процедурним характером укладення договору, а функціонально він опосередковує процес накопичення необхідних елементів для виникнення договору як юридичного факту; є статистичним показником виконання процесу укладення договору.

Разом з тим прокоментуємо деякі спірні питання правової природи правового акту.

⁷ Зауважимо, що договір, підписаний із протоколом розбіжностей, за своєю правовою природою також є різновидом оферти, адже відповідно до ст. 646 ЦК України відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах є відмовою від одержаної пропозиції і водночас новою пропозицією особі, яка зробила попередню пропозицію.

⁸ Визначення цієї групи правових актів насамперед пов'язано із тим, що згідно із змістом норми абз. 2 ч. 1 ст. 641 ЦК України не будь-яка пропозиція укласти договір є офертою, а виключно та, яка містить всі істотні умови договору, намір укласти який мають сторони. Тому пропозиції укласти договір, що не містять усіх істотних умов договору, слід віднести до цієї категорії правових актів.

Так, незрозумілою видається позиція автора стосовно співвідношення юридичного факту та правового акту. Визначаючи правовий акт як передумову правового регулювання (створення умов для упорядкування майнових та особистих немайнових відносин), автор вважає, що правовідносини, які виникають із правового акту, можуть бути кваліфіковані як цивільно-правові лише тоді, коли існує відповідний юридичний акт.

Однак наведені позиції суперечать одна одній: якщо правовий акт є передумовою застосування норми, яка має процедурний характер, то він не може бути юридичним фактом стосовно цієї ж норми. Іншими словами, правовий акт не може бути передумовою юридичного факту і юридичним фактом одночасно.

Серед усіх юридичних актів, на нашу думку, юридичним фактом є тільки акт передачі речі або майна. Зазначений факт є підставою для виникнення зобов'язання із набуття або збереження майна без достатньої правової підстави (не договірною зобов'язання) та/або віндикаційного зобов'язання, а для процедури укладення договору – є правовим актом, у якому сторона, яка передала річ або майно, зафіксувала об'єкт виконання або умову про ціну договору (у випадку передачі грошових коштів).

У всіх інших випадках, окрім зазначеного, правовий акт як форма фіксації елементів складу юридичного факту договору на стадії укладення договору не призводить до виникнення зобов'язальних (договірних) правовідносин: чинне цивільне законодавство не надає значення юридичного факту оферті (незважаючи на те, що в ній мають бути визначені всі істотні умови договору), акцепту, фактичному договору (уже зазначалося, що будучи позбавленим забезпечення державним примусом він не може розглядатися як юридичний факт).

Крім того про відсутність у неукладеного договору здатності бути юридичним фактом свідчить і те, що, як зазначає А.В. Коструба, юридичні факти створюють умови для реалізації цивільного правовідношення завдяки

комбінації правової моделі поведінки суб'єктів правовідносин із фактичними обставинами дійсності, натомість правова конструкція неукладеного договору: 1) не передбачає виникнення жодного правовідношення; 2) юридичні наслідки, що пов'язані із кваліфікацією договору як неукладеного, виникають тільки у поєднанні із фактом передачі майна «на виконання» такого «договору» [107, с. 15]. В такому випадку неукладений договір не є елементом складного юридичного факту, а виконує роль «правового маркеру» відсутності правового зв'язку між фактом збагачення однієї особи і виконання певного обов'язку його контрагентом.

2.2 Співвідношення недійсних і неукладених договорів

Про різну правову природу недійсного та неукладеного договорів неодноразового зазначалось у літературних джерелах дореволюційного і радянського періоду. В сучасній юридичній доктрині така думка отримала значного поширення, а також здобула підтримку на рівні судової практики. З аналізу юридичної доктрини слідує, що, так чи інакше, автори, які схилилися до визнання неукладеного договору як самостійної правової конструкції, визначали одну і ту саму його ознаку – нездатність неукладеного договору, на відміну від недійсного, бути юридичним фактом внаслідок відсутності елементів складу цивільно-правового договору, яка, в свою чергу, викликана тим, що сторони не завершили процес укладення договору.

Крім того, розмежування недійсності й неукладеності також може мати місце на підставі їх правових наслідків. Внаслідок того, що неукладений договір не є юридичним фактом, і, відповідно, правочином, констатується неможливість застосування до нього реституції.

Так, у постановах пленумів Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 р. № 9 та Вищого господарського суду України «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» 29.05.2013 р. № 11 зазначається, що не може бути визнаний недійсним правочин, який не вчинено (договір, який не укладено), а отже, і немає підстав для застосування реституції [41; 42].

З цього приводу Д.О. Тузов зазначив: «Відповідно до пануючої у ... доктрині і судовій практиці думки, головна відмінність недійсності правочину від її неіснування полягає в тому, що перша з них є підставою для застосування особливих правових наслідків, основним з яких є повернення переданого за правочином майна на підставі правил про реституцію, яка розуміється як абсолютно самостійний, специфічний правовий засіб,

розрахований тільки на випадки недійсності правочинів; при неіснуванні ж («неукладеності») правочину ці спеціальні наслідки незастосовні, і має йтися про повернення того ж майна на підставі загальних норм – або про віндикацію, або про зобов’язання з безпідставного збагачення, а також про цивільно-правову відповідальність на загальних підставах» [164, с. 64].

Таким чином, сформувалася доктрина «юридичного неіснування», відповідно до положень якої неукладений договір, не будучи юридичним фактом, юридично не існує, а отже, до нього не можуть бути застосовані правові наслідки недійсного правочину, який навпаки, визнається існуючим (релевантним) для права.

Погоджуючись із цією тезою, вважаємо за необхідне додатково навести аргументи на її підтвердження шляхом дослідження зарубіжної правової доктрини.

Ідея про «юридичне неіснування» у європейській правовій доктрині, на відміну від вітчизняної, не є новою, а її дослідження дозволяє дійти висновку про постійну еволюцію наукових поглядів стосовно досліджуваної проблематики.

Д.О. Тузов, за результатами дослідження італійської правової доктрини, писав, що «поняття неіснування має давню історію і є дуже спірним у правовій науці». Автор зазначає, що «в європейській приватноправовій доктрині проблематика недійсності та неіснування набула особливого значення у зв’язку із фігурою нікчемного правочину, оскільки саме її співвідношення із правочином неіснуючим завжди викликало найбільші суперечки і, власне, вперше поставило саму проблему неіснування акту». Розмежування між нікчемними та неіснуючими правочинами проводилось у фактичній площині, правовій, а в деяких випадках – і в першій, і в другій одночасно.

Перший підхід характеризується тим, що неукладений правочин, на відміну від нікчемного, пов’язується із матеріальним неіснуванням.

Нікчемний правочин розглядався як такий, що існує матеріально, однак не існує для права. Зазначена концепція походить від відомої дефініції Б. Віндшейда: «нікчемний юридичний правочин не існує для права, фактично ж він існує. Це тіло без душі; однак від цього не перестає бути тілом» [162, с. 61, 66].

Проте зазначена концепція зазнала критики з мотивів її невизначеності та проведення розмежування на емпіричному рівні, без відповідного посилання на норми об'єктивного права. Разом з тим не можна погодитися, виходячи із приписів чинного законодавства, що нікчемний правочин не існує для права, адже з ним пов'язується низка правових наслідків, передбачених ст. 216 ЦК України. Тому, на нашу думку, критика цього підходу є справедливою, а його положення не можуть застосовуватися в умовах сучасного стану регламентування цього роду правовідносин.

Друга концепція розмежування нікчемності та неіснування була запропонована італійським вченим Р. Сконьямільо, який виходячи із положень пречеттивної теорії Е. Бетті та розвиваючи її, писав про необхідність відмови від традиційного підходу, відповідно до якого правочин розглядається як фактичний склад з кінцевими правовими наслідками, і про перехід до нового підходу до розгляду цієї проблематики. Згідно із традиційним підходом, єдиною проблемою кваліфікації юридичних фактів, в т.ч. і правочину, є перевірка виконання останнім усіх необхідних реквізитів, передбачених законом для певного фактичного складу. Якщо відповідь позитивна – то юридичний факт існує і є підставою для виникнення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків, а якщо ні – то юридична конструкція не існує.

Він пропонував розглядати правочин як особливий фактичний склад, який, насамперед, являє собою програму, об'єктивну регламентацію інтересів, і тому потребує специфічних критеріїв її оцінки. З метою кваліфікації правочину існуючим, критерій оцінки має бути зміщений з

перевірки виконання законної схеми на відповідність фактичного складу самому поняттю правочину. При цьому така перевірка не ототожнюється із перевіркою правочину на валідність (дійсність або недійсність), яка відбувається лише після того, як встановлено, що фактичний склад відповідає поняттю правочину (договору).

У випадку відповідності фактичного складу поняттю правочину такий правочин вважається існуючим незалежно від його валідності, у протилежному випадку договір існує лише матеріально і не має значення для права.

Відповідно до положень наведеної концепції нікчемний правочин розглядається як існуючий, однак із відмінними правовими наслідками, аніж ті, що були первинно передбачені його сторонами (зазначається, що концепція нікчемності «логічно потребує існування»: «тільки існуючий правочин може бути нікчемним», адже «нікчемність становить предикат правочину») [162, с. 67, 68].

Проте запропонований Р. Скоњямільо підхід також не позбавлений недоліків. Насамперед, як видається, зауваження стосуються предмета, з яким відбувається порівняння конкретного фактичного складу, – дефініції договору. Якщо звернутися до легального визначення договору, закріпленого у ч. 1 ст. 626 ЦК України, то кваліфікація існування договору за правилами, запропонованими цим автором, призведуть до ототожнення договору із фактичним договором.

Наведена концепція Р. Скоњямільо, вочевидь, не враховує системного характеру норм, притаманного вітчизняному цивільному законодавству, які визначають вимоги до складу юридичного факту договору, обмежуючись лише зіставленням фактичного складу не з системою таких норм, а з його дефініцією. Також видається незрозумілим, чому невідповідність нормам об'єктивного права, якими дається визначення договору, призводить до якісно інших правових наслідків, аніж його недійсність.

Разом з тим італійська юридична доктрина пропонує і третій підхід, який пов'язує ідею «соціального» поняття правочину, запропоновану Р. Сконьямільо, із нормами об'єктивного права.

Автором цієї концепції є італійський цивіліст Т. Аскареллі, який писав, що валідність/нікчемність та існування/неіснування є не тільки різними, а й різнорідними групами правових явищ. Якщо перші узагальнюють нормативне регулювання, то другі належать до передумов застосування такого регламентування, а відповідно, до «типологічної реконструкції реальності», що виступає об'єктом останнього. Іншими словами, «неіснування та нікчемність відповідають, згідно із цим поясненням, двом структурним елементам норми: абстрактному фактичному складу, або *gipotesi*, що вказує на факт (правочин) і його характеристики, і *припису*, що встановлює наслідки наявності або відсутності цих характеристик, у тому числі *санкцію* нікчемності [курсив авт. – Є.Т.]» [162, с. 70-71].

Вважаємо за необхідне приєднатися до запропонованої Т. Аскареллі думки, адже, як уже зазначалося, неукладеність договору тісно пов'язана із категорією «юридичний факт», який входить у юридичну площину не як явище об'єктивної дійсності, а через сукупність характерних рис та ознак, які закріплюються у гіпотезах відповідних правових норм.

Піддаючи критиці положення цієї теорії, Д.О. Тузов пише: «Основне положення... полягає в тому, що недійсність є передбаченою нормою права наслідком, який настає за відсутності або навпаки, наявності деяких фактичних передумов, тобто вираженням санкції або принаймні диспозиції норми. Насправді недійсність не є виразом ні першого, ні другого. Будучи простим ненастанням результату, якого прагне досягти особа, що укладає угоду, вона... не має нічого спільного з санкцією правової норми. Не може розглядатися вона і як елемент диспозиції..., адже не містить у собі жодного правила поведінки. «Ефект» нікчемності – це автоматичний і одночасний із самим здійсненням акту «наслідок», що не має значення припису. Таким

чином, якщо диспозиція передбачає суб'єктивні права й обов'язки, то положення про недійсність встановлюють лише критерії правової оцінки дії. Отже, недійсність – це не правовий наслідок, а лише негативна якість, яка перешкоджає акту виконувати абстрактну гіпотезу норми і, відповідно, ввести в дію диспозицію, породжуючи тим самим правові наслідки у власному сенсі». Насамкінець автор резюмує, що «так руйнується найголовніший і зовнішньо найбільш переконливий доказ прихильників аналізованої теорії» [164, с. 40-41].

Висловлена критика, на нашу думку, частково є справедливою: із автором можна погодитися стосовно того, що недійсність не є санкцією за порушення норми. Як уже відзначалося, проф. О.Е. Лейст, розглядаючи проблему співвідношення правопорушення з іншими відхиленнями від приписів норм права, писав, що в тих випадках, коли правова норма встановлює певний порядок, але не містить заборони відступати від нього, не може бути і мови про правопорушення та про «санкцію», хоча б і за недодержання норми і наставляли будь-які несприятливі наслідки [114, с. 56].

ЦК України не містить прямої заборони щодо недотримання умов дійсності правочину: відповідно до ст. 627 ЦК України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Аналіз елементів наведеної норми свідчить про те, що законодавець не передбачає будь-якої санкції за її невиконання: встановлення обов'язку із врахування приписів ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості не можна ототожнювати із прямою заборобою на вчинення правочинів, які б не задовольняли вказаним законодавчим положенням. Проте їх порушення, як це впливає із системного тлумачення норм ст.ст. 203, 215 ЦК України, призводить до інших «несприятливих наслідків», про які писав О.Е. Лейст, у

формі наслідків недійсності правочину. Крім того, якщо припустити, що недійсність є санкцією, то її правові наслідки слід визначати як цивільно-правову відповідальність. З цього приводу О.О. Кот пише, що «... реституція не може бути кваліфікована як різновид цивільно-правової відповідальності», фактично підтверджуючи висновок про те, що недійсність не є санкцією за недотримання загальних вимог, необхідних для чинності правочину [108, с. 156; 109, с. 114-115].

На нашу думку, проблему співвідношення недійсного і неукладеного договорів альтернативно і не заперечуючи наукові позиції, запропоновані Т. Аскареллі, можна розглядати в площині здійснення суб'єктивних прав та їх меж.

Так, принцип свободи договору визначений у п. 3 ч. 1 ст. 3 ЦК України як одна із загальних засад цивільного законодавства. Саме на цьому принципі, відповідно до ч. 1 ст. 627 ЦК України, ґрунтується суб'єктивне цивільне право на вільне вирішення питання про доцільність вступу у договірні відносини, визначення контрагента та умов договору (далі – суб'єктивне право на свободу договору).

Згідно із ч. 1 ст. 13 ЦК України цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. Очевидно, що гіпотеза зазначеної норми ЦК України охоплює і реалізацію права на вільний вступ у договірні відносини (свободу договору).

Крім того, зазначимо, що категорія «зловживання правом», яка відповідно до ч. 6 ст. 13 ЦК України є підставою для покладення судом на винну особу обов'язку із припинення зловживання своїми правами, а також застосування інших, передбачених законом, наслідків, не застосовується до загального правила про здійснення цивільних прав у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства (це логічно впливає з ч. 6 ст. 13 ЦК України, де визначено, що зловживання правом може мати місце

лише у випадках, передбачених ч.ч. 2-5 ст. 13 ЦК України, не включаючи норму ч. 1 цієї статті).

Таким чином, реалізація суб'єктивного права, зокрема права на свободу договору стосовно недотримання норм об'єктивного законодавства, не є зловживанням правом.

Однак така поведінка може бути визначена як порушення (вихід) за межі здійснення суб'єктивних прав. В.П. Грибанов писав: «...для визнання того чи іншого суб'єктивного цивільного права здійснюваним у суперечності з його призначенням у соціалістичному суспільстві поряд із визначенням його загального призначення, як правило, необхідно виявити його *конкретне призначення*». Далі автор зазначає, що конкретне призначення суб'єктивного цивільного права у низці випадків визначено безпосередньо в самому законі [84, с. 82].

Застосовуючи зазначені положення до суб'єктивного права на свободу договору, слід зробити висновок, що загальним призначенням цього права є вступ особи у зобов'язальне правовідношення, а конкретним призначенням – свобода при вирішенні питання про необхідність вступу у договірні відносини, вільність у визначенні умов та виборі контрагента, однак з «урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості» (ч. 1 ст. 627 ЦК України).

Очевидно, що категорія «вимоги цього [Цивільного. – Є.Т.] Кодексу» прямо відсилає до правил, передбачених ст. 203 ЦК України, що визначають загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину.

Норма ст. 203 ЦК України, на нашу думку, фактично є тим правовим орієнтиром, що має бути дотриманий, якщо сторони бажають досягти правового результату.

Крім того, В.П. Грибанов зазначав: «Якщо зміст суб'єктивного цивільного права може бути охарактеризований як загальний тип можливої

поведінки уповноваженої особи, санкціонованої об'єктивним правом, то зміст процесу його реалізації зводиться до здійснення уповноваженою особою реальних, конкретних дій, у яких відображається як воля самої уповноваженої особи, так і специфічні особливості цього конкретного випадку» [84, с. 45]. Специфікою реалізації суб'єктивного права на свободу договору є необхідність дотримання вимог, необхідних для дійсності правочину, в т.ч., вимог цивільного законодавства.

З зазначеного логічно випливає, що недотримання вимог дійсності правочину (ст. 203 ЦК України) є наслідком виходу за межі здійснення суб'єктивного права, передбаченого ст. 627 ЦК України, а недійсність є тією правовою межею, яка лімітує (обмежує) зазначене суб'єктивне право, встановлюючи межі реалізації принципу свободи договору в зобов'язальних правовідносинах.

Крім того, концепція недійсності як виходу за межі здійснення цивільного права на вступ у договірні відносини також означає і те, що недійсний договір за своєю правовою природою не відрізняється від дійсного цивільно-правового договору. Це пояснюється тим, що вихід за межі здійснення цивільних прав не означає трансформацію (зміну) певного явища, а лише констатацію її невідповідності певному правовому орієнтиру, а також застосування визначених законом «негативних наслідків», а отже, недійсний договір має сформований склад юридичного факту (є юридичним фактом).

Разом з тим погодитись із Д.О. Тузовим стосовно того, що «недійсність – це не правовий наслідок, а лише негативна якість», також не можна. Поза увагою автора, вочевидь, залишається факт того, що недійсність – це не лише ненастання первинного правового наслідку, а й сукупність нових зобов'язань, визначених ст. 216 ЦК України.

Диспозиція ст. 216 ЦК України побудована таким чином, що недійсність не тільки перешкоджає досягненню сторонами договору визначеного ними правового результату, а й є підставою для виникнення

інших правових наслідків у формі реституції, збитків та моральної шкоди (ч.ч. 1, 2 ст. 216 ЦК України).

Тобто має місце не «негативна якість, яка перешкоджає акту виконувати абстрактну гіпотезу норми», про яку зазначав Д.О. Тузов, однак трансформація (зміна) первинного правовідношення з моменту його вчинення. Зауважимо, що в юридичній літературі також висловлюються думки про «трансформацію» (фактично – зміну) правовідношення у випадку порушення суб'єктивного права. Так, М.В. Ус пише: «... питання, яке потребує з'ясування: що відбувається із самим суб'єктивним правом після його порушення? Вважаємо, що відповідь на нього залежить від виду суб'єктивного цивільного права, що порушується, – абсолютне воно чи відносне ... Інша справа, коли порушується відносне регулятивне право. На наш погляд, у цьому випадку саме порушене право трансформується у право, здатне до примусової реалізації. До того ж *може виникнути й нове, не існуюче раніше суб'єктивне право* [курсив авт. – Є.Т.], що матиме властивість примусової реалізації» [165, с. 29].

Необхідно зазначити, що за своїм змістом термін «зміна правовідношення» може бути аналітично розкладене на: 1) припинення первісних правовідносин; 2) виникнення нових (повністю або частково, залежно від обсягу змін).

Отже, недійсність правочину за своїм змістом є зміною правовідношення: визначене сторонами (первинне) правовідношення припиняється (саме цим пояснюється здатність недійсного договору «блокувати» визначені сторонами правові наслідки) з моменту вчинення недійсного договору (при чому жодних відмінностей між вчиненням дійсного і недійсного договору немає – порядок вчинення договору регламентується одними і тими самими нормами для обох правових конструкцій), а замість нього виникає сукупність інших правовідносин, а саме з реституції, відшкодування збитків та моральної шкоди.

Крім того, на нашу думку, використання законодавцем терміна «з моменту його вчинення» у ч. 1 ст. 236 ЦК України є ще одним доказом того, що недійсність може мати місце виключно стосовно укладених (вчинених) договорів: за загальним правилом, договір вважається вчиненим з моменту його укладення, і, таким чином, недійсність може мати місце лише після формування складу договору як юридичного факту.

Водночас неукладений договір, на відміну від недійсного, не має моменту вчинення (адже він не існує як договір, юридичний факт).

На підтримку позиції щодо визначення недійсності як зміни правовідношення, намір встановити яке мали сторони, вважаємо за необхідне навести такі аргументи.

Відомо, що чинне цивільне законодавство визначає два види недійсних правочинів – нікчемні та оспорювані.

До моменту визнання судом оспорюваного правочину недійсним, на підставі презумпції правомірності правочину, він вважається дійсним, і є підставою для виникнення, зміни або припинення тих правових наслідків, що визначені його сторонами. Рішення суду про визнання недійсним оспорюваного правочину є тим юридичним фактом, на підставі якого відбувається зміна цивільного правовідношення.

При цьому факт того, що недійсність настає з моменту вчинення договору, як видається, не суперечить вказаній ідеї.

Так, внесення змін у договірні умови та поширення їх дії на час, що передує моменту укладення договору про внесення змін, є звичайною договірною практикою, що, зокрема, підтверджується і висновками, викладеними у п. 2.4 постанови пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013р. № 11, де зазначено, що «законом не передбачено заборони стосовно надання правочинові, – в тому числі про

внесення змін до іншого правочину, – за згодою сторін зворотної дії в часі» [42].

Різниця полягає лише в тому, що у випадку недійсності договору зміна правовідношення відбувається не за домовленістю сторін, а на підставі правової норми (ч. 1 ст. 236 ЦК України), а також через ухвалення відповідного судового рішення.

У юридичній літературі зазначалося, що питання неукладеності договору «набуло особливої актуальності у зв'язку із фігурою нікчемного правочину» і «тому зазвичай це питання формулюється і обговорюється як питання співвідношення нікчемності та неіснування» [162, с. 61]. Особливістю нікчемних правочинів є те, що їх недійсність встановлена законом і не потребує додаткового визнання судом (ч. 2 ст. 215 ЦК України).

Таким чином, у нікчемному договорі «зміна» правовідношення (з первинного на реституцію, відшкодування збитків і моральної шкоди) відбувається без рішення суду як додаткового юридичного факту, що наближує її до правової конструкції неукладеного договору.

Функцію рішення суду (як юридичного факту, з яким пов'язана «зміна» недійсного правовідношення), як видається, в такому випадку виконує безпосередньо сама норма права, яка визначає той або інший договір як нікчемний. Іншими словами, правочин є нікчемним тільки внаслідок того факту, що він був вчинений його сторонами.

Зазначена теза логічно впливає з того, що норма ч. 3 ст. 215 ЦК України, в якій дається дефініція оспорюваного правочину, розрахована на необмежену кількість випадків («якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом»), і потребує додаткової кваліфікації судом з метою встановлення наявності/відсутності факту виходу сторонами за межі суб'єктивного права на вступ у договірні відносини. Нікчемність, навпаки, має конкретний характер норми, а отже, не потребує додаткової кваліфікації уповноваженим органом.

Отже, відмінність порядку визнання недійсними оспорюваних та нікчемних правочинів зумовлюється характером відповідної норми (загальна та конкретна норми відповідно).

Таким чином, неукладеність та недійсність мають різну правову природу. Передумовою кваліфікації правової конструкції неукладеного договору є невиконання сторонами приписів об'єктивного права, якими встановлюються умови (елементи), необхідні для формування складу юридичного факту цивільно-правового договору, зокрема, ст.ст. 210, 626, 638 – 646 ЦК України.

Відсутність у неукладеного договору здатності приводити до встановлення, зміни або припинення договірних зобов'язань зумовлюється тим, що він є правовим актом, а не юридичним фактом.

Недійсність правочину, на нашу думку, є наслідком виходу сторони (сторін) договору за межі суб'єктивного права на свободу договору, визначеного ст. 627 ЦК України. За своїм змістом недійсність правочину є зміною первинного правовідношення на сукупність правових наслідків недійсності правочину: реституцію, відшкодування моральної та матеріальної шкоди.

Із зазначеного випливає, що неукладеність і недійсність договору пов'язані з порушенням норм об'єктивного права.

Неукладений договір «вважає» гіпотезу регулятивних норм, які регламентують конкретні зобов'язальні права й обов'язки, через невиконання вимог, які встановлюють вичерпний перелік елементів складу юридичного факту цивільно-правового договору (ст.ст. 210, 626, 638 – 646 ЦК України).

Недійсність договору – це «негативний наслідок» (не санкція), якого зазнають сторони договору при порушенні норм об'єктивного права, що встановлюють вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину (ст. 203 ЦК України), при виході за межі суб'єктивного права на свободу договору.

На основі того, що неукладений договір має незавершений склад юридичного факту договору, тобто не є юридичним фактом, він має «перевагу» порівняно із недійсним договором, який за своєю правовою природою потребує завершеного (сформованого) складу юридичного факту договору (недійсність є предикатом правочину, якщо перефразувати Р. Сконьямільо): неукладений договір (договір, який не вчинено) не може бути визнаний недійсним, адже кваліфікація факту укладення договору є передумовою застосування правових норм інституту недійсності правочину. Аналогічні висновки викладено у п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 р. № 9 та у п. 2.6 постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 р. № 11 [41; 42].

Таким чином, юридична конструкція неукладеного договору функціонально покликана заповнити «правовий вакуум» (в частині правових наслідків), що має місце внаслідок неохоплення інститутом недійсності правочину тих випадків, коли договір не сформувався як юридичний факт.

2.3 Підстави віднесення договорів до категорії неукладених

Підстави віднесення договорів до категорії неукладених є одним із найбільш дискусійних питань в цивілістичній доктрині.

Підтвердженням цього є, наприклад, те, що в дореволюційній літературі, незважаючи на підтримку більшості тогочасних авторів позиції про відмінність неукладеного договору від недійсного, зрештою, не було сформовано конкретного переліку підстав, що призводять до кваліфікації договору неукладеним.

Радянська юридична доктрина, яка в цілому не сприймала вказану юридичну конструкцію, питанню систематизації підстав кваліфікації договору неукладеним не приділяла значної уваги. Серед авторів, якими були розробили відповідні класифікації, відзначимо Н.В. Рабинович, І.Б. Новицького, В.О. Рясенцева.

Так, Н.В. Рабинович вважала, що договір має бути визначений як неукладений через такі ознаки:

- 1) відсутність необхідного фактичного складу, встановленого законом;
- 2) воля сторін виражена без необхідного ступеня визначеності;
- 3) домовленість не охоплює однієї з істотних згідно із законом або договором умов;
- 4) наявний такий насильницький вплив на учасників угоди, що повністю позбавляє їх можливості виражати свою волю, перетворює їх у знаряддя чужої волі [143, с. 20-21].

Проте наведений перелік підстав для кваліфікації договору неукладеним, вочевидь, містить недоліки: по-перше, автор не визначила єдиного критерію класифікації; по-друге, відсутність необхідного фактичного складу, як видається, охоплює недоліки волевиявлення (відсутність необхідного ступеня визначеності); по-третє, насильницький

вплив на учасників угоди є прямо визначеною підставою для недійсності правочину.

І.Б. Новицький вважав, що договір слід віднести до категорії неукладених за наявності таких підстав: а) направлена пропозиція укласти договір, однак вона була відхилена адресатом; б) мала місце розбіжність волевиявлення із дійсною волею обох сторін угоди; в) недотримано форму, встановлену домовленістю сторін; г) у договорі відсутні всі істотні умови [126, с. 36; 128, с. 22, 64].

Однак із наведеною класифікацією також повністю погодитися не можна. По-перше, через змішування підстав для кваліфікації договору неукладеним і недійсним: розбіжність волі та волевиявлення є підставою для недійсності правочину оскільки, відповідність волі та волевиявлення є умовою дійсності правочину (ч. 3 ст. 203 ЦК України). Також автор обмежується лише випадком відхилення оферти, залишаючи поза увагою те, що на оферту може і не надійти жодної відповіді контрагента. Крім того, відомо, що закон, у визначених випадках, пов'язує недотримання вимог щодо форми договору безпосередньо із його нікчемністю.

В.О. Рясенцев також запропонував перелік підстав, за наявності яких договір слід кваліфікувати як неукладений: волевиявлення обох сторін не відповідає їх волі; не проведено передачі грошових коштів або речей у реальних договорах; отриману пропозицію укласти договір залишено без відповіді або повідомлено про прийняття пропозиції на інших умовах, які сторону, що зробила пропозицію, не влаштовують, а також тоді, коли має місце письмова згода, яка виражає волю обох сторін, але не підписана одним або декількома її учасниками; воля не виражена «з тим ступенем визначеності й конкретності, яка необхідна для того, щоб усі належні за законом елементи правочину були у наявності»; правочин оформлений не так, як це було передбачено у попередньому договорі [154, с. 195; 146, с. 35-36].

На думку автора, у випадках, коли сторони приступили до виконання неукладеного договору, то в останніх двох випадках застосуванню підлягала ст. 151 ЦК РРФСР 1922р., яка передбачала наслідки недійсності правочину [4]. Таку позицію можна пояснити тим, що В.О. Рясенцев розглядав неукладеність як окремий випадок недійсності, про що свідчить його теза: «Коли визначена форма правочину (частіше всього нотаріальна, але іноді відповідно до особливих правил, проста письмова) передбачена в законі як обов'язкова під страхом недійсності, недотримання її тягне за собою недійсність такого правочину відповідно до ст. 29 ЦК» [145, с. 35-36].

Таким чином, підстави для кваліфікації договору неукладеним, запропоновані радянськими цивілістами, мали спільні недоліки, а саме: відсутність єдиного критерію класифікації, змішування підстав для кваліфікації договору неукладеним та визнання недійсним.

У сучасній юридичній літературі зазначена проблематика також залишається дискусивною, хоча із меншою, ніж у радянській доктрині, розбіжністю у поглядах.

Так, О.О. Савін писав про такі підстави кваліфікації неукладеності: відсутність у договорі домовленості з усіх істотних умов; відсутність передачі майна за реальними договорами; відсутність факту реєстрації договору у випадках, коли така реєстрація є обов'язковою; вчинення договору неуповноваженою особою [147, с. 54].

При цьому якщо перші три підстави не є новими, адже тією чи іншою мірою вони відзначалися радянськими цивілістами, то остання – вчинення договору неуповноваженою особою, є новою.

Обґрунтовуючи необхідність визначення цієї підстави, автор пояснював, що «про неукладеність договору можна говорити при незаконності формування органів юридичної особи; інших шахрайських дій недобросовісних осіб [хибне (*рос.* ложное – Є.Т.) представництво)». Крім того, зазначається, що визнання таких правочинів «юридичним нулем» для

осіб, яких представляють, у тому сенсі, що для останніх вони жодних юридичних наслідків не породжують, є єдиним правильним варіантом» [147, с. 61].

Проте погодитися з такою позицією не можна, адже неукладеність завжди пов'язується із проблемами формування правочину як юридичного факту, тобто із відсутністю одного або більше елементів складу юридичного факту договору. У випадку, про який пише автор, має місце не відсутність елементів складу правочину, а їх дефектність, тобто наявність недоліків в одному або у декількох елементах (зокрема, у характері волевиявлення).

В.А. Кияшко зазначав, що: «...у відповідності до чинного законодавства можна виокремити такі підстави, згідно з якими правочин можна вважати неспроможним: недотримання форми договорів, коли сторони домовились укласти договір у певній формі, хоча б законом для договорів даного виду така форма не потребувалась; недотримання вимоги про державну реєстрацію, коли така реєстрація є обов'язковою для договорів даного виду; недосягнення домовленості з усіх істотних умов договору; якщо не відбулася передача майна за договором, для укладення якого остання є обов'язковою; якщо на оферту не отримано акцепт, несвоєчасний акцепт оферти» [103, с. 65].

Окремо відзначимо таку позицію С.А. Подоляк: «Якщо використовувати системний підхід до встановлення категорії неукладеності, то можна зазначити, що такі підстави неукладеності, як нотаріальне посвідчення, державна реєстрація, вчинення дій, по-перше, не мають ніякого стосунку до узгодженої вольової дії, спрямованої на досягнення правового результату – юридичного факту угоди сторін, і лише можуть як додаткові юридичні факти входити до юридичного складу господарського договору і визначатися як правові підстави недійсності», а тому під підставами кваліфікації договору неукладеним автор пропонувала розуміти недотримання порядку укладання господарського договору (не акцептовано

оферту, не узгоджено протокол розбіжностей); недотримання повної письмової форми договору; фактичне недосягнення сторонами згоди з усіх істотних умов договору, що були предметом узгодження [136, с. 79-80].

Однак цілком погодитись із запропонованим автором переліком підстав, на нашу думку, не можна у зв'язку з тим, що, по-перше, відсутність нотаріального посвідчення, коли правочин підлягає такому посвідченню відповідно до припису закону, не може бути визнано підставою для віднесення договору до категорії неукладених, адже чинний ЦК України такий вказаний випадок як випадком нікчемності договору (ч. 1 ст. 220 ЦК України); по-друге, використання категорії «недотримання порядку укладення господарського договору» видається не виправданим: її зміст є ширшим, аніж визначені автором випадки відсутності акцепту оферти і неузгодження протоколу розбіжностей. На нашу думку, він охоплює, окрім названих випадків, також і такі підстави, як недосягнення домовленості з усіх істотних умов договору, відсутність державної реєстрації тощо, адже всі ці випадки визначаються процедурою укладення договору; по-третє, недотримання повної письмової форми договору автор пропонує вважати підставою неукладеності договору з огляду на те, що «письмова форма договору є найкращим доказом і самого існування договору, й згоди сторін щодо його змісту, що зменшує вірогідність виникнення спорів між сторонами договору», «повна письмова форма договору потребує більш виваженого та продуманого рішення щодо укладення договору, що в умовах недостатньої юридичної грамотності суб'єктів господарювання уявляється доцільним», «спрощений спосіб [укладення договору. – Є.Т.] довів свою неієздатність саме виникненням поняття неукладеності, коли із наявних документів (із судової практики) не можна було з'ясувати, про що саме домовлялись» [136, с. 75].

Проте наведені аргументи видаються такими, що мають рекомендаційний характер стосовно тематики дотримання письмової форми

договору в господарських правовідносинах, і не стосуються правової природи неукладеного договору як юридичної конструкції.

Із узагальнення зазначених позицій можна зробити висновок, що в сучасній юридичній літературі підставами для кваліфікації договору як неукладеного є: 1) недосягнення домовленості щодо всіх істотних умов договору; 2) відсутність передачі майна у реальних договорах; 3) відсутність факту державної реєстрації договору у випадках, коли така реєстрація є необхідною; 4) відсутність нотаріального посвідчення.

Також зазначимо, що в судовій практиці, через відсутність нормативно закріпленого переліку підстав для кваліфікації договору як неукладеного, трапляються нетипові підстави (наприклад, «неукладеність [договору. – Є.Т.] у зв'язку з тим, що сторонами не визначено предмет цього договору», «[договір. – Є.Т.] є неукладеним у зв'язку з відсутністю погодженого з замовником Технічного завдання»), які є окремими випадками наведених підстав (зокрема, відсутність згоди стосовно всіх істотних умов договору) [34; 35].

Проте такі передумови неукладеності договору, як вчинення договору неуповноваженою особою; недотримання форми договорів, коли сторони домовились укласти договір у певній формі, хоча б законом для договорів даного виду така форма не потребувалась; відсутність акцепту оферти, несвоєчасний акцепт оферти; недотримання порядку укладання господарського договору; недотримання повної письмової форми договору залишаються дискусивними та, здебільшого, не визнаються у юридичній літературі.

На рівні судової практики вироблено класифікацію підстав для кваліфікації договору як неукладеного. Так, у п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009р. №9 визначено, що, зокрема, не є укладеними правочини (договори), у яких відсутні встановлені

законодавством умови, необхідні для їх укладення (відсутня згода за всіма істотними умовами договору; не отримано акцепт стороною, що направила оферту; не передано майно, якщо відповідно до законодавства для вчинення правочину потрібна його передача тощо). Згідно із статтями 210 та 640 ЦК не є вчиненим також правочин у разі нездійснення його державної реєстрації, якщо правочин підлягає такій реєстрації [41].

В узагальненнях судової практики, проведених Вищим господарським судом України і викладених у постанові Пленуму «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 р. № 11, визначено, що, зокрема, не вважаються вчиненими правочини (укладеними господарські договори), в яких (за якими): відсутні передбачені законом умови, необхідні для їх укладення (не досягнуто згоди за всіма істотними для даного правочину умовами); не отримано акцепт стороною, що направила оферту; не передано майно, якщо відповідно до законодавства необхідна його передача; не здійснено державну реєстрацію або нотаріальне посвідчення, необхідні для його вчинення, тощо (п. 2.6) [42].

Зауважимо, що Вищий господарський суд України, порівняно із зазначеними узагальненнями Верховного суду України, визначив відсутність нотаріального посвідчення підставою для кваліфікації договору неукладеним.

Разом з тим у зазначених узагальненнях судової практики, проведених пленумами Верховного Суду України та Вищого господарського суду України, не визначено всіх підстав для кваліфікації договору неукладеним, а використання слова «тощо» може тлумачитись як те, що перелік таких підстав є невичерпним.

Проте з аналізу ст.ст. 210, 626, 638 – 646 ЦК України, які визначають вимоги до складу юридичного факту цивільно-правового договору, можна зробити висновок, що такий перелік має вичерпну кількість підстав.

Характеризуючи неукладений договір як правовий акт, нами було зроблено висновки, що в правову площину він входить (має прояв) через неакцептовану оферту, фактичний договір, сторони якого не досягли згоди з усіх істотних умов, факт передачі речі або майна (яке відбувається не на виконання укладеного договору або оферти), а також будь-які інші форми вираження правосуб'єктності на укладення договору, які не містять усіх істотних договірних умов.

Неукладеність договору пов'язана з тим, що сторонами не виконується весь обсяг дій, необхідний для «введення в дію» правової норми, яка регулює зобов'язальні правовідносини сторін, тобто правова норма не здійснює свій регулятивний вплив через дефектність (у широкому розумінні цього терміна) її гіпотези.

З наведеного можна дійти таких висновків:

по-перше, правова конструкція неукладеного договору охоплює ті випадки, коли між його сторонами не виникає домовленість як одна з головних ознак цивільно-правового договору (відсутній акцепт оферти), а також випадки, коли досягнута домовленість характеризується такою невідповідністю нормам об'єктивного права (через відсутність елементів складу юридичного факту договору), яка «вражає» гіпотезу відповідної правової норми, що зумовлює ненастання тих правових наслідків, на які розраховували сторони;

по-друге, у ст.ст. 210, 626, 638 – 646 ЦК України визначено вичерпний перелік вимог, необхідний для формування договору як юридичного факту. Виконання приписів цих норм формує склад юридичного факту цивільно-правового договору, а отже, і зміст гіпотез інших правових норм, які безпосередньо регламентують зобов'язальні правовідносини, намір вступити в які мають сторони (або хоча б одна із сторін);

по-третє, порушення норм ст.ст. 210, 626, 638 – 646 ЦК України призводить до виникнення правових актів у конкретно визначених формах, а

саме: неакцептованої оферти, фактичного договору, факту передачі речі або майна без відповідної правової підстави (каузи), а також інших формах вираження правосуб'єктності на укладення договору, які характеризуються тим, що не містять усіх істотних договірних умов (наприклад, листування сторін щодо включення певної умови; договір, підписаний із протоколом розбіжностей; оферта, яка не містить всіх істотних умов договору, тощо).

Таким чином, усі підстави кваліфікації договору як неукладеного можна поділити на дві групи: 1) підстави, які перешкоджають досягненню домовленості між сторонами; 2) підстави, які перешкоджають кваліфікації досягненої домовленості як цивільно-правового договору.

Аналіз чинного законодавства, а саме ст.ст. 626, 638, 641-646 ЦК України, дає підстави для висновку, що термін «домовленість», який використовує законодавець для визначення договору, наділений відповідним переліком характеристик, які вирізняють його з-поміж інших правових і неправових явищ та конструкцій.

Так, домовленість, необхідна для укладення договору, має такі ознаки:

1) виникає між двома або більше сторонами і спрямована на встановлення, зміну або припинення взаємних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК України). На нашу думку, ознака про наявність двох або більше сторін є факультативною, адже зміст категорії «домовленість» передбачає, що вона не може виникнути за наявності лише одного учасника. Проте спрямованість на виникнення взаємних цивільних прав та обов'язків дозволяє таку домовленість відмежувати від одностороннього правочину, а також від неправових домовленостей (побутових та інших неюридичних явищ);

2) домовленість за своїм змістом має охоплювати всі істотні умови договору;

3) домовленість, необхідна для укладення договору, виникає не суб'єктивно (як наголошувала І.Є. Степанова), а шляхом певної юридичної процедури – акцепту оферти (як про це писав Р. Потье). Тому будь-які

порушення цієї процедури призводять до недосягнення домовленості сторін стосовно своїх цивільних прав і обов'язків, а, отже, і до неукладеності договору.

Із аналізу змісту ст.ст. 641 – 646 ЦК України можна зробити висновок, що домовленість не виникає через порушення процедури акцепту оферти в таких випадках: 1) пропозиція укласти договір не відповідає її легальній дефініції, а саме не містить усіх істотних умов договору та/або не виражає намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття (так, у ч. 2 ст. 641 ЦК України зазначається, що реклама або інші пропозиції, адресовані невизначеному колу осіб, якщо інше не вказано в таких пропозиціях, не є офертою, однак лише запрошенням робити пропозиції укласти договір); або пропозиція укласти договір (оферта) була відкликана до моменту або в момент її отримання адресатом (ч. 3 ст. 641 ЦК України). Крім того, якщо в оферті визначено строк для відповіді, договір вважається укладеним тільки тоді, коли offerent одержав відповідь про прийняття пропозиції протягом такого строку (ст. 643 ЦК України). Якщо ж в оферті не передбачено строку для її прийняття, то якщо пропозицію укласти договір зроблено в усній формі, то договір вважається укладеним тільки при негайному його акцепті, а якщо у письмовій формі – то протягом строку, встановленого актом цивільного законодавства, а якщо цей строк не встановлено – протягом нормально необхідного для цього часу (ст. 644 ЦК України); 2) прийняття пропозиції (акцепт) не є повним та безумовним, як це визначено у ч. 1 ст. 642 ЦК України. Зазначимо, що зміст цієї норми корелює із приписом ст. 646 ЦК України, де визначено, що відповідь про згоду укласти договір на інших, ніж було запропоновано, умовах є відмовою від одержаної пропозиції і водночас новою пропозицією особі, яка зробила попередню пропозицію. Із змісту ч. 2 ст. 642 ЦК України випливає, що акцепт оферти може мати місце шляхом вчинення конклюдентних дій, тобто шляхом виконання свого обов'язку за офертою акцептантом, однак лише у

випадках, коли інше не визначено в оферті або не встановлено законом. Під час дослідження впливу форми на укладення договору відзначалося, що форма договору може бути однією із його істотних умов, а тому у випадку закріплення відповідної вимоги стосовно форми у пропозиції вчинення конклюдентних дій не може розглядатися в ролі акцепту оферти. Разом з тим, у визначених законом випадках конклюдентним діям також не надається значення акцепту, зокрема, якщо договір потребує нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації. Крім того, згідно із ч. 3 ст. 642 ЦК України акцептант наділений правом відкликати свою відповідь про прийняття пропозиції до моменту або в момент одержання оферентом такої відповіді (акцепту). Додамо, що не вважається акцептом відповідь про прийняття пропозиції укласти договір, яка одержана із запізненням; якщо акцепт було відправлено своєчасно, але одержано із запізненням, оферент звільняється від відповідних зобов'язань, якщо він негайно повідомив особу, якій було направлено пропозицію, про одержання відповіді із запізненням (ст. 645 ЦК України) [18].

Отже, підставами кваліфікації договору як неукладеного, внаслідок переривання процедури укладення договору до виникнення домовленості сторін стосовно взаємних прав та обов'язків, є:

- 1) відсутність акцепту оферти (в т.ч. неакцептована відповідь про згоду укласти договір на інших умовах);
- 2) недосягнення сторонами домовленості стосовно всіх істотних умов;
- 3) порушення процедури прийняття пропозиції на укладення договору, яка охоплює такі випадки: оферта не охоплює всі істотні умови договору або не виражає намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття; оферент відкликав пропозицію укласти договір до моменту або в момент її отримання адресатом; акцепт оферти надійшов після спливу строку на відповідь; акцептант відкликав прийняття пропозиції укласти договір до моменту або в

момент одержання оферентом такої відповіді (акцепту); вчинення дій на виконання договору (конклюдентних дій) у тих випадках, коли зі змісту оферти або закону випливає, що такі дії не є акцептом.

Крім того, слід звернути увагу, що існує думка про те, що договір може бути кваліфікований як неукладений також і в тих випадках, коли між сторонами виникла домовленість, проте додаткових дій, необхідних для укладення договору відповідно до чинного законодавства, сторони не вчинили.

Перелік додаткових дій, необхідних для укладення договору, виводиться з аналізу ст.ст. 210, 639, 640 ЦК України.

Так, вважається, що домовленість сторін не приводить до виникнення договору як цивільно-правової конструкції, якщо:

- 1) відсутня державна реєстрація договору, який підлягає державній реєстрації;
- 2) відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору є необхідною передача майна або вчинення іншої дії, однак сторони (або сторона) не вчиняють такої дії або не передають майно;
- 3) договір, який підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню, не було нотаріально посвідчено;
- 4) сторони досягли домовленості щодо нотаріального посвідчення договору, щодо якого законом не вимагається нотаріальне посвідчення, однак не здійснили нотаріального посвідчення;
- 5) сторони не уклали договір у формі, щодо якої ними було досягнуто домовленості, навіть якщо законом ця форма для даного виду договорів не вимагалася.

Проте форма договору не є його конститутивним елементом, а її недотримання має значення на етапі прийняття пропозиції і впливає лише на факт акцепту оферти. Факт укладення договору в іншій формі (зокрема, усно, адже закон передбачає лише дві форми договору – усну і письмову) є

прийняттям нової пропозиції укласти договір на інших умовах (зокрема, щодо форми договору), тобто є нічим іншим, аніж прийняттям нової оферти. Таким чином, незважаючи на припис ч. 2 ст. 639 ЦК України, недотримання форми договору не є підставою для кваліфікації договору як неукладеного.

Крім того, на нашу думку, із наведеного переліку підстав кваліфікації договору неукладеним у тих випадках, коли сторонами досягнуто домовленості стосовно взаємних цивільних прав та обов'язків, слід виключити державну реєстрацію договору.

Так, у п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 р. № 9 зазначається, що згідно зі статтями 210 та 640 ЦК не є вчиненим також правочин у разі нездійснення його державної реєстрації, якщо правочин підлягає такій реєстрації [41].

Посилання Пленуму Верховного Суду України одночасно на дві статті ЦК України дає підстави для висновку, що державна реєстрація договору розглядається Пленумом як різновид дії, із вчиненням якої закон або акти цивільного законодавства пов'язують укладення договору.

Крім того, зауважимо, що Т.В. Бобко вважає: «Дії різних осіб (нотаріуса при посвідченні ним правочину, рукоприкладників, які підписують правочин за одну із сторін, свідків тощо) [до таких дій можна віднести і державну реєстрацію. – Є.Т.], які не є правочинами, але сприяють формуванню завершеної структури того комплексу дій, який в цілому становить собою правочин» [68, с. 7].

Проте такі оцінка та визначення державної реєстрації як обставини, з якою пов'язується момент укладення договору, на нашу думку, є помилковими та не відповідають меті проведення державної реєстрації та її завданням.

Так, державна реєстрація функціонально спрямована, по-перше, на закріплення відомостей про факт переходу прав у відповідних реєстрах, а по-

друге, на перевірку законності договору. Такого висновку можна дійти, наприклад, на підставі аналізу п. 15 Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, де встановлено, що під час розгляду заяви і документів, що додаються до неї, державний реєстратор встановлює відповідність заявлених прав і поданих документів вимогам законодавства, а також відсутність суперечностей між заявленими та зареєстрованими речовими правами на нерухоме майно, їх обтяженнями, а також п. 22 зазначеного Порядку, яким визначено, що державний реєстратор на підставі прийнятого рішення про державну реєстрацію прав *вносить записи* до Державного реєстру прав [курсив авт. – Є.Т.] [14].

Основна суперечність у правовому регулюванні впливу державної реєстрації на укладення договору, на нашу думку, полягає в тому, що за своєю правовою природою державна реєстрація передбачає наявність укладеного договору до моменту її проведення.

Про це, наприклад, свідчить положення п. 36 Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, відповідно до якого для проведення державної реєстрації речових прав необхідними документами є документи, що *підтверджують виникнення, перехід або припинення таких прав на нерухоме майно, та інші документи, визначені цим Порядком* [курсив мій. – Є.Т.]. У пп. 1 п. 37 цього Порядку визначено, що документами, які підтверджують виникнення, перехід та припинення речових прав на нерухоме майно, зокрема, є *укладений в установленому законом порядку договір* [курсив авт. – Є.Т.], предметом якого є нерухоме майно, права щодо якого підлягають державній реєстрації, або речове право на нерухоме майно чи його дублікат [14].

Визначаючи правову природу державної реєстрації договору, Д.О. Тузов вважає, що державна реєстрація являє собою «адміністративний акт, тобто елемент зовнішній відносно до договору; вона надає останньому дійсність, юридичну силу, виступає, таким чином, встановленою законом

умовою його дійсності (так звана *condicio iuris*), однак не може будь-яким чином впливати на його укладеність, оскільки укладають договори сторони, а не реєструючий орган. Справді, до реєстрації договір не має дії, юридичної сили, однак він є все ж укладеним, адже в протилежному випадку нічого було б реєструвати» [164, с. 55-56].

Погоджуючись із висловленою думкою, вважаємо за необхідне доповнити її: сам факт укладення таких договору покладає на його сторін певні обов'язки, зокрема, обов'язок провести державну реєстрацію договору, який слідує із положення ч. 1 ст. 3 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», згідно із яким державна реєстрація прав є обов'язковою [5].

Крім того, перехід прав відповідно до умов договору може пов'язуватись із фактом проведення розрахунків між сторонами (наприклад, за умови, що покупець нерухомості сплачує половину ціни одразу, а залишок – в розстрочку протягом певного періоду), а також може містити умови про сторону, на яку покладається обов'язок із проведення державної реєстрації (наприклад, сторони можуть домовитися про те, що обов'язок із державної реєстрації договору, а отже, і додатковий примірник договору передається орендарю земельної ділянки) тощо. Таким чином, договір, що підлягає державній реєстрації, до моменту її проведення, зрештою, є підставою для виникнення, зміни або припинення цілої низки прав та обов'язків для його сторін.

С.М. Бервено пише, що «чинність договору і укладеність договору – поняття не тотожні ... Укладеність договору характеризується набуттям ним юридичних ознак правомірного правочину. Чинність договору свідчить про те, що умови укладеного договору розпочали свою дію. Тобто договір може бути укладеним, але не набути чинності для сторін, яка може бути віддалена у часі» [66, с. 32]. Цілком підтримуючи наведену позицію, вважаємо, що державна реєстрація впливає не на факт укладення договору, а на його *вступ*

в силу [курсив мій. – Є.Т.], на можливість реалізації тих прав та обов'язків, які становлять зміст правовідношення, що виникає на підставі такого договору.

Однією із особливостей державної реєстрації як підстави кваліфікації договору неукладеним є те, що на неї, на думку Пленуму Вищого господарського суду України, на поширюється загальне правило про те, що неукладений договір не може мати місце після його виконання сторонами.

Так, у правовій позиції Верховного суду України, викладеній у постанові від 25.06.2011 р. по справі № 3-58гс11, п. 2.6 Постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013р. № 11 відзначається, що «визначення договору як неукладеного може мати місце на стадії укладення договору, а не за наслідками виконання його сторонами» [31; 42].

Отже, якщо дії сторін свідчать про те, що договір фактично було укладено, суд має розглянути по суті питання щодо відповідності його вимогам закону. Проте це правило не стосується випадків, коли для вчинення правочину необхідні його державна реєстрація або нотаріальне посвідчення, оскільки за відсутності відповідної реєстрації чи посвідчення договір *в будь-якому разі не вважається укладеним* (курсив мій – Є.Т.). Аналогічні висновки містяться і у п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 р. № 9 [41].

На нашу думку, з такою позицією Пленумів Верховного та Вищого господарського судів України погодитися не можна.

Договір, що підлягає державній реєстрації, укладається до моменту її проведення. Така думка також підтримується Верховним Судом України на рівні сучасної судової практики і викладена в низці рішень щодо застосування положень Закону України «Про оренду землі»: так, Верховний

Суд України дійшов висновку, що договір підлягає державній реєстрації, тільки за умови, якщо він є укладеним («своє волевиявлення на укладення договору учасник (сторона) правочину виявляє в момент досягнення згоди з усіх істотних умов, складання та скріплення підписом письмового документа. Реєстрація договору є адміністративним актом, тобто елементом зовнішнім щодо договору»), а після державної реєстрації він набирає чинності («в момент державної реєстрації набирає чинності (набуває юридичної сили) договір, укладення якого вже відбулося, і така реєстрація не може змінювати моменту укладання договору») [28; 30].

Таким чином, договір, який підлягає державній реєстрації, до моменту її проведення має бути укладеним, а отже, відсутність проведення державної реєстрації не є підставою для кваліфікації договору як неукладеного.

Крім того, вважаємо, що в чинне законодавство мають бути внесені відповідні зміни, а зміст норми ч. 1 ст. 210 ЦК України слід викласти в такій редакції:

«Правочин підлягає державній реєстрації лише у випадках, встановлених законом. Такий правочин набуває чинності з моменту його державної реєстрації».

Окремо вважаємо за необхідне розглянути негативні наслідки визнання договору, до моменту його державної реєстрації, якщо така є обов'язковою, неукладеним. Чинна судова практика фактично унеможлиблює застосування положень ч. 2 ст. 220 ЦК України, якими передбачено можливість конвалідації договорів, укладених без додержання вимоги про обов'язкове нотаріальне посвідчення, щодо договорів, які потребують, окрім нотаріального посвідчення, також і державної реєстрації (наприклад, договір купівлі-продажу нерухомого майна).

Так, в ухвалі ВССУ від 21.01.2015 р. по справі № 6-38489св14 суд дійшов висновку, що відповідно до положень ч. 3 ст. 640 (момент укладення договору, що підлягає державній реєстрації), ст. 657 ЦК України (в якій

закріплено, що, договір купівлі-продажу нерухомого майна підлягає як нотаріальному посвідченню, так і державній реєстрації) такий договір [купівлі-продажу нерухомого майна. – Є.Т.] не може вважатись укладеним, у зв'язку з чим не може визнаватися дійсним у судовому порядку на підставі ч. 2 ст. 220 ЦК України. За таких обставин відсутні й правові підстави для визнання за позивачем права власності на нерухоме майно, що є предметом такого правочину [50]. До аналогічного висновку дійшов і Вищий господарський суд України в постанові від 27.11.2014 р. по справі № 4/3-пд-11, а також Верховний суд України у постанові від 18.04.2011 р. по справі № 3-28гс1 [39; 29].

Проте, враховуючи зроблений висновок стосовно того, що з моменту державної реєстрації договір набуває чинності, а не стає укладеним, вважаємо, що в такому випадку суд має вирішити питання подолання нікчемності внаслідок недодержання нотаріального посвідчення договору, а не питання його укладеності або неукладеності.

Також вважаємо, що з-поміж підстав кваліфікації договору як неукладеного необхідно виключити передачу речі або вчинення дії у реальних договорах (ч. 2 ст. 640 ЦК України).

У цивілістичній доктрині договори, які вважаються укладеними з моменту передачі речі, отримали назву реальних договорів (наприклад, договір позики). Головною відмінністю реальних договорів від консенсуальних є те, що останні вважаються укладеними з моменту досягнення домовленості, а реальні – з моменту передачі речі, тобто початку його фактичного виконання. Як писав Є. Годеме, «реальні договори ґрунтуються на тій ідеї, що воля не може призвести до юридичної дії, якщо вона не підкріплена фактичною передачею матеріальної речі... В цьому сенсі говорять, що ці договори укладаються шляхом передачі речі» [81, с. 37].

Однак зазначене визначення потребує деякого уточнення: реальний договір, як і будь-який інший, укладається шляхом досягнення домовленості,

однак юридичного значення така домовленість набуває лише за умови передачі речі. Очевидно, що передача майна у реальному договорі відбувається на підставі досягнутої сторонами домовленості, адже в іншому випадку факт передачі слід було б кваліфікувати як безпідставне збагачення.

Таким чином, домовленість передуює або принаймні виникає одночасно (якщо договір укладається шляхом вчинення конклюдентних дій) із фактом передачі майна.

Разом з тим у юридичній літературі порушується питання про те, що передача майна у реальному договорі є умовою його дійсності, а не укладення. Так, М.М. Агарков вважав, що в окремих випадках закон, окрім одного або декількох волевиявлень, потребує ще деяких фактів для того, щоб правочин вважався таким, що відбувся. Як приклад таких договорів, автор наводить реальні договори і додає, що «інші, необхідні для настання результату, факти мають значення умов дійсності волевиявлення» [53, с. 54].

Проте підтримати таку позицію, на нашу думку, не можна. Дотримуючись запропонованої логіки, слід було б погодитися з тим, що реальний договір, після досягнення домовленості щодо його укладення сторонами, однак до моменту передачі речі або вчинення дії, є недійсним, а з моменту передачі речі набуває дійсності.

Однак, по-перше, чинне цивільне законодавство не передбачає такого механізму конвалідації недійсного (оспорюваного) договору, а по-друге, реальний договір, до моменту передачі речі, не є таким, що суперечить нормам об'єктивного законодавства або іншим приписам, які б обумовлювали його недійсність.

На нашу думку, факт передачі речі у реальних договорах має вплив виключно на момент, з якого положення договору набувають чинності, вступають в силу.

Вважаємо, що позиція, відповідно до якої передача речі у реальному договорі розглядається як умова його дійсності, склалася історично.

Так, юридичні конструкції консенсуального та реального договорів були сформовані римським цивільним правом. Римське право не розрізняло недійсність і неукладеність, а тому тогочасні юристи, для того щоб позначити відсутність правового результату того чи іншого правового явища, мали лише один інструмент – недійсність.

Таким чином, на нашу думку, реальні договори є укладеними з моменту виникнення відповідної домовленості, однак їх положення набувають обов'язковості і можуть бути забезпечені в судовому порядку державним примусом виключно з моменту відповідної передачі речі або вчинення дії.

У юридичній літературі зазначається, що з моменту укладення правочину під відкладальною умовою сторони перебувають у правовому зв'язку, і з цього моменту не допускається довільне відступлення від здійснення умовно зобов'язаною особою дій, що створюють неможливість настання умови [83, с. 456].

І хоча реальні договори на основі припису ч. 1 ст. 212 ЦК України не є такими, що укладені під суспензивною умовою (адже передачу майна (вчинення дії) не можна визнати умовою, щодо якої невідомо, настане вона чи ні), проте аналогічні міркування (щодо перебування у правовому зв'язку й обмеження у праві здійснювати дії (в реальних договорах – розпоряджатися майном таким чином, що унеможливило б передачу майна і відповідно укладення договору) доцільно було б застосувати і до цих договорів, визнавши їх такими, що набувають чинності з моменту передачі речі або реєстрації.

З огляду на зазначене пропонуємо внести зміни до чинного законодавства з метою встановлення обов'язку особи, яка має передати річ, майно або вчинити дію, не допускати довільне вчинення дій, що можуть призвести до неможливості передачі речі або майна (або чинення дії) у реальних договорах в майбутньому і відповідно укладення реального договору.

Внесення відповідних змін у чинне законодавство сприяло б зміцненню стабільності цивільного обороту (позичальник, за укладеним (підписаним) договором позики, мав би впевненість в тому, що позикодавець не передасть, наприклад, грошові кошти будь-якій іншій особі, яка б запропонувала вигідніші умови тощо), а також зменшило б кількість підстав для кваліфікації договору неукладеним.

Отже, існує очевидна невідповідність між правовою природою реального договору із нормативним регулюванням значення акту передачі майна (вчинення дії) на факт укладення договору.

Ще однією проблемою кваліфікації договору неукладеним є конфлікт норм щодо визнання договору недійсним або визначення неукладеним через відсутність нотаріального посвідчення.

Зміст цього питання полягає в тому, що відповідно до ч. 1 ст. 220 ЦК України у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним, однак у ч. 3 ст. 640 ЦК України встановлено, що договір, який підлягає нотаріальному посвідченню, є укладеним з дня такого посвідчення.

У сучасній юридичній літературі висловлюються цілком протилежні думки щодо співвідношення неукладеності та нікчемності у вказаних випадках: так, Л.О. Новосьолова писала, що недотримання форми може зумовлювати лише недійсність правочину, а не його неукладеність [129, с. 103].

Аналогічно висновку дійшла і С.А. Подоляк, яка вважала, що державна реєстрація та нотаріальне посвідчення «взагалі перебувають за межами поняття договору-угоди, тобто угоди (єдиного вольового акту) її сторін», а отже, «державна реєстрація та нотаріальне посвідчення не мають стосунку до укладення договору та не можуть бути підставою для визнання його неукладеним, скоріш за все вони повинні бути підставою для визнання

договору недійсним (у всіх випадках, а не тільки тоді, коли такий наслідок прямо передбачений законом)». Схожі міркування висловлює і М.С. Бервено [136, с. 77; 66, с. 30].

Л.Б. Полонова, навпаки, констатувала, що у зазначених випадках договір завжди є неукладеним, адже норми, які визначають момент укладення договору, мають пріоритет над нормами про недійсність [139, с. 28].

Існують також спроби частково поєднати зазначені підходи. Так, С.А. Денисов вважав: «Дотримання форми як необхідна умова дійсності договору, має значення для договорів, які вважаються укладеними з моменту надання їм передбаченої законом форми (письмової або нотаріальної). Недотримання обов'язкової відповідно до закону письмової форми має наслідком недійсність договору... Інші наслідки настають, коли не дотримується погоджена сторонами форма договору. В такому випадку договір є неукладеним, а не недійсним» [89, с. 17].

На нашу думку, цілком погодитись із запропонованим підходом не можна, насамперед, через змішування форми договору із його нотаріальним посвідченням, проте у наведеній думці є раціональна ідея: домовленість стосовно нотаріального посвідчення договору, який не підлягає такому обов'язковому посвідченню, слід розглядати як домовленість сторін щодо вчинення певної дії, тобто як умову договору.

Тому факт укладення договору без нотаріального посвідчення, коли таке посвідчення не є обов'язковим, не призводить до кваліфікації договору неукладеним, адже це є прийняттям відповіді про згоду укласти договір на інших умовах (ст. 646 ЦК України), тобто акцептом нової оферти, в якій сторони відмовляються від нотаріального посвідчення договору. Також приєднуємося до висловленої С.А. Подоляк думки стосовно того, що нотаріальне посвідчення є «зовнішньою» відносно самого договору обставиною: якщо договір не виникає до моменту його нотаріального

посвідчення, то в такому випадку є не зрозумілим, яке цивільно-правове явище посвідчує нотаріус.

Крім того, зазначимо, що у главі 5 «Посвідчення угод» Закону України «Про нотаріат», главі 1 «Основні правила посвідчення правочинів» розділу II «Порядок вчинення окремих видів нотаріальних дій» Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України використовуються терміни «угоди, що посвідчуються у нотаріальному порядку», «посвідчення правочинів», які дають підстави для висновку, що нотаріальне посвідчення здійснюється лише стосовно укладеного договору (правочину). Чинне законодавство не передбачає нотаріальне посвідчення проектів правочинів (угод) або будь-яких інших правових явищ, які не є правочином [7; 12].

Таким чином, нотаріальне посвідчення, не маючи впливу на факт укладення договору, може бути пов'язаним лише з моментом набуття договором чинності (вступом в дію).

Також існує законодавча колізія щодо конкуренції недійсності (нікчемності) та неукладеності при відсутності нотаріального посвідчення договорів, які підлягають обов'язковому нотаріальному посвідченню.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 220 ЦК України у разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним. Водночас у ч. 3 ст. 640 ЦК України встановлено, що договір, який підлягає нотаріальному посвідченню, є укладеним з дня такого посвідчення [18].

Вважаємо, що правильною є думка Д.О. Тузова стосовно того, що ані державний реєстратор під час реєстрації договору, ані нотаріус не є тими особами, які укладають договір. Укладення договору є виключною дискрецією його сторін.

Тому в системному тлумаченні норм ст.ст. 220, 640 ЦК України перевага має бути надана ст. 220 ЦК України, яка визначає нікчемність

договору, укладеного без здійснення нотаріального посвідчення, у випадках коли воно є обов'язковим [18].

Визнати недійсним (нікчемним) можна лише укладений договір, а тому кваліфікація договору нікчемним на підставі ст. 220 ЦК України теоретично має дві стадії: 1) суд встановлює факт укладення договору (чи має оскаржений договір сформований склад юридичного факту); 2) суд встановлює факт відсутності проведення нотаріального посвідчення.

Відсутність державної реєстрації та/або нотаріального посвідчення; відсутність передачі майна або вчинення дії у реальних договорах; укладення договору в неналежній формі, яка попередньо була визначена сторонами, мають зовнішнє відносно договору значення, а отже, не можуть впливати на факт укладення договору, бо не є конститутивними елементами складу юридичного факту договору.

У ст.ст. 210, 639,640 ЦК України доцільно внести зміни з метою усунення невідповідності зазначених обставин на момент укладення договору.

Зокрема, пропонуємо визначити, що із фактом нотаріального посвідчення, державної реєстрації, передачі майна у реальних договорах слід пов'язувати момент набуття договором чинності (його вступ в дію), а не момент укладення.

Правило ч. 2 ст. 639 ЦК України, в якому визначено, що якщо сторони домовилися укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому цієї форми, навіть якщо законом ця форма для даного виду договорів не вимагалася, пропонуємо виключити, адже форма може впливати на характер правових наслідків договору (бути підставою недійсності договору), однак не впливає на факт його укладення [18].

Окремо варто розглянути питання значення і правового регулювання істотних умов договору.

Так, однією із актуальних проблем сучасного регулювання істотних умов договору є те, що в деяких випадках законодавець занадто розширює їх

перелік, відхиляючись від головного функціонального призначення істотних умов – бути правовим орієнтиром мінімальної кількості положень, щодо яких сторони мають досягти домовленості для укладення договору.

І.Є. Степанова з цього приводу зауважувала, що законодавець, бажаючи відзначити умови договору, порушення яких вважатиметься його *істотним порушенням* [курсив мій. – Є.Т.], визначає їх істотними, чим фактично збільшує кількість підстав для кваліфікації договору неукладеним [157, с. 164].

Погоджуючись із цією думкою, вважаємо за необхідне навести декілька прикладів.

Так, істотною умовою договору на туристичне обслуговування є страховик, що здійснює обов'язкове та/або добровільне страхування туристів за їх бажанням, інших ризиків, пов'язаних із наданням туристичних послуг (п. 9 ч. 4 ст. 20 Закону України «Про туризм») [9].

Істотні умови формують економічну модель правовідносин, в які вступають сторони, визначають їх зміст. Також під час дослідження впливу істотних умов на укладення договору уже зазначалося, що істотні умови мають характеризуватися тим, що без їх включення до змісту договору його виконання має бути неможливим.

Страхування туриста, вочевидь, має лише додатковий, субсидіарний характер відносно туристичної послуги. Відсутність страхування туриста у випадку настання відповідного страхового випадку може призвести до значних негативних наслідків (моральної і матеріальної шкоди) і, безперечно, буде істотним порушенням (особливо в тому випадку, якщо таке страхування мала здійснити особа, що надає туристичну послугу) договору в розумінні ч. 2 ст. 651 ЦК України, де дається дефініція істотного порушення договору [18].

Однак страхування не відображає економічної моделі та змісту туристичної послуги, а відсутність умови про страхування туриста не

призводить до неможливості надання самої послуги. Отже, зазначена умова не має входити до переліку істотних умов договору на туристичне обслуговування. На нашу думку, страхування, а також інші додаткові послуги, які супроводжують туристичне обслуговування, мають закріплюватися шляхом імперативної вказівки на необхідність укладення відповідного договору (зокрема, страхування) та доведення до відома споживача туристичної послуги *інформації про його існування*.

Іншим прикладом є договір оренди житла з викупом, у якому найменування сторін є істотною умовою (ст. 810-1 ЦК України). Найменування сторін, як видається, взагалі не може вважатися умовою договору, оскільки така інформація не несе змістовного навантаження стосовно прав та обов'язків сторін договору. Найменування та інші відомості про сторін є лише одним із реквізитів договору нарівні із місцем вчинення договору, датою його укладення, однак не істотною умовою договору.

У судовій практиці можна знайти випадки, коли суд фактично «ігнорує» такі «істотні» умови договорів.

Так, у Рішенні від 10.11.2011 р. по справі № 1-26/2011 Конституційний Суд України визначив, що дія Закону України «Про захист прав споживачів» поширюється на правовідносини між кредитором і позичальником (споживачем) за договором про надання споживчого кредиту [24]. У ч. 4 ст. 11 Закону України «Про захист прав споживачів» встановлений перелік відомостей, що зазначається у договорі про надання споживчого кредиту, зокрема, детальний розпис вартості кредиту для споживача з урахуванням ставки та вартості всіх послуг, пов'язаних з обслуговуванням. Таким чином, зазначені відомості про споживчий кредит, внаслідок зобов'язання їх закріплення у договорі, є істотними умовами договору споживчого кредиту [6].

В Ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21.08.2013р. по справі № 6-24974св13 суд скасував

рішення судів першої і апеляційної інстанції, які дійшли висновку про неукладеність кредитного договору у зв'язку з відсутністю у договорі детального розпису вартості кредиту для споживача з урахуванням ставки та вартості всіх послуг, пов'язаних з обслуговуванням, у зв'язку з тим, що договір фактично вступив в силу та виконувався його сторонами: він був підписаний сторонами, банк перерахував позичальнику грошові кошти у визначеному договором обсязі [49].

Справді, у п. 2.6 постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 р. № 11 встановлено, що визначення договору як неукладеного може мати місце на стадії укладення договору, а не за наслідками виконання його сторонами, а отже, виконаний договір не може бути неукладеним [42]. Однак із буквального тлумачення зазначених роз'яснень випливає, що не може договір бути кваліфікованим неукладеним лише за умови його виконання обома сторонами, а не однією. Тому, на нашу думку, немає правових підстав для задоволення касаційної скарги у зазначеній справі.

Наведене рішення суду може бути піддано критиці у зв'язку із можливою судовою помилкою, проте вважаємо, що за своїм змістом це рішення є правильним, однак, можливо, неправомірним. Правильність судового рішення вбачається в тому, що зазначена «істотна» умова договору не є істотною за своєю правовою природою.

Цілком очевидно, що детальний розпис вартості кредиту є важливою інформацією, яка на переддоговірній стадії може вплинути на рішення позичальника щодо вступу у відповідні зобов'язальні правовідносини, однак не має значення після укладення договору. Незважаючи на те, що чинне законодавство передбачає численні вимоги щодо надання інформації про об'єкт договору, детальний розпис вартості кредиту, зрештою, не є договірною умовою, адже не впливає на взаємні цивільні права та обов'язки,

а виключно на рішення особи вступити у договірні відносини⁹. На нашу думку, законодавцю слід було б передбачити відповідні санкції (наприклад, можливість розірвання договору) за невиконання обов'язку з інформування споживача стосовно певної послуги, однак не включати інформацію до складу істотних умов договору.

Таким чином, на нашу думку, існує необхідність у перегляді та внесенні змін до низки статей ЦК України, інших актів цивільного законодавства, з метою виключення з переліку істотних умов договорів тих умов, які виражають істотність порушення договору або обов'язок щодо надання інформації.

Додатково варто зазначити, що 17.04.2015 р. до Верховної Ради України внесено проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визнання договору неукладеним» № 2656 [17]. Положеннями цього законопроекту пропонується внесення змін до низки норм ЦК України, зокрема ст.ст. 210, 638 та 640.

Так, ч. 1 ст. 210 Цивільного кодексу України пропонується доповнити абзацом 2 такого змісту: «У разі недодержання вимоги закону про державну реєстрацію правочину такий правочин є невчиненим (неукладеним)».

Зауважимо, що такі зміни суперечать розглянутій судовій практиці Верховного Суду України, а також ігнорують той факт, що державна реєстрація договору за своєю правовою природою передбачає наявність укладеного договору до моменту її здійснення. Крім того, на нашу думку, неукладений договір є тією правовою конструкцією, яка існує на рівні гіпотези правової норми, в т.ч. ст. 210 ЦК України, а тому не потребує додаткового визначення або кваліфікації на рівні окремих норм.

Також суб'єктом законодавчої ініціативи – народними депутатами України пропонується ст. 638 ЦК України доповнити частиною 3 такого змісту: «3. Якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов договору і

⁹ Наприклад, щодо обов'язку про надання інформації за договором купівлі-продажу, див. [110, с. 312-320].

відповідні умови неможливо визначити за правилами, встановленими цим Кодексом, іншими законами та нормативно-правовими актами, такий договір може бути визнаний судом неукладеним. Договір, повністю або частково виконаний сторонами, може бути визнаний судом укладеним, якщо фактичні дії щодо його виконання свідчать про домовленість сторін укласти договір на відповідних умовах. Це правило не застосовується до договорів, які відповідно до закону підлягають обов'язковій державній реєстрації, якщо таку реєстрацію не було здійснено» [17].

По-перше, слід зазначити, що істотні умови договору не можуть визначатися за допомогою диспозитивних норм права. Під істотними умовами слід розуміти лише ту мінімальну кількість умов, необхідну для: 1) укладення договору; 2) його виконання. За своєю природою істотними є лише ті умови, з приводу яких сторони мають досягти домовленості, а не відповідні правила поведінки, які заповнюють «прогалини» у взаємних правах та обов'язках сторін, що можуть мати місце за умови відсутності прямого волевиявлення сторін. Усі істотні умови можна поділити на ті, що визначені законом (у двох формах: безпосередньо названі істотними, а також умови, щодо погодження яких законодавець покладає відповідний обов'язок на сторін), тобто об'єктивно визначені істотні умови, а також суб'єктивно визначені істотні умови – ті, що мають бути включені до змісту договору за заявою хоча б однієї із сторін.

Таким чином, головною ознакою істотних умов є те, що вони потребують прямого волевиявлення сторін щодо їх погодження, яке не може бути «замінено» певною диспозитивною нормою.

По-друге, вважаємо невиправданим зменшення кола джерел права, які визначають істотні умови лише законами та нормативно-правовими актами. Не виключено, що сторони можуть досягти домовленості щодо використання звичаю (зокрема, і кодифікованого) як джерела, що регулює їх права та

обов'язки, а тому перелік істотних умов може бути доповнений таким звичаєм.

Крім того, не відповідає вимогам чіткості викладення законодавчого матеріалу словосполучення «може бути визнаний судом неукладеним». Такі вади законодавчої техніки можуть навести на думку, що суд, виходячи із власного переконання, може визнати¹⁰, за наявності відповідних підстав, договір неукладеним, а може і не застосувати відповідні положення закону. До того ж в законопроекті не пояснюється, від чого може залежити невизнання судом договору неукладеним, якщо існують відповідні підстави для цього. Зазначене, вочевидь, є неприйнятним.

По-третє, поза увагою законодавця залишається випадок нотаріального посвідчення договору. З огляду на те, що суд пропонується наділити правом визнати договір укладеним за наслідками його повного або часткового виконання, логічно можна припустити, що договір, який підлягає державній реєстрації, суд також може визнати укладеним, адже зазначене правило не поширюється лише на випадок, коли договір підлягає державній реєстрації.

Крім того, ч. 2 ст. 640 ЦК України пропонується доповнити абзацом 2 такого змісту: «Невиконання цієї умови може бути підставою для визнання судом договору неукладеним та застосування правових наслідків, визначених частиною четвертою статті 638 цього Кодексу» [17].

Норма ч. 2 ст. 640 ЦК України регулює правовідносини стосовно моменту укладення реального договору, який передбачає передачу речі або майна для того, щоб такий договір вважався укладеним. Слід звернути увагу на те, що норма ч. 2 ст. 640 ЦК України сконструйована таким чином, що реальними є тільки ті договори, які названі такими чинним законодавством («якщо відповідно до *акта цивільного законодавства* [курсив авт. – Є.Т.] для

¹⁰ Вживається термін «визнання договору неукладеним» у зв'язку з тим, що зазначеним законопроектом також пропонується внесення змін до ст. 16 ЦК України з метою визначення неукладеності договору як самостійного способу захисту цивільних прав.

укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії...»), отже, їх перелік є вичерпним.

Аналіз норм чинного ЦК України дозволяє виокремити три випадки, коли законодавець визначає вид договору за допомогою правової конструкції реального договору: продаж товарів з використанням автоматів (ч. 2 ст. 703 ЦК України), пожертва (ст. 729 ЦК України), договір позики (ст. 1046 ЦК України). У всіх зазначених випадках договір вважається укладеним з моменту передачі речі «умовно» зобов'язаною особою (на нашу думку, цей термін найкраще характеризує особу, яка має здійснити передачу речі до моменту такої передачі).

Таким чином, видається незрозумілим, яким чином законодавець пропонує реалізовувати свою пропозицію стосовно застосування положень глави 83 «Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави» ЦК України, якщо неукладеність реальних договорів як раз і пов'язана з тим, що за ними не відбулася передача майна.

За такого правового регламентування зазначених правовідносин можна говорити про те, що будь-яка із сторін реального договору (зокрема, і «умовно» зобов'язана особа) наділяється з моменту підписання (укладення фактичного договору) договору правом звернутися із позовом про визнання такого договору неукладеним. Очевидно, що такі дії зі сторони «умовно» зобов'язаної особи (особи, що має передати річ або майно чи вчинити певну дію) будуть зловживанням правом: звернення до суду із таким позовом можна розцінювати як односторонню відмову від укладеного договору, яка може мати місце до моменту початку виконання договору.

Також із зазначеного законопроекту логічно випливає, що визнання договору неукладеним може мати місце лише з визначених законом підстав, до яких не віднесено, зокрема, відсутність акцепту оферти, відкликання оферти тощо.

Наслідком прийняття зазначеного законопроекту може бути утворення «правового вакууму», коли випадки неукладеності не можуть бути кваліфіковані судом, адже вони прямо не передбачені нормами законодавства.

Висновки до Розділу II

У дореволюційній, радянській та сучасній цивілістичній доктрині визнаною є позиція, відповідно до якої передумовою виникнення правової конструкції неукладеного договору є незавершення процесу укладення договору. Через призму категорії «склад юридичного факту» це означає, що неукладений договір є наслідком відсутності одного або більше елементів складу юридичного факту цивільно-правового договору. Тобто неукладений договір за своїм змістом охоплює всі або декілька договірних умов (залежно від характеру відсутніх елементів).

У юридичній літературі зазначається, що якщо правова норма має процедурний характер, «проміжні» результати її виконання, з метою уникнення спорів щодо погоджених положень, закріплюються за допомогою специфічної юридичної конструкції – правового акту.

Правовий (юридичний) акт – це форма, спосіб фіксації дій, які за своїм характером створюють передумови для впорядкування майнових та особистих немайнових відносин, їх конкретизацію у певній процедурі, яка визначається нормою права, що регулює правовідносини, в які мають наміри вступити особи.

Укладення договору є процедурою погодження договірних умов, а тому застосування правової конструкції правового акту дозволяє зробити такі висновки: 1) правовий акт є способом фіксації тих або інших договірних умов, які сторони мають намір включити до змісту договору; 2) правовий акт створює передумови для вступу сторін у зобов'язальні правовідносини (виникнення договору – юридичного факту), адже саме за допомогою правових актів відбувається процес накопичення елементів складу юридичного факту договору; 3) будучи передумовою виникнення договору – юридичного факту, правовий акт не є юридичним фактом відносно договірних (зобов'язальних) правовідносин. Єдиний виняток становить факт передачі речі, який є підставою для виникнення зобов'язання із набуття або

збереження майна без достатньої правової підстави та/або віндикаційного зобов'язання, а для процедури укладення договору він має значення як правовий акт, в якому фіксується об'єкт виконання або умова про ціну договору (у випадку передачі грошових коштів).

На підставі зазначених ознак можна дійти висновку, що правовими актами у сфері договірного права є: оферта, акцепт, фактичні договори, факт передачі речі або майна, а також будь-які інші форми вираження правосуб'єктності, які містять договірні умови.

Враховуючи те, що юридична конструкція неукладеного договору не призводить до виникнення договору – юридичного факту; фіксує всі або частину договірних умов; єдиною підставою для «конвалідації» неукладеного договору є завершення процесу його укладення (іншими словами, є передумовою виникнення цивільно-правового договору), можна зробити висновок, що неукладений договір за своєю правовою природою є правовим актом.

Таким чином, неукладений договір – це правовий акт, в якому фіксуються певні елементи складу юридичного факту цивільно-правового договору та який створює передумови для виникнення, зміни або припинення зобов'язального правовідношення.

Формами неукладеного договору є: (неакцептована) оферта, фактичний договір, факт передачі речі або майна (яке відбувається не на виконання укладеного договору або оферти), а також будь-які інші форми вираження правосуб'єктності, які містять договірні умови (наприклад, пропозиція укласти договір, яка не містить усіх істотних умов договору тощо).

У дореволюційній та радянській юридичній літературі не склалося єдиного підходу до розмежування недійсного та неукладеного договорів. У сучасній цивілістиці переважає думка, відповідно до якої неукладений договір не може бути визнаний недійсним через те, що він не є правочином

(юридичним фактом), натомість недійсний договір за своєю правовою природою є цивільно-правовим договором, тобто юридичним фактом.

У зарубіжній цивілістичній літературі запропоновано концепцію «юридичного неіснування», яка пояснює відмінність між двома зазначеними категоріями таким чином: валідність/нікчемність та існування/неіснування є не тільки різними, й різнорідними групами правових явищ. Якщо перші узагальнюють нормативне регулювання, то другі належать до передумов застосування такого регламентування, «типологічної реконструкції реальності». Неіснування та нікчемність відповідають двом структурним елементам норми: абстрактному фактичному складу або гіпотезі, що вказує на факт (правочин) і його характеристики, і припису, що встановлює наслідки наявності або відсутності цих характеристик, в тому числі санкцію нікчемності.

Таким чином, невиконання умов укладення договору виключає можливість застосування норм інституту недійсності правочину як таких, що в своїй гіпотезі передбачають існування договору – юридичного факту.

Проте чинне цивільне законодавство не передбачає недійсність як санкцію за порушення загальних вимог, необхідних для чинності правочину.

Норми інституту недійсності, на нашу думку, встановлюють межі здійснення суб'єктивного права, передбаченого ст. 627 ЦК України. Вихід за встановлені межі, які визначаються ст. 203 ЦК України, призводить до застосування наслідків недійсності правочину. Тобто недійсність, через призму структури правової норми, відповідає не санкції, а диспозиції норми, встановленої ст.ст. 203, 215 ЦК України.

За результатами аналізу норм інституту недійсності можна дійти висновку, що недійсність правочину за своїм змістом є зміною правовідношення: визначене сторонами (первинне) правовідношення припиняється (саме цим пояснюється здатність недійсного договору «блокувати» визначені сторонами правові наслідки) з моменту вчинення

недійсного договору, а замість нього виникає сукупність інших правовідносин, а саме з реституції, відшкодування збитків та моральної шкоди. Зауважимо, що термін «зміна» аналітично розкладається на припинення первинного явища та виникнення нового.

На відміну від недійсного договору, який має законодавчо встановлені наслідки, неукладений договір не зумовлює таких наслідків через те, що неможливо змінити правовідношення, яке не існує. Можна визначити лише правові наслідки, що є пов'язаними із кваліфікацією договору неукладеним, проте вони пов'язані не із самим зобов'язанням, а з майном, що було передане на його виконання (фактично – безпідставно набутим майном).

Отже, на підставі отриманих результатів можна встановити співвідношення категорій «дійсний договір», «недійсний договір», «неукладений договір» через призму норми ст. 627 ЦК України:

- дійсний договір – це поведінка сторін, яка повною мірою відповідає суб'єктивному праву, передбаченому ст. 627 ЦК України;
- недійсний договір – це поведінка, яка виходить за межі реалізації суб'єктивного права, визначеного ст. 627 ЦК України, та порушує норми об'єктивного законодавства, зокрема ст.ст. 203, 215 ЦК України;
- неукладений договір покликаний констатувати, що поведінка сторони (сторін) взагалі не є реалізацією суб'єктивного права, передбаченого ст. 627 ЦК України.

Аналіз чинного законодавства дає підстави для висновку, що всі підстави кваліфікації договору як неукладеного можна поділити на дві групи:

- 1) підстави, які перешкоджають досягненню домовленості між сторонами;
- 2) підстави, які перешкоджають кваліфікації досягненої домовленості як цивільно-правового договору.

Зі змісту ст.ст. 641 – 646 ЦК України випливає, що підставами кваліфікації договору як неукладеного, внаслідок переривання процедури укладення договору до виникнення домовленості сторін стосовно взаємних цивільних прав та обов'язків, є:

- 1) відсутність акцепту оферти (в т.ч. неакцептована відповідь про згоду укласти договір на інших умовах);
- 2) недосягнення сторонами домовленості стосовно всіх істотних умов;
- 3) порушення процедури прийняття пропозиції на укладення договору, яка охоплює такі випадки: оферта не охоплює всі істотні умови договору або не виражає намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття; оферент відкликав пропозицію укласти договір до моменту або в момент її отримання адресатом; акцепт оферти надійшов після спливу строку на відповідь; акцептант відкликав прийняття пропозиції укласти договір до моменту або в момент одержання оферентом такої відповіді (акцепту); вчинення дій на виконання договору (конклюдентних дій) в тих випадках, коли зі змісту оферти або закону випливає, що такі дії не є акцептом.

Разом з тим зауважимо, що, на нашу думку, не всі умови, які входять до змісту поняття «істотні умови договору» відповідно до чинного законодавства, є істотними, а отже, є підставою для кваліфікації договору як неукладеного. Так, істотні умови, які функціонально покликані відображати істотність порушення договору або обов'язок щодо надання інформації, а не формувати ту мінімальну та достатню кількість умов, без досягнення згоди щодо яких виконання договору є неможливим, мають бути виключені з переліку істотних умов договору.

Підстави, які перешкоджають кваліфікації досягненої домовленості як цивільно-правового договору, законодавчо встановлені у ст.ст. 210, 639, 640 ЦК України.

Так, відповідно до чинного законодавства домовленість сторін не приводить до виникнення договору як цивільно-правової конструкції, якщо:

- 1) відсутня державна реєстрація договору, який підлягає державній реєстрації;
- 2) відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору є необхідною передача майна або вчинення іншої дії, однак сторони (або сторона) не вчиняють такої дії або не передають майно;
- 3) договір, який підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню, не було нотаріально посвідчено;
- 4) сторони досягли домовленості щодо нотаріального посвідчення договору, щодо якого законом не вимагається нотаріальне посвідчення, однак не здійснили нотаріальне посвідчення;
- 5) сторони не уклали договір у формі, щодо якої ними було досягнуто домовленості, навіть якщо законом ця форма для даного виду договорів не вимагалася.

Проте детальний аналіз значення державної реєстрації, нотаріального посвідчення, факту передачі речі або вчинення дії у реальних договорах, форми договору дає підстави для висновку, що зазначені обставини не можуть впливати на факт укладення договору.

Зміст процедури укладення договору полягає у погодженні його сторонами договірних умов, які становлять зміст договору, а тому укладення договору є виключною дискрецією його сторін і не може залежати від дій/бездіяльності будь-яких третіх осіб, окрім сторін договору.

На нашу думку, державна реєстрація, нотаріальне посвідчення, факт передачі речі або вчинення дії у реальних договорах впливають не на момент укладення договору, а на момент його вступу в дію (набуття договором чинності).

Р О З Д І Л І І І

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ, ПОВ'ЯЗАНІ ІЗ КВАЛІФІКАЦІЄЮ ДОГОВОРУ ЯК НЕУКЛАДЕНОГО

3.1 Загальні наслідки, пов'язані із кваліфікацією договору як неукладеного

У юридичній літературі, присвяченій проблемам неукладеного договору, усталеним є використання терміна «правові наслідки неукладеного договору». Проте, на нашу думку, зазначений термін має відображати такий стан правовідносин, коли внаслідок правової кваліфікації одного явища (в нашому випадку – неукладеного договору) існує причиново-наслідковий зв'язок із виникненням певних правовідносин, тобто іншої правової конструкції, для якої неукладений договір є юридичним фактом.

Однак особливістю неукладеного договору є те, що він не є юридичним фактом відносно зобов'язальних правовідносин, а виникнення суспільних правовідносин, які зазвичай у доктрині визначають як правові наслідки неукладеного договору (кондикція, відшкодування збитків), має місце через вчинення певних дій, які «супроводжують» юридичну конструкцію неукладеного договору, вчиняються на її «виконання».

Щодо виникнення зобов'язання із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, такою дією є факт передачі речі, майна. У чинне цивільне законодавство поки що не імплементовано доктрину *culpa in contrahendo*, відповідно до положень якої є можливим стягнення збитків за факт недобросовісного припинення переговорів щодо укладення договору. Проте можливість впровадження зазначеної доктрини у зв'язку із кваліфікацією договору як неукладеного внаслідок недобросовісного переривання процесу укладення договору широко обговорюється у цивілістичній доктрині.

Особливістю «правових наслідків» неукладеного договору є те, що склад юридичного факту, який призводить до виникнення таких наслідків,

складається із: 1) неукладеного договору; 2) факту передачі майна за неукладеним договором; 3) факту недобросовісного переривання процесу укладення договору (у випадку впровадження доктрини *culpa in contrahendo*).

Таким чином, неукладений договір є «юридичним маркером», який тільки в поєднанні із іншими фактичними обставинами утворює склад юридичного факту, що є підставою для виникнення, зміни або припинення відповідних правовідносин.

Саме тому, як видається, більш точним буде використання іншого терміна, а саме «правові наслідки, пов'язані із кваліфікацією договору як неукладеного» замість терміну «правові наслідки неукладеного договору», оскільки вказаний термін повною мірою відображає правову природу правовідносин, що виникають внаслідок кваліфікації договору як неукладеного.

Зауважимо, що правові наслідки, пов'язані з існуванням правової конструкції неукладеного договору, стали предметом самостійного дослідження в цивілістичній науці відносно нещодавно.

Так, у дореволюційній літературі правильно відзначалося, що із неукладеністю договору пов'язувався юридичний результат у вигляді ненастання того правового ефекту, на який розраховували його сторони, тобто який міг би мати місце за наявності всіх елементів складу юридичного факту цивільно-правового договору. Проте інші юридичні наслідки, окрім зазначеного ефекту неукладеного договору, тогочасні науковці не досліджували.

Разом з тим для розуміння підходу дореволюційних науковців до означеної проблеми слід зауважити, що Д.І. Мейєр, В.І. Синайський, Г.Ф. Шершеневич та інші автори розглядали неукладений договір як правочин під суспензивною або резолютивною (тобто відкладальною або скасувальною відповідно) умовою [120, с. 232; 172, с. 168; 74, с. 168-170].

Такий підхід, очевидно, суперечить правовій природі неукладеного договору як правової конструкції, що характеризується відсутніми елементами її складу як юридичного факту, водночас, як договір із відкладальною умовою має сформований склад юридичного факту (тобто є власне цивільно-правовим договором), однак його вступ в силу пов'язується із настанням або ненастанням певної дії або події (обставини), яка визначена домовленістю сторін.

Більш того, згідно із ч. 1 ст. 212 ЦК України відкладальною визнається тільки така умова, щодо якої невідомо, настане вона чи ні, а в ч. 2 цієї статті встановлено, що скасувальною є умова, щодо якої невідомо, настане вона чи ні. У зв'язку з тим, що відсутні елементи складу юридичного договору об'єктивно не є договірними умовами і не характеризуються необхідним ступенем невизначеності (презюмується, що сторона, яка має намір вступити у договірні правовідносини, має бути ознайомленою із порядком укладення договорів), то відповідно такий підхід, згідно із чинним законодавством, не є прийнятним [18].

У радянській цивілістичній доктрині означеній проблемі також не приділялося належної уваги. Винятком є робота Н.В. Рабинович, у якій автор зазначила, що «якщо правочин не відбувся, то передане сторонами майно підлягає поверненню в якості безпідставного збагачення на підставі норми ст. 399 ЦК РСФСР 1922 року [встановлює правила щодо поверненню безпідставно набутого майна. – Є.Т.]», проте як обґрунтування такої позиції автор обмежилася лише ремаркою стосовно того, що «у такого «правочину» з самого початку була відсутня підстава для передачі майна, оскільки правочин, що не відбувся, є правовим «ніщо», взагалі правочином не є» [143, с. 21; 4].

Зауважимо, що саме через брак належного теоретичного обґрунтування цих положень робота названого дослідника зазнала різкої критики¹¹.

¹¹ Як приклад наведемо роботу В.П. Шахматова, в якій він розкритикував наукові позиції Н.В. Рабинович. Див. [171, с. 90-93].

Проте, в сучасній юридичній літературі здебільшого висловлюються думки на підтримку позиції зазначеного автора з мотивів того, що кваліфікація договору як неукладеного виключає наявність цивільно-правового договору як «легітимізуючого» фактору, що опосередковує правомірну передачу майна [149, с. 8-10; 103, с. 143]. «Тому передачу майна, здійснену на виконання неукладеного договору, слід тлумачити як безпідставну» [147, с. 89].

Окрему позицію з цього питання має І.Є. Степанова, яка виступила на захист реституції як правового наслідку фактичного договору і зазначила, що кондикційне зобов'язання виникає тільки у випадках, коли «договір не укладено» («сторони взагалі не змогли досягти домовленості, яка володіє формою та змістом правочину») [157, с. 7-8, 127-128]. Однак такі теоретичні розбіжності викликані не стільки обґрунтуванням застосування кондикції¹² у випадках кваліфікації договору як неукладеного, скільки іншим підходом до розуміння поняття, змісту і правової природи неукладеного договору загалом.

Погоджуючись із сучасним розумінням неукладеного договору, з огляду на проведений аналіз правової природи цієї юридичної конструкції, слід відзначити, що кваліфікація договору як неукладеного породжує зобов'язання щодо повернення безпідставного набутого майна, а також низку загальних наслідків.

Отже, загальні наслідки кваліфікації договору як неукладеного є такими.

По-перше, сторони позбавлені можливості посилалися на неукладений договір як на підставу виникнення, зміни або припинення цивільних прав та

¹² Зазначимо, що категорії «зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (безпідставного збагачення)», яке використовує законодавець, та «кондикційне зобов'язання», що походить від так званої кондикції (*condictio*) – однієї з форм законних позовів (*legis actiones*) у римському приватному праві, ототожнюються в сучасній цивілістичній доктрині. Сучасне цивільне законодавство, на відміну від римського права, відповідно до якого можливо було захистити лише те право, для захисту якого існував відповідний вид позову, закріплює, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ст. 124 Конституції України). Отже, за відсутності такої специфіки у чинному законодавстві сучасна наука цивільного права ототожнює вказані категорії.

обов'язків. Важливим у цьому аспекті є те, що в такому випадку сторони не можуть посилатися на договірну умову щодо ціни договору (в контексті вирішення питання про грошову компенсацію вартості майна, яке не може бути повернуто в натурі). Якщо на підставі неукладеного договору одна із його сторін здійснила передачу речі або майна і воно не може бути повернуто в натурі (наприклад, речі, що швидко псуються, тощо), то грошова компенсація має бути надана не на підставі ціни, що була зафіксована у неукладеному договорі, а на підставі правила ч. 2 ст. 1213 ЦК України, де визначено, що у разі неможливості повернути в натурі потерпілому безпідставно набуте майно, відшкодовується його вартість, яка визначається на момент розгляду судом справи про повернення майна [18].

Крім того, стягнення основного боргу не може відбуватися на підставі умов неукладеного договору: поверненню підлягає виключно фактично передане майно або речі.

По-друге, кваліфікація договору як неукладеного зумовлює низку обмежень у застосовуванні способів захисту, що зазвичай застосовуються у договірній практиці. Зокрема, неукладений договір не може бути визнаний недійсним (п. 2 ч. 2 ст. 16 ЦК України). Недійсність за своєю природою передбачає наявність сформованого складу юридичного факту цивільно-правового договору, а неукладений договір характеризується тим, що він як юридичний факт не виникає через відсутність одного або більше елементів його складу.

Проте в юридичній літературі порушується питання про доцільність визнання договору недійсним, якщо одночасно існують підстави як для його кваліфікації як неукладеного, так і визнання недійсним. В.А. Кияшко обґрунтовує висловлену думку тим, що «недійсний правочин, порушуючи вимоги законодавства, заподіює шкоду публічним інтересам держави. Неукладений правочин не заподіює державним інтересам такої шкоди, як недійсний, у такому випадку порушуються лише приватні інтереси сторін у

здатності захисту правовідносин, що виникли, договірними засобами реагування. Тому такий правочин має бути визнаний недійсним за принципом пріоритету порушеного інтересу: публічно-правового перед приватноправовим» [103, с. 142]. Одним із головних аргументів, які використовують прихильники зазначеної позиції, полягає у тому, що за допомогою юридичної конструкції неукладеного договору недобросовісна сторона отримує можливість уникнути т.зв. «конфіскаційних санкцій», передбачених ст. 228 «Правові наслідки вчинення правочину, який порушує публічний порядок, вчинений з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства» ЦК України.

Однак погодитись із зазначеним обґрунтуванням, на нашу думку, не можна з огляду на те, що юридична конструкція неукладеного договору, так само як і недійсного, своєю передумовою (в широкому розумінні) має порушення норм об'єктивного права, що завдає шкоди авторитету держави та її інтересам стосовно виконання функцій держави з упорядкування цивільного обороту, забезпечення його стабільності. Крім того, підвищена суспільна небезпека правочинів, що порушують публічний порядок, і які своїм правовим наслідком мають застосування особливих, не притаманних цивільному праву «конфіскаційних санкцій», на нашу думку, як раз і полягає в тому, що такі дії вчиняються свідомо та умисно, а отже, і характеризуються повним складом юридичного факту цивільно-правового договору.

Саме тому неукладений договір, тобто фактично такий, укладення якого було перервано із вини або за ініціативою хоча б однієї із його сторін, не характеризується таким рівнем суспільної небезпеки, який би спричинив застосування «конфіскаційної санкції». Крім того, визнання неукладеного договору недійсним (нікчемним) є неможливим з огляду на різну правову природу зазначених явищ: неукладений договір — це правовий акт, у якому зафіксовано всі або деякі умови договору, намір укласти який мали сторони, а недійсний договір є дефектним, однак цивільно-правовим договором, що

характеризується потенційною здатністю бути підставою для виникнення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків його сторін. Правові наслідки недійсного договору є результатом дії диспозиції норм ст.ст. 203, 215 ЦК України, а також норм, які встановлюють випадки нікчемності правочину, а неукладеність виникає через неможливість застосування відповідних норм зобов'язального права, які безпосередньо регламентують права й обов'язки сторін, у зв'язку з тим, що гіпотези зазначених норм «потребують» дотримання порядку укладення договору, його сформованості як юридичного факту.

Таким чином, на нашу думку, ідея про доцільність визнання договорів недійсними, при одночасній наявності підстав для кваліфікації договору як неукладеного та визнання недійсним, базується не на правовій природі зазначених правових конструкцій, а виключно на міркуваннях, уявленнях про необхідність недопущення «обходу» «конфіскаційних санкцій», що, вочевидь, є неприйнятним для цивілістики як науки.

По-третє, внаслідок кваліфікації договору як неукладеного особу, з посиланням на його умови, не можна зобов'язати виконати свій обов'язок в натурі (п. 5 ч. 2 ст. 16 ЦК України). Зазначене логічно впливає з того, що неукладений договір не є підставою для виникнення жодних договірних прав та обов'язків.

По-четверте, до неукладеного договору не можуть бути застосовані такі способи захисту, як зміна або припинення правовідношення (п.п. 6, 7 ч. 2 ст. 16, ст.ст. 651, 652 ЦК України). Зауважимо, що застосування зазначених способів захисту має свою специфіку у сфері договірних правовідносин, адже у ст.ст. 651, 652 ЦК України, в яких встановлено можливість суду змінити або розірвати договір, визначені конкретні підстави та порядок їх реалізації: зміна або розірвання договору за рішенням суду може мати місце через істотне порушення стороною договору або у разі істотної зміни обставин. Проте у зв'язку з тим, що при неукладеності договору він не стає підставою

для виникнення цивільних прав та обов'язків, а отже, за ним не може бути проведено належного виконання, то відповідно встановити істотне його порушення або істотну зміну обставин також є неможливим.

По-п'яте, посилаючись на неукладений договір, не можна зобов'язати його сторони відшкодувати збитки або майнову шкоду, що виникла у зв'язку із цією правовою конструкцією (п. 8 ч. 2 ст. 16 ЦК України), а також моральну (немайнову) шкоду (п. 9 ч. 2 ст. 16 ЦК України). Зазначимо, в юридичній літературі неодноразово порушувалося питання про необхідність запровадження доктрини *culpa in contrahendo*, яка б поширювала свою дію в тому числі і на відносини, що мають місце через кваліфікацію договору як неукладеного.

По-шосте, кваліфікація договору як неукладеного не зумовлює можливості застосування будь-яких договірних заходів відповідальності (зокрема, неустойки) і засобів забезпечення виконання зобов'язання. Зазначене пояснюється тим, що договірна відповідальність, так само як і засоби забезпечення зобов'язання, має акцесорний характер стосовно договору. Таким чином, відсутність основного зобов'язання (через його припинення, недійсність, неукладеність або з інших підстав) зумовлює відсутність дії і вказаних акцесорних зобов'язань (окрім гарантії, що не має акцесорний характер стосовно основного зобов'язання);

По-сьоме, неукладений договір, не будучи юридичним фактом, не може бути підставою для переходу права власності на майно, передане на його «виконання». Це впливає з припису ч. 1 ст. 328 ЦК України, де визначено, що право власності набувається на підставах, не заборонених законом, зокрема із правочинів. Неукладений договір, не будучи самостійною підставою для виникнення будь-яких цивільних прав та обов'язків, не може опосередковувати перехід права власності [18].

Разом з тим кваліфікація договору як неукладеного є підставою для застосування норм про плату за користування чужими грошима, а також

цивільно-правової відповідальності за прострочення виконання грошового зобов'язання, які підлягають застосуванню в тих випадках, коли на виконання неукладеного договору відбувається передача грошових коштів.

Так, у ч. 1 ст. 536 ЦК України визначено, що за користування чужими грошовими коштами боржник зобов'язаний сплачувати проценти, якщо інше не встановлено договором між фізичними особами. У ч. 2 ст. 625 ЦК України зазначено, що боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом [18].

Очевидно, що зобов'язання з повернення грошових коштів, переданих на виконання неукладеного договору, виникає відповідно до припису ч. 1 ст. 1212 ЦК України, де закріплено, що особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно [18].

Крім того, для юридичних осіб п. 6 Указу Президента України «Про заходи щодо нормалізації платіжної дисципліни в народному господарстві України» від 27.01.1999 № 277/95 передбачено, що підприємства незалежно від форм власності мають повертати у п'ятиденний строк платникам помилково зараховані на їх рахунки кошти [22]. Термін «помилково зараховані кошти», на нашу думку, охоплює випадки, коли грошові кошти перераховуються, в т.ч., і за неукладеним договором, адже підставою для їх перерахування фактично є помилка контрагента стосовно виникнення або зміни (перерахування грошових коштів об'єктивно не може відбутися через припинення договору) договірних правовідношення.

Таким чином, зобов'язання з повернення коштів для фізичних осіб виникає з дня, наступного за днем перерахування коштів (у ст. 253 ЦК

України встановлено, що перебіг строку починається з наступного дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язаний його початок), а для юридичних осіб – з дня наступного зі спливом п'ятиденного строку, встановленого п. 6 зазначеного Указу Президента України.

Верховний Суд України у рішенні від 06.06.2012 р. по справі № 6-49цс/12 роз'яснив, що ст. 625 ЦК України розміщена в розділі I «Загальні положення про зобов'язання» книги 5 ЦК України, а тому поширює свою дію на всі зобов'язання, якщо інше не передбачено в спеціальних нормах, які регулюють суспільні відносини з приводу виникнення, зміни чи припинення окремих видів зобов'язань. Крім того, суд дійшов висновку, що зважаючи на зобов'язання, які за своєю правовою природою є грошовими, поширюється дія ч. 2 ст. 625 ЦК України як спеціальний вид цивільно-правової відповідальності за прострочення виконання зобов'язання. Разом з тим, на відміну від процентів, які є платою за користування чужими грошима (ст. 536 ЦК України), неустойка є засобом забезпечення виконання зобов'язання, а аналіз правових норм, зокрема, ст. ст. 536, 549, ч. 2 ст. 625 ЦК України, дає підстави для висновку, що проценти та неустойка є різними правовими інститутами, обмеження можливості одночасного застосування яких законом не встановлено [44]. Таким чином, на грошові кошти, перераховані на виконання неукладеного договору, поширюють свою дію норми ч. 1 ст. 536 та ч. 2 ст. 625 ЦК України.

Крім того, в юридичній літературі дискусійним є питання про значення кваліфікації договору як неукладеного, факту повернення переданого за ним майна для припинення відносин сторін щодо його укладення на майбутнє. О.О. Савін з цього приводу зазначає: «Констатація юридичного безсилля правочину на майбутнє означає, що відносини сторін не можуть бути здійснені в межах *цього* неукладеного договору (в т.ч. договору як документа)» [147, с. 97]. Стосовно договорів організаційного характеру (попередній договір, торги тощо), то, як зауважує автор, визнання їх

неукладеними тягне інші наслідки, констатується первинна відсутність обов'язку сторін укласти договір у майбутньому.

Однак, як видається, погодитись із такою думкою не можна. Насамперед це пов'язано з тим, що неукладеність договору впливає з факту переривання процедури його укладення, а отже, в будь-який час його сторони можуть відновити і завершити зазначений процес, що призведе до виникнення договору як юридичного факту. Фактично єдиним обмеженням є умови договору, що визначають часові (наприклад, виконання роботи до встановленої дати, в зимовий період) або інші умови, які можуть призвести до фактичної неможливості виконання договору.

Кваліфікація договору як неукладеного за своїм змістом є констатацією факту незавершеності процесу його укладення в конкретний момент (зокрема, на момент її проведення). Разом з тим повернення майна, набутого на підставі неукладеного договору, також не можна розглядати як обставину, що унеможлиблює завершення процедури його укладення в майбутньому. Це впливає з того, що, по-перше, відповідний наслідок не передбачений главою 83 «Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави» ЦК України; по-друге, кондикційне зобов'язання є лише «супроводжувачим» явищем, яке впливає з неукладеності договору, за умови наявності передачі речі або майна за ним.

Якщо розглядати зазначене питання більш широко, то можна зробити висновок, що правова конструкція неукладеного договору характеризується тривалістю в часі: кваліфікувати договір як неукладений можна з моменту вчинення хоча б однією з його сторін дії, спрямованої на його укладення (очевидно, що такою дією буде оферта, а її формою буде правовий акт), а завершується «існування» цієї правової конструкції укладенням цивільно-правового договору. В цьому аспекті слід зазначити, що у п. 2.6 постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 р. № 11

йдеться про те, що визначення договору як неукладеного може мати місце на стадії укладення договору, а не за наслідками виконання його сторонами; якщо дії сторін свідчать про те, що оскаржений договір фактично було укладено, суд має розглянути по суті питання щодо відповідності його вимогам закону; це правило не стосується випадків, коли для вчинення правочину необхідні його державна реєстрація або нотаріальне посвідчення, оскільки за відсутності відповідної реєстрації чи посвідчення договір у будь-якому разі не вважається укладеним [42].

Таким чином, за винятком договорів, що підлягають державній реєстрації та/або нотаріальному посвідченню (хоча з цим ми не погоджуємося), фактичне виконання договору є одним із доказів (форм) його укладення.

Ще одним висновком із зазначеного є те, що на відміну від недійсного договору, який може бути визнаний судом дійсним (шляхом визнання дійсним нікчемного правочину, у визначених законом випадках, або шляхом внесення змін до правочину з метою приведення його у відповідність до закону (крім зміни ціни в договорі після його виконання) [42], неукладений договір не має жодних способів його конвалідації, окрім завершення процесу його укладення. Зазначене підтверджується судовою практикою: у постанові Вищого господарського суду України від 26.05.2015 по справі № 904/5871/14 суд, розглядаючи земельний спір, дійшов до висновку, що «що зміни, внесені до чинного на момент підписання спірного договору оренди земельної ділянки законодавства, в подальшому не мають зворотної дії у часі та не можуть трансформувати договір з неукладеного на укладений» [38].

Тісно пов'язаною із питанням про те, чи є кваліфікація договору як неукладеного підставою для припинення відносин сторін щодо його укладення на майбутнє, є проблема доцільності кваліфікації договору неукладеним як самостійного способу захисту.

Зазначене питання зумовлює інше – стосовно правової природи такого способу захисту. У юридичній літературі під способом захисту розуміють «матеріально-правову вимогу позивача до відповідача, яка впливає із спірного правовідношення» [117, с. 123]]. Зазначені питання набувають актуальності, зокрема, у зв'язку з тим, що у проекті Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визнання договору неукладеним» від 17.04.2015 р. № 2656 пропонується частину 2 статті 16 ЦК України доповнити пунктом 2-1 такого змісту: «2-1) визнання правочину невинним (неукладеним)» [17].

По-перше, у юридичній літературі вже порушувалося питання про те, яку правову природу мають вимоги про визнання (у випадку прийняття Верховною Радою України зазначеного законопроекту) договору неукладеним: чи мають вони розглядатися в межах позовного провадження або в межах окремого провадження в ролі встановлення факту [103, с. 128]. Чинний ЦПК України у ч. 2 ст. 234, де встановлено вичерпний перелік справ, що розглядаються в порядку окремого провадження, дає негативну відповідь на це питання [20].

Більш того, визнання (кваліфікація) договору неукладеним завжди пов'язана із спором про право: суд, розглядаючи справу, має здійснити правову кваліфікацію і дати відповідь на запитання, чи виникли у сторін взаємні зобов'язальні права та обов'язки, іншими словами, чи має позивач відповідне право, що впливає з договору.

По-друге, постає питання про те, чи стає договір неукладеним згідно із рішенням суду, або неукладеність договору не залежить від такої кваліфікації (визнання) [103, с. 129]. Як уже зазначалося, передумовою кваліфікації договору як неукладеного є те, що не виконується гіпотеза норм зобов'язального права, які регламентують відповідні цивільні права та обов'язки сторін. Тому неукладеність не може залежати від кваліфікації (визнання) його судом. Як правильно зазначив В.О. Кияшко, «як такого

визнання правочину неукладеним не відбувається: насправді має місце лише констатація факту, що правочин фактично не відбувся, тобто визнання правочину неукладеним за своєю правовою природою належить до встановлення негативного факту – факту неукладеності правочину» [103, с. 129].

Необхідність кваліфікації договору судом як неукладеного фактично ж пов'язана із тим, що констатація (встановлення) цієї правової конструкції використовується для обґрунтування відмови у позові щодо прав і обов'язків, які випливають із неукладеного договору, або ж для повернення майна на підставі кондикційного зобов'язання, віндикації, якщо за таким договором відбулася передача речі або майна.

Зрештою, виникає питання про те, чи доцільно, з огляду на наведене, вважати визнання договору неукладеним самостійним способом захисту цивільних прав та інтересів, а отже, чи є доцільним надання можливості стороні звертатися до суду із самостійною позовною вимогою про визнання договору неукладеним. На нашу думку, відповідь має бути негативною.

У ч. 1 ст. 16 ЦК України встановлено, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу [18]. Р.А. Майданик, характеризуючи способи захисту зазначає, що «Вибір способу захисту зумовлюється необхідністю ефективного захисту сторони в судовому процесі і поновленням законності, заснованої на правилі: застосування судом того чи іншого способу захисту повинно реально забезпечувати поновлення прав позивача» [117, с. 123].

Відповідно до ч. 1 ст. 3 ЦПК України кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. Зі змісту норми ч. 1 ст. 627 ЦК України, в якій, зокрема, встановлено, що сторони є вільними в укладенні договору, є очевидним, що переривання процесу укладення (вчинення) договору не може розглядатися як порушення права на

вступ у договірні відносини, адже особа є вільною в реалізації, так само як і в нереалізації, вказаного суб'єктивного права [20; 18]. Тому, на нашу думку, незалежно від внесення відповідних змін до ст. 16 ЦК України, немає підстав для розгляду судами самостійних позовних вимог про визнання договору неукладеним, адже у позивача буде відсутнє порушене, невизнане або оспорюване право, що підлягає захисту в порядку позовного провадження. Іншими словами, якщо немає договору, то і будь-яких прав та обов'язків з нього також бути не може, а отже, не існує предмета захисту зі сторони держави.

Наведені аргументи свідчать про те, що визнання договору неукладеним не може бути самостійним способом захисту цивільних прав та обов'язків.

Крім того, якщо визнання договору неукладеним буде внесено до відповідного переліку способів захисту цивільних прав та інтересів, закріплених у ст. 16 ЦК України, то на таку позовну вимогу поширюватимуться правила про позовну давність. Це означає, що зі впливом строку позовної давності та на підставі відповідної заяви відповідача згідно з ч. 4 ст. 267 ЦК України суд має відмовити у задоволенні позову про визнання договору неукладеним [18].

Таким чином, на нашу думку, відмова у задоволенні такого позову могла б стати підставою для конвалідації «неукладеного договору», адже якщо договір не є неукладеним, то він є або укладеним, або недійсним (інших варіантів чинне законодавство не передбачає). Саме тому, з метою недопущення подібних спекуляцій щодо прав та обов'язків сторін договору, визнання договору неукладеним не має бути визначено способом захисту цивільних прав та обов'язків.

Також необхідно зазначити, що неукладений договір не може мати конкретного строку його виникнення: такий строк можна обраховувати від моменту початку проведення переговорів щодо укладення договору

(направлення однією із сторін оферти) або з моменту вчинення однією із сторін останньої із дій, спрямованих на укладення договору (наприклад, направлення протоколу розбіжностей), тощо. Таким чином, фактично є не можливим застосування юридичної конструкції як такої, адже вона потребує чіткості у визначенні моменту виникнення права на позов.

Загальновідомо, що цивільне право є тісно пов'язаним із публічними галузями права (наприклад, податковим) через запозичення та використання такими галузями цивільно-правових явищ і конструкцій. У зв'язку з цим, на нашу думку, логічним було б «вивести» правову конструкцію неукладеного договору з-під «виключної юрисдикції» суду для того, щоб полегшити встановлення факту неукладення договору іншими правозастосовними органами, чиї рішення впливають на майнові права й інтереси суб'єктів цивільного права. Крім того, правильність зазначеної пропозиції також можна аргументувати і тим, що юридичні конструкції неукладеного та нікчемного договорів є схожими (фактично вони відрізняються тільки за ознакою сформованості складу юридичного факту цивільно-правового договору), а отже, логічно надати їм однакове правове регулювання. Так, загальновідомо, що нікчемний правочин не потребує визнання його судом.

Зазначений ефект можливо досягти шляхом визначення дефініції неукладеного договору в чинному ЦК України. Зокрема, пропонуємо ЦК України доповнити статтею 626-1 «Неукладений договір» у такій редакції:

«1. Договір не вважається укладеним (неукладений договір), якщо сторони порушили норми статей 641– 646 цього Кодексу, які визначають порядок його укладення.

2. Факт неукладення договору не залежить від його встановлення судом.

3. Договір може бути кваліфікований як неукладений тільки до моменту його повного виконання.

4. Часткове виконання договору є прийняттям пропозиції укласти договір на інших умовах у порядку статті 646 цього Кодексу.».

Також у юридичній літературі порушується питання про коло осіб, які мають право звернутися із позовом до суду, обґрунтовуючи свої вимоги кваліфікацією договору як неукладеного. Так, О.О. Савін вважає, що з мотивів неукладеності договору із позовною заявою до суду може звернутися не тільки сторона неукладеного договору, а й будь-яка третя особа, якщо остання зможе довести наявність інтересу [147, с. 80].

Чинне законодавство України не дає визначення охоронюваного законом інтересу, однак ця прогалина була заповнена Конституційним Судом України, який у рішенні від 01.12.2004 у справі № 1-10/2004 визначив, що поняття «охоронюваний законом інтерес», яке вживається в ч. 1 ст. 4 ЦПК України та інших законах України у логічно-смысловому зв'язку з поняттям «права», треба розуміти як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загальноправовим засадам [25].

Таким чином, охоронюваний законом інтерес визначається через прагнення особи до користування певними майновими та/або немайновими благами, яке обумовлюється змістом об'єктивного права.

Такий підхід законодавець застосовує при регламентуванні правовідносин, пов'язаних із недійсністю правочину, не обмежуючи коло суб'єктів лише сторонами недійсного правочину: із позовом про визнання правочину недійсним до суду може звернутися заінтересована особа, що заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом (ч. 3 ст. 215 ЦК

України), а якщо недійсність правочину встановлена законом (нікчемний правочин), то вимога про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину може бути пред'явлена будь-якою заінтересованою особою (ч. 5 ст. 216 ЦК України).

Враховуючи те, що неукладений договір сам по собі не зумовлює настання жодних правових наслідків, а правові наслідки, пов'язані із кваліфікацією договору як неукладеного, виникають тільки у поєднанні з фактом передачі речі або майна на «виконання» такого договору, то слід констатувати, що правом на звернення до суду щодо майна, переданого на «виконання» неукладеного договору, користуються як сторони такого договору, так і будь-які інші особи, котрі мають права або законні інтереси щодо такого майна. Наприклад, кредитор може звернутися до контрагента свого боржника із позовом про повернення у його володіння (або власність, якщо боржник заперечує перебування такого майна у його власності у зв'язку із передачею на підставі такого договору) майна, обґрунтовуючи свої вимоги фактом неукладення договору, з метою подальшого звернення стягнення на таке майно.

Незважаючи на те, що, на нашу думку, визнання договору неукладеним не відповідає ознакам, які характерні для способів захисту цивільних прав та інтересів, вважаємо, що зазначені висновки щодо кола осіб, які можуть звернутися із позовом про визнання договору неукладеним, можуть бути застосовані стосовно визначення кола осіб, які можуть звернутися із позовом про повернення безпідставно набутого майна (віндикаційний або кондиційний позови).

3.2 Стягнення збитків у зв'язку із кваліфікацією договору як неукладеного

У сучасній цивілістичній доктрині актуальною є проблема встановлення переддоговірної відповідальності за неукладення договору в деяких випадках у формі відшкодування збитків (доктрина *culpa in contrahendo*).

Доктрина *culpa in contrahendo* пов'язується із науковою працею німецького вченого Р. фон Ієринга «*Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*», яка була видана у 1861 р. У зазначеній статті автор, з посиланням на римське право, обґрунтував думку про необхідність притягнення до відповідальності у формі відшкодування збитків осіб, винних у недобросовісній поведінці під час проведення переговорів стосовно укладення договору. Так, у цій праці було визначено три випадки настання переддоговірної відповідальності: 1) неможливість укладення договору однією із сторін; 2) неможливість виконання договору; 3) існування недоліків волі сторін (сторони) при укладенні договору.

Н.І. Майданик зазначає, що поняття переддоговірної відповідальності може розглядатися в широкому і вузькому значеннях. Переддоговірна відповідальність, зміст якої полягає в обов'язку відшкодувати збитки, завдані другій стороні, в широкому розумінні – це комплексна (заснована на декількох правових конструкціях) відповідальність за недобросовісну поведінку на стадії ведення переговорів, а у вузькому – відповідальність за недобросовісне ведення або зрив переговорів (за відсутності обов'язку укласти договір) однією із сторін [115, с. 93, 97].

Зауважимо, що нами буде розглядатися переддоговірна відповідальність у вузькому її розумінні, тобто відповідальність за недобросовісне ведення або зрив переговорів щодо укладення договору, внаслідок чого можлива кваліфікація договору як неукладеного.

Прихильником застосування зазначеної доктрини щодо неукладених договорів є О.М. Садиков, який з цього приводу висловив думку, що під час переговорів про укладення договору сторони зазвичай несуть певні витрати, а неукладення передбачуваного договору може викликати майнові втрати, пов'язані із вчиненням певних дій, спрямованих на виконання майбутнього договору, які виявилися згодом непотрібними внаслідок його неукладення. З посиланням на заборону зловживання правом, автор обґрунтовує можливість суду покласти на винну сторону обов'язок із відшкодування таких втрат [105, с. 702-703].

Ф.І. Гавзе також зазначав, що «оскільки договір ще не укладено, в іншої сторони немає підстав вимагати відшкодування збитків, зумовлених його невиконанням. Проте вона може понести витрати, пов'язані із укладенням договору, наприклад, щодо виїзду до місця знаходження offerenta для огляду предмета договору тощо. Їх-то і зобов'язаний відшкодувати offerent» [77, с. 96].

Проте, погодитись із зазначеними позиціями, на нашу думку, не можна. У ч. 1 ст. 22 ЦК України встановлено, що особа, якій завдано збитків у результаті порушення її цивільного права, має право на їх відшкодування.

Таким чином, обов'язок із відшкодування збитків пов'язаний із наявністю цивільного правопорушення. Стосовно неукладеного договору це означає, що порушенню права (в даному випадку – права на укладення договору) має кореспондувати обов'язок зі сторони контрагента прийняти пропозицію на його укладення.

Чинне цивільне законодавство передбачає можливість покладення на винну особу обов'язку щодо відшкодування збитків за факт неукладення договору, лише якщо вона є offerentом публічного договору. Останній передбачає обов'язок укласти договір з будь-якою особою, яка акцептує пропозицію. Крім того, такий обов'язок безпосередньо закріплено в абз. 2 ч. 4 ст. 633 ЦК України, де визначено, що у разі необґрунтованої відмови

підприємця від укладення публічного договору він має відшкодувати збитки, завдані споживачеві такою відмовою.

Обов'язок відшкодувати збитки у разі неукладення договору покладається й на сторону попереднього договору, яка ухиляється від укладення основного договору. Так, відповідно до ч. 2 ст. 635 ЦК України 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.

Разом з тим, принцип свободи договору включає суб'єктивне цивільне право особи в будь-який момент до укладення договору відмовитися від процесу його укладення.

Отже, чинне цивільне законодавство не містить положень, які б стали правовою підставою для покладення на особу обов'язку з відшкодування збитків за відмову від укладення договору, за винятком юридичних конструкцій публічного і попереднього договорів.

Разом з тим у юридичній літературі висловлюються думки щодо реалізації механізму переддоговірної відповідальності за відсутності прямої цивільно-правової регуляції, складовими якого є: а) загальний принцип добросовісності, що поширює свою дію на всі стадії договірних відносин (ст. 3 ЦК України); б) генеральний делікт (ст. 1166 ЦК України). При такому підході недобросовісне ведення переговорів без мети укласти договір або недобросовісну відмову від укладення договору пропонується визнавати порушенням обов'язків добросовісно користуватися своїми правами й обов'язками, бути добросовісним щодо прав та інтересів інших осіб. У такому випадку шкода, завдана порушенням принципу добросовісності, має бути відшкодована на загальних засадах у порядку деліктної відповідальності.

На нашу думку, слід погодитися із Н.І. Майданик, яка зазначає, що «враховуючи нормативістські традиції вітчизняного правозастосування, такий варіант «введення» в українське право переддоговірної відповідальності є менш вдалим, аніж пряме нормативне регулювання» [115, с. 104].

Крім того, на нашу думку, застосування принципу добросовісності є неможливим з огляду на відсутність у ЦК України загальних засад (у формі принципів, норм) ведення переговорного процесу, які встановлювали б «еталонну» поведінку сторін, порівняння з якою дозволило б зробити висновок про недобросовісність однієї із сторін.

Як орієнтир недобросовісності контрагента під час ведення переговорів, наприклад, у ч. 3 ст. 2.1.15 Принципів УНІДРУА 2010 р. визначено, що недобросовісним, зокрема, є початок або продовження стороною переговорів за відсутності наміру досягти згоди [16]. Без відповідних засад встановлення переддоговірної відповідальності, на нашу думку, застосування переддоговірної відповідальності виключно на підставі принципу добросовісності та генерального делікту є неприйнятним, з огляду на неможливість встановлення критерію «добросовісності» у діях учасників переговорів.

Крім того, із наведених наукових позицій не вбачається єдиного підходу стосовно того, які саме збитки мають бути відшкодовані і в якому розмірі. Так, Н.І. Майданик пише: «Відповідальність за порушення обов'язку вести себе певним чином відносно іншої особи під час переговорів про укладення договору виражається в тому, що порушник повинен відшкодувати збитки, заподіяні іншій стороні в результаті порушення зазначеного обов'язку. Обсяг цих збитків визначається обов'язком належної поведінки». Автор зазначає, що такими збитками можуть бути витрати, понесені в розрахунку на укладення договору, які стали даремними [115, с. 107].

Очевидним є те, що не підлягає відшкодуванню упущена вигода, адже немає правової підстави для її обчислення – укладений договір. Разом з тим зазначені автори не надають обґрунтування, чому витрати, понесені стороною на переддоговірній стадії (зокрема, витрати, пов'язані із виїздом до місця знаходження контрагента для огляду предмета (об'єкта) договору, тощо), а також витрати, пов'язані із частковим виконанням договору (або підготовкою до його виконання, або такі, що внаслідок неукладення договору стали даремними), до моменту його укладення, мають бути предметом відшкодування.

На нашу думку, встановлення такої відповідальності лише за сам факт не вступу у договірні відносини матиме ознаки обмеження свободи договору. Зазначимо, що відповідно до чинного цивільного законодавства характер та спосіб ведення переговорів і порядок підготовки до виконання договору, а отже, і розмір витрат на їх проведення, не перебувають у сфері регулювання права (за винятком випадків, коли переговори проводяться на підставі угод про проведення переговорів).

Тому слід погодитись із запропонованим доктриною *culpa in contrahendo* підходом, відповідно до якого основна увага приділяється не факту неукладення договору, а характеру поведінки (зокрема, недобросовісній поведінці) особи, з вини якої відбулося переривання процесу укладення договору.

Зазначимо, що положення цієї доктрини вже частково імплементовані вітчизняним законодавцем, зокрема, одним із правових наслідків визнання договору недійсним є виникнення обов'язку з відшкодування збитків і моральної шкоди, при чому така шкода може бути відшкодована як стороні недійсного договору, так і третій особі (ч. 2 ст. 216 ЦК України).

Слід додати, що у країнах загального права, зокрема у Великій Британії, доктрина *culpa in contrahendo* зазнала істотних змін, а її норми та правила в літературі характеризуються як такі, що перебувають на межі

договірної та деліктної відповідальності, і одночасно використовуються принципи обох видів відповідальності. На відміну від класичної німецької доктрини *culpa in contrahendo*, згідно із положеннями якої переддоговірна відповідальність виникала виключно до моменту укладення договору та за умови його неукладення, англійське право поширило її дію також і на ті збитки, які можуть бути завдані добросовісній стороні після укладення договору. Так, англійське договірне (контрактне) право не поширює свій вплив на стадію укладення договору, а тому відшкодування збитків відбувається на підставі положень про деліктну відповідальність. Підставами її застосування є: 1) введення особи в оману; 2) сприяння особи у помилці її контрагента стосовно відповідних прав та обов'язків. Разом з тим у літературі відзначається, що англійські суди досить обережно та, під впливом переконання про непорушність принципу свободи договору, неохоче застосовують її положення, а тому було вироблено чітку систему вимог до поведінки особи для визнання її такою, що спричинила виникнення збитків у контрагента через неукладення договору.

По-перше, помилка або омана мають бути результатом проведених переговорів або дій винної особи. По-друге, такі дії винна особа вчиняє безпосередньо стосовно добросовісної особи або групи осіб, до якої належить добросовісна особа, таким чином, що вони спричиняють виникнення збитків. По-третє, має бути доведено, що добросовісна особа діяла на підставі «неправдивого твердження» (*acted upon false statement*) недобросовісної особи (тобто довести причиново-наслідковий зв'язок між діями добросовісної та недобросовісної особи). По-четверте, підтвердити, що саме такі дії є підставою для виникнення збитків. По-п'яте, довести, що помилка або омана виникла через свідому поведінку особу, і що недобросовісна особа не була впевнена у правдивості (правомірності) своїх власних дій (*in the absence of any genuine belief that it is true*).

Зауважимо, що основною метою цієї доктрини є компенсація реальних збитків, тобто повернення до того стану, який мав місце до моменту недобросовісної поведінки контрагента, а не компенсація збитків, яких зазнала особа, якщо б поведінка контрагента не була недобросовісною (тобто, упущеної вигоди).

Іншим проявом доктрини *culpa in contrahendo* в англійському праві є можливість визнання укладеним договору в судовому порядку та відшкодування відповідних збитків уже на підставі норм договірної права. Головним при вирішенні питання про визнання договору укладеним є наявність наміру обох сторін вступити в договірні відносини. Укладення договору, за таких обставин, супроводжується тим, що деякі умови договору є такими, що припускаються (*implied*) [176, с. 401-449; 177; 178, с. 80-127; 174].

Очевидно, що другий прояв зазначеної доктрини в англійському праві не стосується до переддоговірної відповідальності у її вузькому розумінні. Коментуючи застосування доктрини *culpa in contrahendo*, О.О. Савін писав, що дії, пов'язані із заподіянням шкоди на переддоговірній стадії, слід розцінювати як зловживання правом [147, с. 107]. В.П. Грибанов під зловживанням правом розумів особливий тип цивільного правопорушення, яке здійснюється уповноваженою особою при здійсненні ним належного йому права, пов'язаний із використанням недозволених конкретних форм у межах дозволеного йому законом загального типу поведінки [84, с. 55].

На нашу думку, із зазначеною позицією слід погодитися. Завдання шкоди, якщо не існує підстав для звільнення від відповідальності, є цивільним правопорушенням, і завдається вона в межах реалізації дозволеного права на укладення договору (права на свободу договору). Специфіка заподіяння шкоди в такому випадку полягає в тому, що її заподіює сама собі постраждала особа, проте внаслідок недобросовісних дій контрагента.

Дії недобросовісної особи з переривання процесу укладення договору, на нашу думку, мають виражати намір заподіяти збитки добросовісній особі шляхом введення її в оману стосовно беззаперечності (неминуності) факту укладення договору в майбутньому.

Характеризуючи кваліфікацію об'єктивної сторони *culpa in contrahendo*, О.О. Савін зазначає, що суд має звернути увагу на наявність ознак, які окремо не є підставами для притягнення до відповідальності, однак у сукупності свідчать про протиправність поведінки недобросовісної особи. До таких ознак він відносить:

1) наявність у потерпілого та недобросовісної особи наміру укласти договір, тобто доказів фактичного проведення процесу погодження умов договору;

2) до моменту переривання процесу укладення договору мають бути погоджені його умови, що точно дозволяють визначити предмет виконання.

Однак із зазначеною ознакою, як видається, цілком погодитися не можна, адже сторони можуть продовжувати переговори стосовно кількості товару, строків поставки тощо. Головною ідеєю є те, що сторони до моменту переривання переговорів визначили не точний предмет виконання, проте досягли домовленості стосовно мінімальної кількісної та якісної характеристики предмета договору.

Іншими словами, у добросовісної сторони сформувалось уявлення, що незважаючи на подальші переговори, вона має надати (поставити, передати) принаймні не меншу, аніж відповідно до досягнутої домовленості, кількість товарів, робіт або послуг;

3) до моменту, коли недобросовісна особа припиняє ведення переговорів, у потерпілого з'являється впевненість у тому, що договір буде укладено. Про таку впевненість може свідчити протокол про наміри, лист про обрання пропозиції потерпілого переможцем певного конкурсу, тендеру, процедури тощо [147, с. 109-110].

Однак названих елементів недостатньо для кваліфікації дій як недобросовісних і притягнення винної особи до відповідальності. На нашу думку, прояв вини полягає у тому, що недобросовісна особа знала або мала знати про те, що до моменту переривання процесу укладення договору її контрагент почав підготовку до виконання договору, витрати на яку і становлять розмір заподіяної шкоди.

Тобто вина особи, що заподіяла збитки, виникає не внаслідок самого факту впевненості у тому, що договір буде укладено, а тому, що володіючи інформацією про наявність реальних витрат на підготовку до виконання, вона свідомо перериває процес укладення договору або ухиляється від його укладення.

Якщо ж особа не знає про наявність таких витрат або з обставин справи не вбачається, що вона повинна була знати про їх наявність, то зазначені дії, на нашу думку, слід розглядати як такі, що є внутрішньо організаційними для її контрагента. Тобто вони не тягнуть відповідальності через відсутність такого елемента складу цивільного правопорушення, як вина. Зазначений висновок впливає з того, що чинне законодавство не встановлює порядок ведення переговорів, не обмежує сторін у методах, способах їх проведення. Тому транспортні, представницькі й інші витрати, пов'язані із проведенням переговорів (а не підготовкою до виконання договору), не можуть бути предметом відшкодування.

Таким чином, предметом відшкодування можуть бути лише збитки, понесені добросовісною стороною внаслідок підготовки до виконання договору, намір укласти який мала добросовісна особа, які спричинені діями недобросовісної особи шляхом введення в оману стосовно впевненості в тому, що договір буде укладено, якщо недобросовісна особа знала, що така підготовка пов'язана із витратами добросовісної особи.

При визначенні розміру шкоди, на нашу думку, суд у кожному випадку має виходити із принципу розумності, закріпленому у ст. 3 ЦК України.

О.О. Отраднава пише, що «в літературі панує твердження, що розумними слід вважати дії, які вчинила б особа, котра володіє середнім рівнем інтелекту, знання і життєвого досвіду» [132, с. 382]. Тому, на нашу думку, оцінці підлягає як ступінь вини недобросовісної особи (чи мала вона загалом намір укласти договір, чи міг бути договір виконаний тощо), так і характер витрат, понесених добросовісною стороною під час підготовки до укладення договору: якщо підготовка до виконання договору, що мав бути укладений, передбачала придбання певних матеріалів, немайнових прав (отримання дозволів, ліцензій, придбання майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності тощо), то за умови, що такі активи можуть у подальшому бути використані для господарських або власних потреб потерпілого, немає підстав для відшкодування їх вартості в повному обсязі.

На нашу думку, у чинне цивільне законодавство доктрина *culpa in contrahendo* може бути імplementована у формі складу цивільного правопорушення (делікту), який змістовно закріплює відповідальність недобросовісної особи за факт заподіяння збитків добросовісній особі шляхом введення її в оману стосовно беззаперечності (неминуності) факту укладення договору в майбутньому.

З об'єктивної сторони склад такого правопорушення складається з таких елементів:

1) досягнення домовленості сторонами стосовно мінімальної кількісної та якісної характеристики предмета договору до моменту переривання процесу укладення договору недобросовісною стороною;

2) виникнення у потерпілого в результаті поведінки недобросовісної особи впевненості в тому, що договір буде укладено;

3) навмисне переривання процесу укладення договору та/або ухилення від його укладення недобросовісною особою, яка володіє інформацією про наявність реальних витрат на підготовку до укладення та виконання договору її потенційним контрагентом.

Суб'єктивна сторона зазначеного цивільного правопорушення характеризується тим, що недобросовісна особа знала або мала знати про те, що, до моменту переривання процесу укладення договору, її контрагент почав підготовку до виконання договору.

Д.Г. Павленко пропонує імплементувати положення доктрини *culpa in contrahendo* шляхом доповнення ЦК України статтею такого змісту:

«Сторона має право на власний розсуд вести переговори щодо укладення договору і не несе відповідальності за недосягнення згоди. Однак сторона, яка недобросовісно веде або перериває такі переговори, є відповідальною за збитки, заподіяні іншій стороні.

Недобросовісним веденням переговорів є, зокрема, вступ в переговори або їх продовження при відсутності дійсного наміру укласти договір або з метою ввести іншу сторону в оману, в тому числі, зашкодити укладенню цієї стороною іншого договору» [133, с. 117].

На нашу думку, включення до змісту статті ЦК України, яка встановлюватиме відповідальність за недобросовісне ведення переговорів, такої категорії, як «недобросовісне ведення або переривання переговорів», що охоплює поняття «введення в оману», «відсутність дійсного наміру укласти договір», значно ускладнить правову кваліфікацію та застосування (можливо, навіть, до неможливості її практичної реалізації) такої норми.

Це впливає з того, що для кваліфікації зазначених випадків необхідно законодавчо визначити зміст поняття «введення в оману» конкретно для переддоговірної відповідальності.

Використання за аналогією визначення поняття «обман», яке дається в абз. 2 ч. 1 ст. 230 ЦК України, де зазначено, що обман має місце, якщо сторона заперечує наявність обставин, які можуть перешкодити вчиненню правочину, або якщо вона замовчує їх існування, як видається, є неможливим. Зміст цього терміна складається з тих випадків, коли особі не

повідомляється або повідомляється недостовірна інформація щодо «обставин, які можуть перешкодити вчиненню правочину» [18].

Перелік таких обставин і їх правова природа чинне законодавство не наводить, а, отже, чи належать до них такі суб'єктивні підстави, як небажання укласти договір, здійснення перешкоди в укладенні договору з іншим контрагентом, також не визначено. Більше того, системний аналіз ст.ст. 229, 230 ЦК України (в ч. 1 ст. 230 ЦК України міститься посилання на ст. 229 ЦК України) дає підстави для висновку, що «обставини, які можуть перешкодити вчиненню правочину» перебувають у зв'язку із поняттям «обставини, що мають істотне значення», визначення якого дається в абз. 2 ч. 1 ст. 229 ЦК України. Відповідно до цієї норми істотне значення має помилка щодо природи правочину, прав та обов'язків сторін, таких властивостей і якостей речі, що значно знижують її цінність або можливість використання за цільовим призначенням.

Таким чином, можна дійти висновку, що «обставини, які можуть перешкодити вчиненню правочину» належать до об'єктивних підстав неможливості вчинення правочину: введення в оману стосовно правової природи договору (факт укладення іншого виду договору, аніж було первинно визначено сторонами), прав та обов'язків (неповідомлення або повідомлення неправдивої інформації стосовно взаємних прав та обов'язків) тощо.

Суб'єктивні аспекти, зокрема небажання укласти договір, здійснення перешкоди в укладенні договору з іншим контрагентом, за своєю природою належать до мотивів такої поведінки.

Зазначимо, що постанові від 29.04.2014 по справі № 3-11гс14 Верховний Суд України зауважив, що «наявність умислу в діях відповідача, істотність значення обставин, щодо яких особу введено в оману, і сам факт обману повинна довести особа, яка діяла під впливом обману. Обман щодо мотивів правочину не має істотного значення» [32].

Саме тому, з метою уникнення використання оціночних категорій у ЦК України та підвищення ефективності правового регулювання, норма, що запроваджує переддоговірну відповідальність, має містити положення, через які фактично розкривається «недобросовісність» поведінки. Зокрема, на нашу думку, недобросовісність поведінки розкривається за допомогою такої умови в гіпотезі статті: володіючи інформацією про наявність реальних витрат на підготовку до виконання, недобросовісна сторона свідомо і навмисно перериває процес укладення договору та/або ухиляється від його укладення.

Відповідно до положень доктрини *culpa in contrahendo* її метою є відшкодування реальних збитків, заподіяних недобросовісною стороною, а тому обсяг відшкодування має бути достатнім для повернення добросовісної сторони в той стан, який передував початку підготовки до виконання договору, процес переговорів щодо укладення якого було перервано.

З огляду на зазначене не можна погодитись із такою думкою Н.І. Майданик: «Якщо винна поведінка однієї сторони призвела до того, що передбачуваний договір не відбувся, то друга сторона вправі вимагати, щоб вона була повернута до становища, в якому вона перебувала б, якщо б договір був дійсно укладений. Зрозуміло, вона не може вимагати поставити її в краще становище, ніж те, в якому вона б перебувала, якщо б договір мав місце» [115, с. 108].

Відновлення становища, в якому б перебувала добросовісна сторона, якщо б договір було укладено, фактично означає надання їй відшкодування в розмірі упущеної вигоди (ціни договору), що безумовно не відповідає положенням зазначеної доктрини. Так, на підставі вивчення досвіду рецепції доктрини *culpa in contrahendo* в зарубіжних країнах К.В. Гніщевич зазначає: «Розмір відшкодування збитків, заподіяних внаслідок *culpa in contrahendo*, в абсолютній більшості правопорядків, які реципіювали цей правовий інститут, визначається на основі фактично понесених збитків і обмежується так званим

від'ємним (негативним) договірним інтересом. Відшкодування абстрактних збитків, що вираховуються із гіпотетичного розвитку подій, яке існувало б тепер при належному виконанні переддоговірних обов'язків (позитивного інтересу), отримало визнання тільки в Німеччині і тільки стосовно окремих категорій випадків, що пояснюється тією роллю, яку німецька доктрина відводить теорії інтересів» [80, с. 88].

Крім того, доктрина *culpa in contrahendo* має правозахисний характер, а І.В. Жилінкова з цього приводу зауважує, що «у процесі реалізації права на захист потерпіла сторона зазвичай вимагає застосувати засоби, що мають компенсаційний характер та спрямовані на відновлення її «первісного стану»...» [140, с. 96].

Застереження про те, що недобросовісна особа знала або мала знати до моменту переривання процесу укладення договору про те, що її контрагент почав підготовку до виконання договору, завершує формування складу делікту, який характеризується прямим умислом на заподіяння майнової шкоди.

Враховуючи зазначене, вважаємо, що до чинного цивільного законодавства має бути імплементовано доктрину *culpa in contrahendo*.

З огляду на те, що переддоговірна відповідальність за своєю правовою природою є не тільки деліктною відповідальністю, а й (на нашу думку, навіть більшою мірою) обмеженням суб'єктивного права на свободу у виборі контрагента та визначенні доцільності вступу у договірні відносини, доцільно закріпити цю доктрину шляхом доповнення ст. 627 ЦК України частиною 2, яку викласти в такій редакції:

«Переривання процесу укладення або ухилення від укладення договору може бути підставою для покладення на винну особу обов'язку з відшкодування вартості дій, спрямованих на підготовку до виконання договору, щодо укладення якого велися переговори, якщо характер переговорів або дій винної особи свідчив про:

- 1) досягнення попередньої домовленості щодо укладення договору в майбутньому;
- 2) погодження мінімального обсягу грошових коштів або товарів, робіт або послуг, які мали бути передані на користь винної особи, і їх передача передбачала підготовку потерпілого для їх передачі;
- 3) винна особа знала, що до моменту переривання процесу укладення договору, внаслідок попередніх переговорів потерпілий розпочав таку підготовку.

Розмір збитків встановлюється судом з урахуванням вини недобросовісної особи, а також характеру майнових та немайнових благ, що були набуті потерпілим для підготовки до виконання договору.».

3.3 Застосування кондикції у зв'язку із кваліфікацією договору як неукладеного

У зв'язку із відсутністю нормативного регулювання юридичних наслідків неукладеного договору, зазначена прогалина була заповнена роз'ясненнями судової практики: так, Верховний Суд України і Вищий господарський суд України в постановках Пленумів «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009р. № 9 та «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 р. № 11 відповідно дійшли до одностайного висновку, що майно, передане «на виконання» неукладеного договору є безпідставно набутиим, а правовідносини з його повернення регламентуються положеннями глави 83 «Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави» ЦК України [41; 42].

Виходячи з того, що неукладений договір не є юридичним фактом, то він також не може опосередковувати перехід права власності на речі або майно. Тому, вочевидь, такі речі або майно, по відношенню до їх отримувача, є безпідставно набутиими.

Засади правової конструкції зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави були розроблені давньоримськими юристами.

Як зазначав дореволюційний цивіліст В.М. Хвостов, фахівець із римського цивільного права, передумовою виникнення названої конструкції був розвиток вчення про справедливості (*aequitas*). За наслідками аналізу використання терміна «*aequitas*» давньоримськими юристами, автор зробив висновок, що *aequitas* римській класичній юриспруденції є не чим іншим, як принципом рівності всіх громадян перед законом, а відповідно *ius aequum* – це право, «перед обличчям якого рівні всі громадяни, яке стосується всіх однаково і надає однаковий захист, не знаючи упередженості». Одним із наслідків застосування принципу справедливості є висновок про

неможливість безпідставного збагачення: принцип репресії безпідставного збагачення є логічним продовженням принципу автономії волі. Це автор обґрунтовував тим, що, якщо не можна спонукати особу до вчинення певних дій без попередньої домовленості з нею, то, відповідно, так само не можна утримувати майнове збагачення, отримане з майна іншої особи, якщо таке збагачення не відповідає спільній волі цих осіб [125, с. 60-61, 63]. Зміст принципу репресії безпідставного збагачення також розкривається у вислові давньоримського юриста Помпонія: «Iure naturae aequum est, neminem cum detrimento alterius et iniuria fieri locupletiores» («Відповідно до природного права є справедливим (правилом) те, щоб ніхто не збагачувався шляхом завдання шкоди чи кривди іншому») [91, с. 87].

У результаті зазначених висновків у римському праві виникла правова конструкція кондикції (*condictio*) – однієї з форм законних позовів (*legis actions*) у римському приватному праві, за допомогою яких особа, за посередництвом публічної влади, мала змогу захистити своє засноване на законі повноваження; поряд із законами такі позови вважалися складовою частиною цивільного права, однак на відміну від перших, мали значення виключно в процесі їх застосування [156, с. 36-37]. Слід сказати, що в цивілістичній науці зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави також відоме під назвою «кондикційне зобов'язання». Загальновідомо, що в римському праві вважалося, що можна захистити лише те право, для захисту якого існував відповідний вид позову, проте сучасне національне законодавство закріплює, що юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі (ст. 124 Конституції України), а тому нині зазначені терміни ототожнюються і використовуються як синоніми.

У сучасній юридичній літературі зазначається, що за своєю правовою природою інститут зобов'язання із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави є універсальним способом захисту цивільних

прав та інтересів. Універсальність полягає у здатності цієї правової конструкції бути субсидіарно застосованою разом із іншими, спеціальними способами захисту цивільних прав. З цього приводу Н.Г. Соломіна пише: «... відновлювально-захисна роль механізму захисту суб'єктивного права в цілому притаманна лише кондикційному зобов'язанню, що дозволяє визнати за ним ознаки системоутворюючого елемента всього механізму захисту суб'єктивного права особи, право якої порушено несанкціонованим втручанням у її господарську сферу. Цей системоутворюючий елемент здатен здійснювати універсальний вплив на реалізацію будь-якого іншого способу захисту, спрямованого на відновлення порушеного права» [156, с. 24-25; 87, с. 27; 113, с. 8].

На системоутворюючу роль кондикційного зобов'язання також вказувала і Т.І. Ілларіонова: сукупність норм про безпідставне збагачення склалась як прикордонний інститут, спрямований на вирішення конфліктів між особами, які попередньо не перебували у правовідносинах, або суб'єктами недійсних чи розірваних договорів. В основі застосування інституту безпідставного збагачення узагальнено більш широке коло діянь, які припиняються, аніж в охоронних нормах інституту правочинів або захисту права власності. Таким чином, норми про безпідставне збагачення, на думку автора, співвідносяться з охоронними нормами інституту правочинів як загальногалузеві і спеціальні [156, с. 25].

О.Л. Маковський, підтримуючи зазначену позицію, йде далі і визначає кондикцію які спосіб захисту цивільних прав та інтересів: «В основі змін, що відбулися, є, по-перше, погляд на зобов'язання, які виникають внаслідок безпідставного збагачення, не як на окремий вид зобов'язання, а як на особливий їх рід і, навіть, вірогідно, своєрідний (додатковий) спосіб захисту цивільних прав і, по-друге, розуміння того, що цей інститут належить до тих, які безпосередньо пов'язані з етичними початками цивільного права» [118, с. 534].

На нашу думку, кондикцію дійсно слід віднести до способів захисту цивільних прав та інтересів. Так, Н.С. Кузнецова пише: «В принципі цей перелік способів захисту суб'єктивних цивільних прав, наведений у ст. 16 ЦК України, є закритим. Разом з тим законодавець передбачає, що суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, встановленим договором або законом», а отже, іншим правоохоронним конструкціям (які в юридичній літературі отримали назву міри або засоби захисту цивільних прав¹³) надається значення способу захисту цивільних прав та інтересів у розумінні ст. 16 ЦК України [111, с. 417].

Зазначений підхід також був сприйнятий судовою практикою: судові інстанції мають схильність до розширеного тлумачення терміна «спосіб захисту права», включаючи до нього окрім способів передбачених ст. 16 ЦК України, також і ті, які безпосередньо містяться у нормах ЦК України.

Так, наприклад, в Узагальненнях Верховного Суду України «Практика розгляду судами цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 24.11.2008 р. зазначено: «Визнані недійсними правочини не створюють для сторін тих прав і обов'язків, які вони мають встановлювати, а породжують наслідки, передбачені законом. І хоча реституція не передбачена у ст. 16 ЦК як один із способів захисту, проте норма ч. 1 ст. 216 ЦК є імперативною і суд має забезпечити зазначені в ній правові наслідки. Реституцію цілком можна вважати окремим способом захисту цивільних прав, які порушуються у зв'язку з недійсністю правочину, оскільки у ст. 16 ЦК немає вичерпного переліку способів захисту цивільних прав» [45].

Також у постанові від 12.06.2013 по справі № 6-32цс13 Верховний Суд України висловив свою правову позицію стосовно застосування ст. 16 ЦК України, відповідно до якої законодавчі обмеження матеріально-

¹³ Слід зауважити, що чинне законодавство не дає легального визначення терміна «спосіб захисту цивільних прав». Разом з тим у юридичній літературі також не склалося єдиного підходу до розуміння зазначеної категорії, а також її співвідношення із мірами та засобами захисту цивільних прав. // Див. [134, с. 18; 51, с. 118; 141, с. 17; 62, с. 89; 160].

правових способів захисту цивільного права чи інтересу підлягають застосуванню з дотриманням положень ст. ст. 55, 124 Конституції України та ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до яких кожна особа має право на ефективний засіб правового захисту, не заборонений законом. Оскільки положення Конституції України та Конвенції мають вищу юридичну силу (ст. ст. 8, 9 Конституції України), а обмеження матеріального права суперечать цим положенням, порушення цивільного права чи цивільного інтересу підлягають судовому захисту і у спосіб, не передбачений законом, зокрема ст. 16 ЦК України, але який є ефективним засобом захисту, тобто таким, що відповідає змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням [27].

Враховуючи те, що кондикційне зобов'язання спрямоване на усунення наслідків безпідставного збагачення та повернення майна, можна зробити висновок, що зазначена правова конструкція належить до відновлювальних правозахисних заходів.

Таким чином, зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, будучи «ефективним засобом правового захисту, не забороненим законом», як зазначав Верховний Суд України, є способом захисту цивільних прав та інтересів, що не передбачений ст. 16 ЦК України.

У ч. 1 ст. 1212 ЦК України дається легальне визначення кондикції – це зобов'язання, у якому особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуто, згодом відпала, а у ч. 2 ст. 1213 ЦК України зазначається, що у разі неможливості повернути в натурі потерпілому безпідставно набуто майно відшкодовується його вартість, яка визначається на момент розгляду судом справи про повернення майна [18].

Таким чином, кондикційне зобов'язання регламентує відносини із повернення майна, що було передане без достатньої правової підстави, незалежно від того, чи така підстава не існувала на момент передачі майна або ж відпала згодом: передана річ або майно має бути повернуте в натурі, а якщо повернення в натурі є неможливим, то відшкодовується вартість майна, яка визначається на момент розгляду судом справи про повернення майна. Розмір відшкодування речі або майна за неукладеним договором має визначатися на підставі припису ч. 2 ст. 1213 ЦК України, тобто на момент розгляду судом справи про повернення майна, а не виходячи з ціни, визначеної у самому неукладеному договорі.

У ч. 3 ст. 1212 ЦК України встановлено правило, відповідно до якого положення глави 83 ЦК України застосовуються також до вимог про: 1) повернення виконаного за недійсним правочином; 2) витребування майна власником із чужого незаконного володіння; 3) повернення виконаного однією із сторін у зобов'язанні; 4) відшкодування шкоди особою, яка незаконно набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи. Саме зазначені норми стали підставою для характеристики кондикції як універсальної правоохоронної правової конструкції [18].

Разом з тим В.В. Билков пише, що слід розрізняти випадки *застосування норм* про безпідставне збагачення і *позов*, що виникає з факту безпідставного збагачення. Якщо норми про безпідставне збагачення можуть застосовуватися для заповнення прогалин нормативного регулювання різних за своєю правовою природою правовідносин (в т.ч. деліктних, договірних, реституційних тощо), то позов, пов'язаний із безпідставним збагаченням, використовується як засіб правового захисту у правовідношенні із безпідставного збагачення у його «чистому», класичному вигляді [72, с. 138].

Застосування кондикції як правового наслідку, пов'язаного із кваліфікацією договору як неукладеного, як раз є проявом позову, що виникає з факту безпідставного збагачення, про який писав автор.

Правовідносини щодо повернення майна, переданого без достатньої правової підстави (в широкому розумінні), регламентуються не тільки положеннями глави 83 «Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави» ЦК України, а й іншою, суміжною правовою конструкцією – віндикаційним позовом.

Проблема конкуренції юридичних конструкцій кондикції і віндикації полягає у тому, що процесуальне законодавство, втілюючи в життя принцип диспозитивності процесуальних прав, покладає на позивача ризик помилки у виборі способу захисту права та надає суду право відмовити у задоволенні позовних вимог у зв'язку з неналежним способом захисту суб'єктивного цивільного права. Крім того, згідно з п. 2 ч. 3 ст. 1212 ЦК України встановлюється, що кондикційне зобов'язання субсидіарно застосовується до вимог про витребування майна власником із чужого незаконного володіння, натомість у постановах Пленумів Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 р. № 9 та Вищого господарського суду України «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 р. № 11 вказується на виключне застосування положень глави 83 ЦК України [41; 42].

Зазначимо, що обидві правові конструкції (способи захисту) мають спільні ознаки: по-перше, наслідком їх застосування є повернення майна в натурі; по-друге, кондикція і віндикація підлягають застосуванню у випадках передачі майна без достатньої правової підстави. Так, у ст. 387 ЦК України визначено, що власник має право витребувати своє майно від особи, яка незаконно, *без відповідної правової підстави* заволоділа ним.

Відмінності у правовому регулюванні полягають у тому, що віндикація не передбачає відшкодування вартості майна, якщо його повернення є неможливим, а також покладає на власника майна обов'язок із відшкодування необхідних витрат на утримання, збереження майна, здійснених ним з часу, з якого власникові належить право на повернення майна або передання доходів (ч. 3 ст. 390 ЦК України). Крім того, слід додати, що кондикція є особистим позовом, який може бути заявлений тільки до набувача майна, натомість віндикація – речовий позов, особливістю якого є здатність «слідувати» за майном: цей позов заявляється стосовно майна до будь-якої особи (не обов'язково первинного набувача), яка на момент подачі позовної заяви володіє майном.

У цивілістичній літературі широко відомою є так звана віндикаційна теорія Ф.К. фон Савіньї, відповідно до якої розмежування кондикції та віндикації відбувається так: віндикація – речовий позов неволодіючого власника до володіючого річчю не власника, а кондикція – навпаки, особистий позов особи, яка позбавилася права володіння та права власності (а отже, і можливості пред'явити віндикаційний позов), до нового власника речі [125, с. 284].

Зазначена позиція потребує деякого уточнення: вочевидь, йдеться не про застосування *норм про безпідставне збагачення* (адже за такого підходу кондикційне зобов'язання не могло бути застосовано до віндикаційного позову навіть субсидіарно), а, як писав В.В. Билков, про *позов, що виникає з факту безпідставного збагачення* [72, с. 138].

Проте положення цієї теорії були піддані критиці стосовно того, що кондикційний позов може бути заявлений лише особою, яка не тільки не володіє річчю або майном, а також втратила на неї право власності. Так, В.П. Грибанов зазначав: «Виходить, таким чином, що зобов'язання з безпідставного набуття або збереження майна замість того, щоб захищати інтереси дійсного власника чи володільця майна, стають законним

способом виникнення права власності для незаконного набувача майна» [125, с. 151]. Далі автор додає, що кондикційне зобов'язання виникає тоді, коли потерпіла особа хоча і зберігає право власності на майно, що вибуло з її володіння безпідставно, однак застосування віндикаційного позову є неможливим через втрату таким майном індивідуалізуючих ознак, які б дозволи його ідентифікувати.

У юридичній доктрині висловлюються також думки про те, що сферою застосування віндикаційного позову є майно, яке характеризується індивідуально-визначеними ознаками, а кондикції – майно, наділене родовими ознаками.

Д.О. Тузов з цього приводу писав, що до речі з індивідуально-визначеними ознаками некоректно застосовувати термін «безпідставне збагачення», а слід говорити про безпідставне отримання індивідуально-визначеної речі. Безпідставно отримана річ, додає автор, поки вона існує в натурі, зрозуміло, залишається у власності потерпілого і не може становити «збагачення» набувача [164, с. 246]. Тільки таким чином, на його думку, можна пояснити відповідальність набувача майна за допущене ним погіршення майна, про яке йдеться у ст. 1214 ЦК України.

І.Е. Берестова вказує на те, що в окремих випадках ознакою, яка розмежовує ці позови, є наявність або відсутність майнової вигоди на стороні відповідача. Віндикаційний позов подається не лише тоді, коли відповідач безоплатно отримує майно, а й при відплатному набутті. Тому на стороні відповідача майнової вигоди може і не бути [через еквівалентність обміну – Є.Т.]. Для виникнення ж зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави ця ознака є необхідною. Зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави також слід відрізняти від віндикаційних позовів і формою відшкодування, яка допускає компенсацію майнових втрат шляхом передачі правомочній особі речей,

однорідних до втрачених, або шляхом передачі їх грошового еквівалента [67].

На нашу думку, критерій розмежування кондикції та віндикації закріплено у ч. 3 ст. 1212 ЦК України, де міститься правило, відповідно до якого положення цієї статті ЦК України застосовуються «також до вимог, зокрема, про витребування майна власником із чужого незаконного володіння» [18], тобто додатково (субсидіарно).

Таким чином, *позов, пов'язаний із фактом безпідставного збагачення*, може бути заявлений лише тоді, коли не підлягають застосуванню правила ст. 387 ЦК України.

Це має місце, коли: 1) об'єктом, що був переданий на виконання неукладеного договору є майно, наділене родовими ознаками; 2) передане майно втрачає індивідуальні ознаки (в т.ч. через знищення або пошкодження); 3) потерпіла особа не є власником майна (т.зв. кондикція володіння, адже застосування норми ст. 1212 ЦК України, на відміну від ст. 387 ЦК України, не передбачає тягара доказування права власності на майно, а тільки факту його передачі без достатньої правової підстави).

Зауважимо, що в юридичній літературі висловлюються і інші позиції стосовно співвідношення кондикційного і віндикаційного позовів. Так, зокрема, зазначається, що «в частині 1 ст. 1214 ЦК України мова йде про необхідні витрати на утримання майна, що побічно підтверджує відношення його до індивідуально-визначених речей. Проте, ЦК України не містить норми, які обмежують коло речей, які підлягають стягненню за таким позовом, тільки індивідуально-визначеними. ... Часто саме це визначають як відмінність кондикційного і віндикаційного позовів, оскільки предметом останнього можуть бути тільки речі індивідуально визначені. Разом з тим, подібного роду спрощення не сприяє з'ясуванню відмінностей між цими позовами» [167, с. 298].

Із зазначеною думкою погодитися можна тільки частково: справді, кондикційний позов не обмежується лише речами, наділеними родовими ознаками (зокрема, існує кондикція володіння), проте, вочевидь, авторами, на підставі відсутності прямого законодавчого припису, ігнорується системне тлумачення норми п. 2 ч. 3 ст. 1212 ЦК України, в якій закріплено принцип субсидіарності кондикції відносно віндикації. Разом з тим додамо, що у п. 6.1 Інформаційного листа Вищого арбітражного суду України «Про деякі приписи законодавства, яке регулює питання, пов'язані із здійсненням права власності та його захистом» від 31.01.2001 р. № 01-8/98 визначено, що «витребуване майно [в контексті можливості застосування віндикаційного позову – Є.Т.] може належати і до категорії речей, що визначаються родовими ознаками (мірою, вагою тощо), але в такому разі має бути якимось чином індивідуалізоване (наприклад, цукор у мішках за певними цифровими або іншими характерними позначками)» [23].

Крім того, звернення потерпілої особи із віндикаційним позовом не виключає застосування *норм про безпідставне збагачення*, на підставі яких можливе, наприклад, відшкодування вартості за допущене погіршення майна (ч. 1 ст. 1214 ЦК України).

Враховуючи зазначене, на нашу думку, до зазначених постанов Пленумів Верховного та Вищого господарського судів України, присвячених проблемам недійсності та неукладеності правочинів, мають бути внесені зміни стосовно визначення наслідком кваліфікації договору як неукладеного не тільки кондикційного зобов'язання, а також і віндикації.

До недоліків чинної правової регламентації правовідносин, пов'язаних із фактом безпідставного збагачення, можна віднести те, що норми глави 83 «Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави» ЦК України не поширюють свою дію на випадки, коли безпідставне збагачення відбувається у формі отримання робіт або послуг.

Так, з буквального тлумачення ст.ст. 1212 – 1215 ЦК України випливає, що об'єктом кондикційного зобов'язання є лише речі або майно, натомість очевидним є те, що на «виконання» неукладеного договору його сторона може виконати роботи або надати послуги, вартість яких буде становити безпідставне збагачення на стороні їх отримувача. Зазначимо, що в законопроекті «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визнання договору неукладеним» від 17.04.2015 р. № 2656 пропонується доповнити ст. 638 ЦК України ч. 4, яку викласти в такій редакції: «4. Одночасно з визнанням договору неукладеним у разі, якщо сторона (сторони) такого договору вчинила фактичні дії щодо його виконання, суд вирішує питання про застосування положень глави 83 цього Кодексу. В разі неможливості застосування правових наслідків, встановлених абзацом першим цієї частини, зокрема у випадках, коли виконання договору полягає у користуванні майном, виконанні роботи, наданні послуги, сторона, на користь якої було здійснено виконання, повинна відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент початку виконання, а у разі неможливості встановлення такого моменту – за цінами, які існують на момент розгляду судом відповідної справи.» [17].

На нашу думку, слід погодитись із зазначеною пропозицією суб'єкта законодавчої ініціативи щодо законодавчої регламентації надання компенсації у випадках, коли безпідставне збагачення за неукладеним договором відбувається у формі користування майном, отримання робіт або послуг.

Висновки до Розділу III.

За результатами аналізу правової природи досліджуваної правової конструкції можна зробити низку загальних висновків щодо юридичних наслідків, пов'язаних із кваліфікацією договору як неукладеного:

1) сторони позбавлені можливості посилалися на неукладений договір як на підставу виникнення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків. Зокрема, сторони не можуть посилалися на договірну умову щодо ціни договору (в контексті вирішення питання про грошову компенсацію вартості майна, яке не може бути повернуте в натурі); 2) кваліфікація договору як неукладеного зумовлює низку обмежень у застосовуванні способів захисту, що зазвичай застосовуються у договірній практиці, зокрема неукладений договір не може бути визнаний недійсним; 3) внаслідок кваліфікації договору як неукладеного особою, з посиланням на його умови, не можна зобов'язати виконати свій обов'язок в натурі (п. 5 ч. 2 ст. 16 ЦК України); 4) до неукладеного договору не можуть бути застосовані такі способи захисту, як зміна або припинення правовідношення (п.п. 6, 7 ч. 2 ст. 16, ст.ст. 651, 652 ЦК України); 5) з посиланням на неукладений договір не можна зобов'язати його сторону відшкодувати збитки або майнову шкоду, що виникла у зв'язку із вказаною правовою конструкцією (п. 8 ч. 2 ст. 16 ЦК України), а також моральну (немайнову) шкоду (п. 9 ч. 2 ст. 16 ЦК України); 6) кваліфікація договору як неукладеного не зумовлює можливості застосування будь-яких договірних мір відповідальності (зокрема, неустойки) і засобів забезпечення виконання зобов'язання; 7) неукладений договір, не будучи юридичним фактом, не може бути підставою для переходу права власності на майно, що було передане на його «виконання»; 8) кваліфікація договору як неукладеного є підставою для застосування норм про плату за користування чужими грошима і цивільно-правової відповідальності за прострочення виконання грошового зобов'язання (ч. 1 ст.

536, ч. 2 ст. 625 ЦК України); 9) неукладений договір не має жодних способів його конвалідації (в т.ч. в судовому порядку), окрім завершення процесу його укладення; 10) кваліфікація судом договору як неукладеного не перешкоджає подальшій можливості завершення процесу укладення договору.

Юридична конструкція неукладеного договору призначена відображати факт відсутності здійснення стороною (сторонами) суб'єктивного права, визначеного ст. 627 ЦК України. Тому за своїм змістом кваліфікація договору як неукладеного є констатацією факту, що договір фактично не відбувся, тобто не є завершеним процес його укладення. Із зазначеного випливає, що визнання правочину неукладеним не може бути самостійним способом захисту.

Це пояснюється, по-перше, неможливістю заявити до суду процесуальну вимогу вчинити певні дії, адже кваліфікація договору як неукладеного є лише встановленням негативного факту – факту неукладення договору.

По-друге, через відсутність у неукладеного договору моменту виникнення (неукладений договір не є юридичним фактом, а відповідно до чинного цивільного законодавства процес укладення договору не обмежений у часі), а також того, що неукладений договір є лише констатацією відсутності договору – юридичного факту, до нього не може бути застосована позовна давність.

По-третє, визнання договору неукладеним не буде приводити до поновлення порушеного або невизнаного права, адже факт неукладення договору відповідно до чинного законодавства не зумовлює правових наслідків, за винятком зобов'язання у зв'язку з безпідставною передачею речі або майна за неукладеним договором.

Зауважимо, що, на нашу думку, звернутися із позовом про повернення безпідставно набутого майна, переданого «на виконання»

неукладеного договору, можуть як сторони такого договору, так і будь-які інші особи, які мають права або законні інтереси щодо переданого майна.

У цивілістичній літературі є дискусійним питання щодо запровадження доктрини *culpa in contrahendo* до вітчизняного законодавства.

У західноєвропейській правовій доктрині сформувалося два основних підходи до доктрини *culpa in contrahendo*: перший підхід характеризується тим, що переривання процесу укладення договору розглядається як зловживання правом, а відповідальність настає на підставі специфічного складу деліктного правопорушення. Елементами цього складу є: 1) факт введення особи в оману; 2) сприяння особи у помилці її контрагента стосовно відповідних прав та обов'язків. Другий підхід полягає у тому, що відповідальність ґрунтується на нормах не деліктної відповідальності, а договірної. Зазначене досягається тим, що суд, який розглядає справу: 1) встановлює бажання сторін вступити у договірні відносини; 2) усуває недоліки домовленості сторін; 3) застосовує заходи договірної відповідальності. Таким чином, другий підхід до зазначеної доктрини не є класичним і притаманний, здебільшого, англо-американській правовій сім'ї.

Норми доктрини *culpa in contrahendo* можуть поширюватися на правовідносини, що виникають у зв'язку із фактом неукладення договору.

На нашу думку, переддоговірна відповідальність за недобросовісне переривання переговорів за своєю правовою природою є не тільки деліктною відповідальністю, а й (на нашу думку, навіть більшою мірою) обмеженням суб'єктивного права на свободу у виборі контрагента та визначенні доцільності вступу у договірні відносини.

Як правопорушення недобросовісне переривання переговорів (ухилення від укладення договору) складається з таких елементів:

1) досягнення домовленості сторонами стосовно мінімальної кількісної та якісної характеристики предмета договору до моменту переривання процесу укладення договору недобросовісною стороною;

2) виникнення у потерпілого в результаті поведінки недобросовісної особи впевненості в тому, що договір буде укладено;

3) навмисне переривання процесу укладення договору та/або ухилення від його укладення недобросовісною особою, яка володіє інформацією про наявність реальних витрат на підготовку до укладення та виконання договору її потенційним контрагентом.

Суб'єктивна сторона зазначеного цивільного правопорушення характеризується тим, що недобросовісна особа знала або мала знати про те, що, до моменту переривання процесу укладення договору, її контрагент почав підготовку до виконання договору.

Відповідно до положень доктрини *culpa in contrahendo* її метою є відшкодування реальних збитків, заподіяних недобросовісною стороною, а тому обсяг відшкодування має бути достатнім для повернення добросовісної сторони в те становище, яке передувало початку підготовки до виконання договору, процес переговорів щодо укладення якого було перервано.

Крім того, в юридичній доктрині загальновизнаною є позиція, відповідно до положень якої правовим наслідком неукладеного договору є виникнення зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави. Проте з огляду на те, що неукладеному договору не надається самостійне значення (він не є юридичним фактом), а лише «правовим маркером» безпідставного збагачення, тобто позначає відсутність договору як підстави переходу майнових благ, то доцільно говорити про виникнення кондикційного зобов'язання у зв'язку із кваліфікацією договору неукладеним. Зазначене пояснюється тим, що кондикційне зобов'язання є результатом складного юридичного факту,

елементами якого є кваліфікація договору неукладеним та факт передачі речі або майна на його «виконання».

Кондикційне зобов'язання можна охарактеризувати як універсальний спосіб захисту цивільних прав та інтересів, що не передбачений у ст. 16 ЦК України. Його універсальність полягає у тому, що положення глави 83 «Набуття, збереження майна без достатньої правової підстави» ЦК України субсидіарно використовуються до вимог про: повернення виконаного за недійсним правочином; витребування майна власником із чужого незаконного володіння; повернення виконаного однією із сторін у зобов'язанні; відшкодування шкоди особою, яка незаконно набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи.

Тому доцільно класифікувати випадки застосування норм про набуття, збереження майна без достатньої правової підстави залежно від субсидіарного або прямого їх застосування. Так, застосування норм про безпідставне збагачення відображає субсидіарну сутність кондикційного зобов'язання, тобто випадки застосування кондикції додатково до інших вимог, а позов, що виникає з факту безпідставного збагачення, є вираженням прямого застосування норм глави 83 ЦК України, коли немає підстав для повернення безпідставно переданого майна за допомогою інших способів захисту цивільних прав.

Застосування кондикційного зобов'язання через кваліфікацію договору як неукладеного є позовом, що виникає з факту безпідставного збагачення.

Разом з тим із такої ознаки, як субсидіарність кондикційного зобов'язання (закріплена у ч. 3 ст. 1212 ЦК України), випливає, що у випадку конкуренції позовів, перевага надається спеціальній нормі. Чинний ЦК України передбачає, що повернення майна, переданого без належної правової підстави, може мати місце за допомогою не тільки кондикції, а також застосування правової конструкції віндикаційного позову (ст. 387 ЦК

України). Тому сферою застосування позову, що виникає з факту безпідставного збагачення, є випадки, коли не підлягає застосуванню ст. 387 ЦК України: 1) об'єктом, що був переданий на виконання неукладеного договору, є майно, наділене родовими ознаками; 2) передане майно втрачає індивідуальні ознаки (в т.ч. через знищення або пошкодження); 3) потерпіла особа не є власником майна (т.зв. кондикція володіння, адже застосування норми ст. 1212 ЦК України, на відміну від ст. 387 ЦК України, не передбачає тягаря доказування права власності на майно, а тільки факту його передачі без достатньої правової підстави).

ВИСНОВКИ

За результатами проведеного дослідження юридичної конструкції неукладеного договору можна дійти таких висновків:

1. У науці цивільного права не вироблено єдиного підходу до поняття категорії «цивільно-правовий договір». Українське цивільне право побудоване за «класичним» підходом до розуміння договору як домовленості, спрямованої на виникнення, зміну або припинення цивільних прав й обов'язків. Термін «договір» є багатозначним і використовується для позначення низки юридичних явищ, зокрема, і юридичного факту (точніше – одного із видів юридичних фактів). Цивільно-правовий договір, як і будь-який інший юридичний факт, є матеріально-ідеальним юридичним явищем. З одного боку, юридичний факт – це явище або процес об'єктивної дійсності, яке відбувається у просторі і часі, а з другого – це ідеальне явище, суттєві ознаки якого закріплюються у конкретних нормах права, формуючи зміст їх гіпотез. Сукупність характерних ознак, необхідних для виникнення певної правової конструкції як юридичного факту, в юридичній літературі, отримала назву склад юридичного факту. Специфікою договору як юридичного факту є те, що формування складу юридичного факту договору відбувається шляхом «накопичення» його елементів відповідно до процедури, визначеної імперативними правилами глави 53 «Укладення, зміна і розірвання договору» і деякими іншими нормами (зокрема, ч. 1 ст. 626, ч. 1 ст. 210) ЦК України. Відсутність юридичних наслідків договору через призму конструкції складу юридичного факту пояснюється дефектами (в широкому розумінні) його елементів. Залежно від характеру недоліків складу юридичного факту договору відсутність юридичних наслідків останнього пояснюється: недійсністю правочину – у випадку наявності

недоліків елементів складу (дефектний договір); кваліфікацією договору як неукладеного – у випадку відсутності елементів складу юридичного факту.

2. Домовленість, яка складає зміст цивільно-правового договору, як писав Р. Потьє, аналітично може бути розкладена на акцепт і оферту. Тобто з точки зору права не будь-яка домовленість, досягнута між сторонами, може бути визнана договором, а лише та, що виникає внаслідок прийняття пропозиції укласти договір (акцепту оферти) із дотриманням процедури укладення договору. Таким чином, укладення договору є виключною дискрецією його сторін. Тому на факт укладення договору не впливають такі фактори: 1) форма договору (окрім винятку, закріпленого у ч. 2 ст. 642 ЦК України); 2) нотаріальне посвідчення; 3) проведення державної реєстрації договору; 4) факт передачі речі або майна (вчинення певної дії) у реальних договорах. Зазначені обставини (за винятком форми договору) впливають не на факт його укладення, а на вступ у силу (набуття чинності) договору. З огляду на зазначене, цивільно-правовий договір необхідно відрізняти від юридичної конструкції фактичного договору як домовленості сторін, спрямованої на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, що не забезпечується державним примусом (а отже, і не є юридичним фактом) через відсутність необхідних елементів складу юридичного факту цивільно-правового договору, з якими закон пов'язує момент укладення договору: проведення державної реєстрації, вчинення нотаріального посвідчення, акту передачі майна (вчинення дії) у реальних договорах. Фактичний договір є цивільно-правовою аномалією, що виникла через невідповідність правового регулювання правовій природі вищезазначених факторів. Фактичний договір, «укладений» без погодження всіх його істотних умов, входить до змісту поняття неукладеного договору.

3. Неукладений договір за правовою природою є правовим актом. Укладення договору, маючи процедурний характер, потребує певної форми закріплення «проміжних» результатів виконання цієї процедури. Такою

формою для цивільно-правових договорів є правовий акт – юридична конструкція, за допомогою якої фіксуються елементи складу юридичного факту цивільно-правового договору, створюючи передумови для виникнення, зміни або припинення зобов'язального (договірної) правовідношення. У зв'язку з тим, що чинне законодавство як юридичний факт визначає лише правочин (договір), то правові акти не є юридичними фактами (за винятком факту передачі речі або майна). Через те, що процедура укладення договору визначена імперативними нормами, є можливим визначення вичерпного переліку форм правових актів, які мають місце в процесі укладення договору: (неакцептована) оферта, фактичний договір, факт передачі речі або майна (яке відбувається не на виконання укладеного договору або оферти), а також будь-які інші форми виразу правосуб'єктності, які містять договірні умови (наприклад, у випадку звернення одного із контрагентів із пропозицією укласти договір, яка не містить всіх істотних умов договору). Перелік підстав для кваліфікації договору як неукладеного є вичерпним: відсутність акцепту оферти (в тому числі неакцептована відповідь про згоду укласти договір на інших умовах); недосягнення сторонами домовленості стосовно всіх істотних умов; порушення процедури прийняття пропозиції на укладення договору, яка охоплює такі випадки: оферта не охоплює всі істотні умови договору або не виражає намір особи, яка її зробила, вважати себе зобов'язаною у разі її прийняття; оферент відкликав пропозицію укласти договір до моменту або в момент її отримання адресатом; акцепт оферти надійшов після спливу строку на відповідь; акцептант відкликав прийняття пропозиції укласти договір до моменту або в момент одержання оферентом такої відповіді (акцепту); вчинення дій на виконання договору (конклюдентних дій) в тих випадках, коли зі змісту оферти або закону випливає, що такі дії не є акцептом.

4. Недійсний та укладений договори є різнорівневими правовими явищами. Так, якщо перший виникає через дію норм об'єктивного права (норми інституту недійсності правочину), то другий є наслідком об'єктивної неможливості реалізації правових норм договірного права через відсутність підстав (елементів гіпотези правової норми) її застосування. Іншими словами кваліфікація дійсності/недійсності може бути проведена тільки після встановлення укладеності/неукладеності правочину (договору), як передумови здійснення такої кваліфікації. Альтернативно зауважимо, що недійсність цивільно-правового договору за своїм змістом є наслідком виходу за межі здійснення суб'єктивного цивільного права, передбаченого статтею 627 ЦК України, а не є санкцією за порушення загальних вимог, додержання яких є необхідним для чинності правочину. Факт виходу за межі здійснення суб'єктивного цивільного права, передбаченого ст. 627 ЦК України, зумовлює настання несприятливих юридичних наслідків, які аналітично можуть бути розкладені на: 1) припинення первісного договірного правовідношення; 2) виникнення сукупності нових зобов'язань, визначених ч.ч. 1, 2 ст. 216 ЦК України. Таким чином, укладений договір не може бути визнаний недійсним, адже він не є правочином (недійсність складає предикат правочину), і недійсність не впливає на сформованість складу юридичного факту – виключно на правові наслідки правочину.

5. Аналіз ознак та правової природи укладеного договору дає підстави для визначення переліку загальних загальні наслідків, пов'язаних із кваліфікацією договору як укладеного: 1) сторони укладеного договору позбавлені можливості посилалися на укладений договір як на підставу виникнення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків (в т.ч. посилалися на ціну договору при вирішенні питання про компенсацію речі або майна, переданого «на виконання» укладеного договору); 2) сторону укладеного договору не можна зобов'язати виконати свій обов'язок в натурі; 3) до сторони укладеного договору не можуть бути застосовані

будь-які заходи договірної відповідальності та/або заходи забезпечення виконання зобов'язання; 4) кваліфікація договору як неукладеного призводить до неможливості його визнання недійсним, при одночасній наявності відповідних підстав; 5) у неукладений договір не можуть бути внесені зміни (в т.ч. на підставі рішення суду), 6) неукладений договір не може бути розірваний (в т.ч. на підставі рішення суду); 7) неукладений договір не є правовою підставою для відшкодувати збитків (майнової шкоди) та моральної шкоди, що виникла у зв'язку із кваліфікацією вказаної правової конструкції; 8) неукладений договір не є підставою для переходу права власності на майно, що було передане на його «виконання». Кваліфікація договору як неукладеного, за своїм змістом, є констатацією негативного факту відсутності цивільно-правового договору (відсутності договору як юридичного факту), яка: 1) не може перебувати в залежності від впливу будь-якого строку; 2) не може захистити оспорювані, порушені або невизнані цивільні права та обов'язки, адже не тягне настання будь-яких правових наслідків (такі наслідки можливі лише у поєднанні із фактом передачі речі або майна). Таким чином, визнання договору неукладеним не може бути самотійним способом захисту цивільних прав та обов'язків. Юридична конструкція неукладеного договору у поєднанні із фактом передачі речі або майна призводить до юридичних наслідків у формі кондикційного (зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави) зобов'язання. Разом з тим, за своєю правовою природою кондикційне зобов'язання характеризується субсидіарністю по відношенню до інших способів захисту, а тому необхідно розрізняти застосування норм про безпідставне збагачення (застосування норм про безпідставне збагачення субсидіарно до інших способів захисту) і позов, що виникає з факту безпідставного збагачення (повернення речі або майна, або відшкодування вартості такого майна, якщо повернення в натурі є не можливим). Кондикційне зобов'язання, яке виникає внаслідок кваліфікації договору як

неукладеного у поєднанні із передачею речі або майна на його «виконання», є різновидом позову, що виникає з факту безпідставного збагачення. Субсидіарна природа кондикційного зобов'язання знаходить свій прояв у конкуренції із іншими способами захисту цивільних прав та інтересів (у широкому розумінні), зокрема із віндикацією. Тобто, кондикційне зобов'язання (зокрема, вимога про повернення майна в натурі) має місце лише в тих випадках, коли відсутні правові підстави для звернення із віндикаційним позовом. Аналіз чинного законодавства дає підстави для висновку, що позов, що випливає з факту безпідставного збагачення (вимога про повернення майна в натурі) може бути заявлений у таких випадках: 1) річ або майна не наділено індивідуально-визначеними ознаками; 2) передане майно втрачає індивідуальні ознаки (в т.ч. через знищення або пошкодження); 3) потерпіла особа не є власником майна (т.зв. кондикція володіння, яка виникає внаслідок того, що положення норм про набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, на відміну від ст. 387 ЦК України, не передбачають тягара доказування права власності на майно, а тільки факту його передачі без достатньої правової підстави). У зв'язку з цим, вважаємо за доцільне ініціювати питання про внесення доповнень до постанови Пленуму Верховного суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 р. №9 та постанови Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013р. № 11 щодо визначення віндикації як одного із правових наслідків, пов'язаних із кваліфікацією договору як неукладеного.

6. Чинне українське законодавство не передбачає стягнення збитків у зв'язку із кваліфікацією договору як неукладеного. З метою забезпечення стабільності цивільного обороту є доцільним впровадження переддоговірної відповідальності за недобросовісне переривання переговорів (доктрина *culpa in contrahendo*). За своєю правовою природою така відповідальність є не

тільки деліктною, а й (навіть більшою мірою) обмеженням суб'єктивного права на свободу у визначенні доцільності вступу у договірні відносини. В українське цивільне законодавство має бути імplementовано доктрину *culpa in contrahendo* у формі складу цивільного правопорушення (делікту), який змістовно закріплює відповідальність недобросовісної особи за факт заподіяння збитків добросовісній особі шляхом введення її в оману стосовно беззаперечності (неминучості) факту укладення договору в майбутньому.

7. За результатами проведення дисертаційного дослідження сформульовано пропозиції з удосконалення чинного цивільного законодавства України стосовно регулювання правовідносин, пов'язаних із кваліфікацією договору як неукладеного:

- обґрунтовано необхідність викладення у новій редакції частини 1 статті 210 Цивільного кодексу України такого змісту: «Правочин підлягає державній реєстрації лише у випадках, встановлених законом. Такий правочин набуває чинності з моменту його державної реєстрації»;

- запропоновано чинне законодавство доповнити правилом, яким встановити обов'язок особи, що має здійснити передачу речі, майна (або вчинити дію), не допускати здійснення дій, що можуть призвести до неможливості передачі речі, майна (або вчинення дії) у реальних договорах в майбутньому;

- запропоновано доповнити Цивільний кодекс України статтею 626-1 «Неукладений договір» такого змісту:

«1. Договір не вважається укладеним (неукладений договір), якщо сторони порушили норми статей 641-646 цього Кодексу, які визначають порядок його укладення.

2. Факт неукладення договору не залежить від його встановлення судом.

3. Договір може бути кваліфікований як неукладений тільки до моменту його повного виконання.

4. Часткове виконання договору є прийняттям пропозиції укласти договір на інших умовах у порядку статті 646 цього Кодексу.»;

- обґрунтовано необхідність доповнити статтю 627 ЦК України новою частиною другою, яку викласти в такій редакції:

«Переривання процесу укладення або ухилення від укладення договору може бути підставою для покладення на винну особу обов'язку із відшкодування збитків, отриманих під час підготовки до виконання договору, щодо укладення якого велися переговори, якщо характер переговорів або дій винної особи свідчив про:

- 1) досягнення попередньої домовленості щодо укладення договору в майбутньому;
- 2) погодження мінімального обсягу грошових коштів, товарів, робіт або послуг, які мали були передані на користь винної особи;
- 3) винна особа знала, що до моменту переривання процесу укладення договору або ухилення від його укладення в результаті проведення попередніх переговорів потерпілий розпочав підготовку до виконання договору.

Розмір збитків встановлюється судом з урахуванням вини недобросовісної особи, а також характеру майнових і немайнових благ, що були набуті потерпілим для підготовки до виконання договору.».

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

Нормативно-правові акти:

1. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. № 436-IV // *Голос України*. – 2003. – № 49.
2. Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р. № 798-XII // *Відомості Верховної Ради України*. – 1992. – № 6. – Ст. 56.
3. Гражданский кодекс Российской Советской Федеративной Социалистической Республики от 11 июня 1964 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.dallakian.narod.ru/kodeks/gkrsfsr/index.doc.
4. Гражданский кодекс Российской Советской Федеративной Социалистической Республики от 31 октября 1922 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.twirpx.com/file/672575/>.
5. Закон України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 1 липня 2004 р. № 1952-IV // *Офіційний вісник України*. – 2004. – № 30. – Ст. 140.
6. Закон України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 р. № 1023-XII // *Відомості Верховної Ради УРСР*. – 1991. – № 30. – Ст. 379.
7. Закон України «Про нотаріат» від 2 вересня 1993 р. № 3425-XII // *Відомості Верховної Ради України*. – 1993. – № 39. – Ст. 383.
8. Закон України «Про оренду землі» від 6 жовтня 1998 р. № 161-XIV // *Офіційний вісник України*. – 1998. – № 42. – С. 1.
9. Закон України «Про туризм» від 18 листопада 2003 р. № 1282-IV // *Відомості Верховної Ради України*. – 1995. – № 31. – Ст. 241.
10. Закон України «Про фінансовий лізинг» від 16 грудня 1997 р. № 723/97-ВР // *Офіційний вісник України*. – 1998. – № 1. – С. 34.
11. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // *Відомості Верховної Ради України*. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

12. Наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» від 22 лютого 2012 р. № 296/5 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 17. – С. 66.
13. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 1 січня 2005 р. № 668 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 31. – Т. 2. – С. 364.
14. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 17 жовтня 2013 р. № 868 // Офіційний вісник України. – 2013. – № 96. – С. 61.
15. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визнання договору неукладеним» від 17 квітня 2015 р. № 2656 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54814.
16. Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-ukranian.pdf>.
17. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визнання договору неукладеним» від 17 квітня 2015 р. № 2656 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54814.
18. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40. – Ст. 356.
19. Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 р. № 1540-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу :

<http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1540-06/conv/print1390227227361768>.

20. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV // Офіційний вісник України. – 2004. – № 16. – Ст. 1088.
21. Угода про загальні умови поставок товарів між організаціями держав – учасниць Співдружності Незалежних Держав від 20 березня 1992 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/997_075.
22. Указ Президента України «Про заходи щодо нормалізації платіжної дисципліни в народному господарстві України» від 27 січня 1999 р. № 277/95 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/227/95/conv>.

Судова практика:

23. Інформаційний лист Вищого арбітражного суду України «Про деякі приписи законодавства, яке регулює питання, пов'язані із здійсненням права власності та його захистом» від 31 січня 2001 р. № 01-8/98 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v8_98800-01/conv/print1383489278948459.
24. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Степаненка Андрія Миколайовича щодо офіційного тлумачення положень пунктів 22, 23 статті 1, статті 11, частини восьмої статті 18, частини третьої статті 22 Закону України «Про захист прав споживачів» у взаємозв'язку з положеннями частини четвертої статті 42 Конституції України (справа про захист прав споживачів кредитних послуг) від 10 листопада 2011 р. № 15-рп/2011 // Вісник Конституційного Суду України. – 2012. – № 1. – С. 23.
25. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України про офіційне тлумачення

- положень частин першої, другої статті 126 Конституції України та частини другої статті 13 Закону України «Про статус суддів» (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу) від 1 грудня 2004 р. № 19-рп/2004 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 49. – Ст. 3220.
26. Постанова Верховного Суду України від 10 жовтня 2012 р. у справі № 6-108цс12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/26497390>.
27. Постанова Верховного Суду України від 12 червня 2013 р. у справі № 6-32цс13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.scourt.gov.ua/clients/vs.../6-32цс13.doc.
28. Постанова Верховного Суду України від 14 січня 2014 р. у справі № 21-429а13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37520374>.
29. Постанова Верховного Суду України від 18 квітня 2011 р. у справі № 3-28гс1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/15968258>.
30. Постанова Верховного Суду України від 19 лютого 2014 р. у справі № 6-162ц13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/37520393>.
31. Постанова Верховного Суду України від 25 червня 2011 р. у справі № 3-58гс11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/17316908>.
32. Постанова Верховного Суду України від 29 квітня 2014 р. у справі № 3-11гс14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38825239>.
33. Постанова Вищого господарського суду України від 14 липня 2015 р. № 910/25766/13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47170606>.

34. Постанова Вищого господарського суду України від 18 серпня 2015 р. № 910/26401/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48820784>.
35. Постанова Вищого господарського суду України від 22 липня 2015 р. № 916/577/15-г [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/47447153>.
36. Постанова Вищого господарського суду України від 23 червня 2015 р. у справі № 927/50/15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/45529180>.
37. Постанова Вищого господарського суду України від 26 вересня 2012 р. у справі № 3/258 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/26180417>.
38. Постанова Вищого господарського суду України від 26 травня 2015 р. у справі № 904/5871/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/44443744>.
39. Постанова Вищого господарського суду України від 27 листопада 2014 р. у справі № 4/3-пд-11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41601015>.
40. Постанова Вищого господарського суду України від 28 лютого 2013 р. у справі № 32/177 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29648926>.
41. Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 6 листопада 2009 р. № 9 // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 1. – С. 22.
42. Постанова Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29 травня 2013р. № 11 // Вісник господарського судочинства. – 2013. – № 4. – С. 22.

43. Рішення Верховного Суду України від 10 листопада 2010 р. у справі № 6-4557св09 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12301689>.
44. Рішення Верховного Суду України від 6 червня 2012 р. у справі № 6-49цс12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.scourt.gov.ua/clients/vs.../6-49цс12.doc.
45. Узагальнення Верховного Суду України «Практика розгляду судами цивільних справ про визнання правочинів недійсними» від 24 листопада 2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://zakon.nau.ua/doc/?uid=1077.2176.0>.
46. Ухвала Верховного Суду України від 15 грудня 2010 р. у справі № 6-11792св09 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/133682194>.
47. Ухвала Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 вересня 2013 р. у справі № 6-23389св13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33667075>.
48. Ухвала Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16 жовтня 2013 р. у справі № 6-14792св13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/34330146>.
49. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21 серпня 2013 р. у справі № 6-24974св13 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33134861>.
50. Ухвала Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 21 січня 2015 р. у справі № 6-38489св14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42478231>.

Спеціальна література:

51. Абова Т. Е. Охрана хозяйственных прав предприятий / Т. Е. Абова. – М. : Юридическая литература, 1975. – 216 с.
52. Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. / М. М. Агарков. – М. : Центр ЮрИнфоР, 2002. – Т. 2. – 490 с.
53. Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков // Советское государство и право. – 1946. – № 3/4. – С. 41–55.
54. Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе / Н. Г. Александров. – М. : Госюриздат, 1955. – 176 с.
55. Александров Н. Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений / Н. Г. Александров // Ученые записки ВИЮН. – 1946. – Вып. VI. – С. 60–83.
56. Алексашина Ю. Б. Договір в приватному праві як регулятор суспільних правовідносин : дис. ... канд. юрид. наук / Ю. Б. Алексашина. – К. : [б. в.], 2012. – 205 с.
57. Алексеев С. С. О составе гражданского правонарушения / С. С. Алексеев // Правоведение. – 1958. – № 1. – С. 47–53.
58. Алексеев С. С. Односторонние сделки в механизме гражданско-правового регулирования / С. С. Алексеев // Теоретические проблемы гражданского права. – 1970. – Вып. 13. – С. 46–63.
59. Алексєєв І. С. Поняття та функції цивільно-правового договору / І. С. Алексєєв // Форум права. – 2010. – № 2. – С. 7–10.
60. Анненков К. Система русского гражданского права : в 6 т. / К. Анненков. – Т. I : Введение и Общая часть. – 3-е изд. – СПб. : [б. и.], 1910. – 601 с.
61. Аномалії в цивільному праві України : навч.-практ. посіб. – 2-ге вид., перероб. та доп. / за заг. ред. Р. А. Майданика. – К. : Юстініан, 2010. – 1007 с.

62. Асташкина Е. Ю. Гражданско-правовые способы защиты прав акционеров в России : дис. ... канд. юрид. наук / Е. Ю. Асташкина. – Ставрополь : [б. и.], 2003. – 190 с.
63. Бекленищева И. В. Понятие гражданско-правового договора (сравнительно-правовое исследование) : дис. ... канд. юрид. наук / И. В. Бекленищева. – Екатеринбург : [б. и.], 2004. – 192 с.
64. Беяневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) / О. А. Беяневич. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 592 с.
65. Беяневич О. А. Господарський договір та способи його укладення / О. А. Беяневич. – К. : Наукова думка, 2002. – 278 с.
66. Бервено С. М. Проблеми договірного права України : монографія / С. М. Барвено. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – 392 с.
67. Берестова І. Е. Зобов'язання з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / І. Е. Берестова. – К. : [б. в.], 2004. – 202 с.
68. Бобко Т. В. Зміст і форма правочину в цивільному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Т. В. Бобко. – Х. : [б. в.], 2011. – 24 с.
69. Боднар Т. В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Т. В. Боднар. – К. : [б. в.], 2005. – 36 с.
70. Бородовський С. О. Поняття договору в цивільному праві України / С. О. Бородовський // Актуальні проблеми цивільного та господарського права. – 2007. – № 2–3. – С. 5–9.
71. Брагинский М. И. Договорное право : в 5 кн. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – Кн. I : Общие положения. – 4-е изд. – М. : Статут, 2001. – 848 с.
72. Былков В. В. Проблемы правоотношений, возникающих в следствие неосновательного обогащения : дис. ... канд. юрид. наук / В. В. Былков. – Ростов н/Д. : [б. и.], 2004. – 211 с.

73. Васильєва В. В. Договір як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / В. В. Васильєва. – К. : [б. в.], 2013. – 18 с.
74. Васьковский Е. В. Учебник гражданского права / Е. В. Васьковский. – 2-е изд. – М. : Статут, 2003. – 382 с.
75. Витрянский В. В. Существенные условия договора в отечественной цивилистике и правоприменительной практике / В. В. Витрянский // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2002. – № 5. [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://www.szrf.ru/doc.phtml?nb=edition07&issid=2002005000&docid=41>.
76. Витрянский В. В. Существенные условия договора в отечественной цивилистике и правоприменительной практике / В. В. Витрянский // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2002. – № 7. – [Электронный ресурс] – режим доступа: <http://www.szrf.ru/doc.phtml?nb=edition07&issid=2002007000&docid=39>.
77. Гавзе Ф. И. Обязательственное право (общие положения) / Ф. И. Гавзе. – Минск : Из-во БГУ им. В. И. Ленина, 1968. – 126 с.
78. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Ю. С. Гамбаров ; под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. – М. : Зерцало, 2003. – 856 с.
79. Германское право. Часть I. Гражданское уложение / пер. с нем. А. А. Лизунова, Н. Б. Шеленковой, Н. Г. Елисее ; науч. ред. В. В. Залесский. — М. : Международный центр финансово-экономического развития, 1996. – 552 с. – (Серия: Современное зарубежное и международное частное право).
80. Гнищевич К. В. Преддоговорная ответственность в гражданском праве (*culpa in contrahendo*) : дис. ... канд. юрид. наук / К. В. Гнищевич. – СПб. : [б. и.], 2009. – 209 с.
81. Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Е. Годэмэ ; пер. с фр. И. Б. Новицкого. – М. : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 511.

82. Гонгало Б. Відоме про договір / Б. Гонгало, П. Крашенінніков // Право України. – 2012. – № 9. – С. 66–77.
83. Гражданское право : в 4 т. – Т. 1 : Общая часть / В. С. Ем и др. ; отв. ред. Е. А. Суханов. – 3-е изд., перераб. и доп. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – 669 с.
84. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав / В. П. Грибанов. – 2-е изд., стереотип. – М. : Статут, 2001. – 411 с.
85. Груздев В. Состав и существо договорных обязательств сторон / В. Груздев // Хозяйство и право. – 1999. – № 7. – С. 89–94.
86. Гутников О. В. Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика оспаривания / О. В. Гутников. – М. : Бератор-Пресс, 2003. – 576 с.
87. Дамбаров С. Д. Основания возникновения и объекты кондикционных обязательств : дис. ... канд. юрид. наук / С. Д. Дамбаров. – М. : [б. и.], 2007. – 197 с.
88. Драчев Е. В. Теоретические и практические проблемы заключения гражданско-правового договора по законодательству Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Е. В. Драчев. – М. : [б. и.], 2006. – 21 с.
89. Денисов С. А. Заключение договора по гражданскому праву Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С. А. Денисов. – М. : [б. и.], 1999. – 25 с.
90. Дернбург Г. Пандекты : в 3 т. – Т. 2 : Обязательственное право. – 2-е изд. / Г. Дернбург ; пер. под рук. и ред. П. Соколовского. – М. : Универ. тип., 1911. – 412 с.
91. Дигесты Юстиниана: Избранные фрагменты / пер. и примеч. И. С. Перетерского ; отв. ред. Е. А. Скрипилев. – М. : Наука, 1984. – 456 с.

92. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін. ; за ред. О. В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.
93. Дождев Д. В. Римское частное право : учебник для вузов / Д. В. Дождев ; под ред. В. С. Нерсисянца. – М. : Издательская группа ИНФРА-М – НОРМА, 1996. – 704 с.
94. Дювернуа Н. Л. Чтения по гражданскому праву / Н. Л. Дювернуа. – Т. I : Введение и общая часть. – Вып 3. Изменение юридических отношений; Учение о юридической сделке. – 4-е изд. – СПб. : [б. и.], 1905. – 936 с.
95. Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. – Т. 1. – Полутом 2 : Введение и общая часть / Л. Эннексерус, Т. Кипп, М. Вольф ; под ред. и с предисл. Д. М. Генкина, И. Б. Новицкого ; пер. с нем. И. Б. Новицкого и др. – М. : Издательство иностранной литературы, 1950. – 436 с.
96. Иванов В. В. Общие вопросы теории договора / В. В. Иванов. – М. : Эдиториал УРСС, 2000. – 160 с.
97. Иоффе О. С. Избранные труды : в 4 т. / О. С. Иоффе. – Т. II : Советское гражданское право. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. – 511 с.
98. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М. : Юридическая литература, 1975. – 880 с.
99. Исаков В. Б. Юридические факты в советском праве / В. Б. Исаков. – М. : Юридическая литература, 1984. – 144 с.
100. Егоров Ю. П. Правовой режим сделок как средств индивидуального гражданско-правового регулирования : дис. ... д-ра юрид. наук / Ю. П. Егоров. – Екатеринбург : [б. и.], 2004. – 475 с.
101. Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования : дис. ... д-ра юрид. наук / М. Ф. Казанцев. – Екатеринбург : [б. и.], 2008. – 333 с.

102. Категории науки гражданского права. Избранные труды : в 2 т. – Т. 2 / О. А. Красавчиков ; науч. ред. В. С. Ем. – М. : Статут, 2006. – 494 с.
103. Кияшко В. А. Теоретические проблемы и последствия несостоявшихся сделок : дис. ... канд. юрид. наук / В. А. Кияшко. – Краснодар : [б. и.], 2005. – 177 с.
104. Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве / О. А. Красавчиков. – М. : Госюриздат, 1958. – 182 с.
105. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части первой (постатейный). – 3-е изд., испр., доп. и перераб. с использованием судебно-арбитражной практики / рук. авт. кол. и отв. ред. О. Н. Садиков. – М. : Юридическая фирма «Контракт» ; ИНФРА-М, 1997. – 800 с.
106. Корецкий А. Д. Договор в механизме правового регулирования : дис. ... канд. юрид. наук / А. Д. Корецкий. – Р н/Д. : [б. и.], 1999. – 207 с.
107. Коструба А. В. Юридичні факти в механізмі припинення цивільних майнових відносин : дис. ... докт. юрид. наук / А. В. Коструба. – Київ : [б. и.], 2015. – 440 с. – [Електронний ресурс] – режим доступу:
<http://ndippp.gov.ua/content/%D0%BE%D0%BF%D1%83%D0%B1%D0%BB%D1%96%D0%BA%D1%83%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%BD%D1%8F-%D0%B4%D0%B8%D1%81%D0%B5%D1%80%D1%82%D0%B0%D1%86%D1%96%D0%B9>
108. Кот А. А. Институт признания сделки недействительной и его место в системе способов защиты гражданских прав / А. А. Кот // Альманах цивилистики : сб. ст. – Вып. 4 / под ред. Р. А. Майданика. – К. : Алерта ; ЦУЛ, 2011. – С. 149–162.

109. Кот А. А. Природа недействительных сделок / А. А. Кот // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика : сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. М. А. Рожкова. – М. : Статут, 2006. – С. 95–116.
110. Кохановская Е. В. Гражданско-правовые проблемы представления покупателю информации о товаре, который предлагается для продажи / Е. В. Кохановская // Альманах цивилистики : сб. ст. – Вып. 4 / под ред. Р. А. Майданика. – К. : Алерта, 2012. – С. 312–320.
111. Кузнецова Н. С. Гражданское законодательство Украины: проблемы совершенствования / Н. С. Кузнецова // Основные проблемы частного права : сб. ст. к юбилею д-ра юрид. наук, проф. Александра Львовича Маковского / отв. ред. В. В. Витрянский и Е. А. Суханов. – М. : Статут, 2010. – С. 409–425.
112. Кузнецова Н. С. Недействительность сделок (к вопросу об антисоциальных сделках и последствиях их совершения) / Н. С. Кузнецова // Альманах цивилистики : сб. ст. – Вып. 4 / под ред. Р. А. Майданика. – К. : Алерта ; ЦУЛ, 2011. – С. 53–67.
113. Кушхов Р. А. Соотношение требований из неосновательного обогащения с другими гражданско-правовыми требованиями о возврате имущества (теория и практика) : дис. ... канд. юрид. наук / Р. А. Кушхов. – М. : [б. и.], 2006. – 182 с.
114. Лейст О. Э. Санкции в советском праве / О. Э. Лейст. – М. : Госюриздат, 1962. – 238 с.
115. Майданик Н. И. Преддоговорная ответственность в гражданском праве Украины / Н. И. Майданик // Альманах цивилистики : сб. ст. – Вып. 1 / под ред. Р. А. Майданика. – К. : Всеукраинская ассоциация издателей «Правова єдність», 2008. – С. 93–117.

116. Майданик Н. И. Рисковые (алеаторные) сделки: эволюция и сравнительно-правовая характеристика в зарубежных правовых системах / Н. И. Майданик // Альманах цивилистики : сб. ст. – Вып. 5 / под ред. Р. А. Майданика. – К. : Алерта, 2012. – С. 402–421.
117. Майданик Р. А. Квалификация способов защиты гражданских прав и интересов / Р. А. Майданик // Альманах цивилистики : сб. ст. – Вып. 4 / под ред. Р. А. Майданика. – К. : Алерта ; ЦУЛ, 2011. – С. 107–147.
118. Маковский А. Л. О кодификации гражданского права (1922–2006) / А. Л. Маковский. – М. : Статут, 2010. – 736 с.
119. Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права : учебник / М. Н. Марченко. – М. : Юрист, 2001. – 656 с.
120. Мейер Д. И. Русское гражданское право / Д. И. Мейер. – М. : Статут, 2003. – 831 с.
121. Минникес И. А. Индивидуальное правовое регулирование (теоретико-правовой анализ) : дис. ... д-ра юрид. наук / И. А. Минникес. – Екатеринбург : [б. и.], 2009. – 312 с.
122. Муругина В. В. Дефектность юридических фактов как негативная черта правовой системы : дис. ... канд. юрид. наук / В. В. Муругина. – Саратов : [б. и.], 2010. – 208 с.
123. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О. В. Дзери (пер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – 2-ге вид., перероб. і доп. – К. : Юрінком Інтер, 2006–2006. – Т. 2. – 2006. – 1088 с.
124. Нижний А. В. Форма цивільно-правового договору та наслідки її недотримання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. В. Нижний. – К. : [б. в.], 2011. – 23 с.
125. Новак Д. В. Неосновательное обогащение в гражданском праве / Д. В. Новак. – М. : Статут, 2010. – 416 с.

126. Новицкий И. Б. Недействительные сделки / И. Б. Новицкий // Вопросы советского гражданского права : сб. ст. – М. : Изд-во АН СССР, 1945. – С. 31–73.
127. Новицкий И. Б. Общее учение об обязательстве / И. Б. Новицкий, Л. А. Лунц. – М. : Юридическая литература, 1950. – 412 с.
128. Новицкий И. Б. Сделки. Исковая давность / И. Б. Новицкий. – М. : Госюриздат, 1954. – 245 с.
129. Новоселова Л. А. Заключен ли договор? / Л. А. Новоселова // Хозяйство и право. – 1994. – № 9. – С. 101–109.
130. Обыденнов А. Н. Предмет и объект как существенные условия гражданско-правового договора / А. Н. Обыденнов // Журнал российского права. – 2003. – № 8. – С. 61–67 [Электронный ресурс] – режим доступа : http://www.juristlib.ru/book_3275.html.
131. Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система : автореф. дис ... канд. юрид. наук / В. Г. Олюха. – К. : [б. в.], 2003. – 20 с.
132. Отрадна О. А. Принципы справедливости, разумности, добросовестности в недоговорных обязательствах, возникающих из нанесения вреда, в гражданском праве Украины / О. А. Отрадна // Альманах цивилистики : сб. ст. – Вып. 2 / под ред. Р. А. Майданика. – К. : Алерта ; КНТ ; Центр учебной литературы, 2009. – С. 371–383.
133. Павленко Д. Г. Принцип добросовісності в договірних зобов'язаннях : дис. ... канд. юрид. наук / Д. Г. Павленко. – К. : [б. в.], 2008. – 192 с.
134. Параскевова Д. В. Признание сделки недействительной и (или) применение последствий недействительности сделки как способы защиты гражданских прав : дис. ... канд. юрид. наук / Д. В. Параскевова. – Краснодар : [б. и.], 2010. – 244 с.

135. Підпригора О. А. Цивільне право : підруч. для студ. юрид. вузів та ф-тів / О. А. Підпригора. — К. : Вентурі, 1997. — 480 с.
136. Подоляк С. А. Правові підстави та наслідки визнання господарських договорів недійсними та неукладеними в Україні : дис. ... канд. юрид. наук / С. А. Подоляк. — К. : [б. в.], 2010. — 215 с.
137. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія / С. О. Погрібний. — К. : Правова єдність, 2009. — 304 с.
138. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. — М. : Статут, 1998. — 354 с.
139. Полонова Л. Б. О последствиях несоблюдения формы и требований о государственной регистрации сделок по отчуждению жилых помещений / Л. Б. Полонова // Право и законность. — Вып. 2 / под ред. И. Э. Звечаровского, А. И. Хаснутдинова. — Иркутск, 2001. — С. 25–33.
140. Приватноправові механізми здійснення та захисту суб'єктивних прав фізичних та юридичних осіб : кол. моногр. / В. Л. Яроцький, В. І. Борисова, І. В. Спасибо-Фатєєва, І. В. Жилінкова та ін. ; за наук. ред. В. Л. Яроцького. — Х. : Юрайт, 2013. — 272 с.
141. Притика Ю. Д. Поняття і диференціація способів захисту цивільних прав та інтересів / Ю. Д. Притика // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. — № 60–62. — Серія: Юридичні науки. — С. 16–19.
142. Пугинский Б. И. Гражданско-правовой договор // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. — 2002. — № 2. — С. 38 – 57
143. Рабинович Н. В. Недействительность сделок и ее последствия / Н. В. Рабинович. — Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та, 1960. — 171 с.

144. Родионова О. М. Механизм гражданско-правового регулирования в контексте современного частного права / О. М. Родионова. – М. : Статут, 2013. – 336 с.
145. Рожкова М. А. Юридические факты в гражданском праве / М. А. Рожкова // Приложение к ежемесячному журналу «Хозяйство и право». – 2006. – № 7. – 80 с.
146. Рясенцев В. А. Вопросы недействительности сделок в судебной практике / В. А. Рясенцев // Социалистическая законность. – 1950. – № 8. – С. 27–37.
147. Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк / Р. Саватье. – М. : Прогресс, 1972. – 440 с.
148. Савин А. А. Последствия договоров, считающихся незаключенными по российскому гражданскому праву : дис. ... канд. юрид. наук / А. А. Савин. – М. : [б. и.], 2010. – 144 с.
149. Садиков О. Н. Недействительные и несостоявшиеся сделки / О. Н. Садиков // Юридический мир. – 2000. – № 8. – С. 7–11.
150. Синюков В. Н. О понятии юридического факта в общей теории права / В. Н. Синюков // Вопросы теории государства и права. – 1986. – Вып. 7. – С. 107–121.
151. Синюков В. Н. Юридические факты в системе общественных отношений : дис. ... канд. юрид. наук / В. Н. Синюков. – Свердловск : [б. и.], 1984. – 192 с.
152. Словник української мови : в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства ; за ред. І. К. Білодіда. – Т. 1. – К. : Наукова думка, 1970. – 799 с.
153. Словник української мови : в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства ; за ред. І. К. Білодіда. – Т. 2. – К. : Наукова думка, 1971. – 552 с.

154. Советское гражданское право : в 2 т. / отв. ред. В. А. Рясенцев. – Т. 1. – 2-е изд. – М., 1975. – 556 с.
155. Советское гражданское право : в 2 т. / под ред. О. А. Красавчикова. – Т. 1. – М. : Высшая школа, 1985. – 544 с.
156. Соломина Н. Г. Универсальность кондикционного обязательства в российском гражданском праве : дис. ... д-ра юрид. наук / Н. Г. Соломина. – М. : [б. и.], 2009. – 339 с.
157. Степанова И. Е. Недействительность и незаключенность гражданско-правового договора: проблемы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук / И. Е. Степанова. – СПб. : [б. и.], 2007. – 232 с.
158. Степанова И. Е. Существенные условия договора: проблемы законодательства / И. Е. Степанова // Вестник ВАС РФ. – 2007. – № 7. – С. 60–68 [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://www.szrf.ru/doc.phtml?nb=edition07&issid=2007007000&docid=24>.
159. Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть : курс лекций / В. А. Тархов. – Чебоксары : Чув. кн. изд-во, 1997. – 331 с.
160. Тимченко Г. П. Способи та процесуальні форми захисту цивільних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Г. П. Тимченко. – Х. : [б. в.], 2002. – 20 с. [Электронный ресурс] – режим доступа : <http://disser.com.ua/content/334867.html>
161. Тузов Д. О. Концепция «несуществования» в теории юридической сделки / Д. О. Тузов. – Томск : Пеленг, 2006. – 88 с.
162. Тузов Д. О. Общие учения теории недействительных сделок и проблемы их восприятия в российской доктрине, законодательстве и судебной практике : дис. ... д-ра юрид. наук / Д. О. Тузов. – Томск [б. и.], 2006. – 365 с.
163. Тузов Д. О. Реституция в гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук / Д. О. Тузов. – Томск [б. и.], 1999. – 211 с.

164. Тузов Д. О. Теория недействительности сделок. Опыт российского права в контексте европейской правовой традиции / Д. О. Тузов. – М. : Статут, 2007 – 602 с.
165. Ус М. В. Колізії суб'єктивних цивільних прав : монографія / М. В. Ус. – Х. : Право, 2014. – 224 с.
166. Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфина. – М. : Юридическая литература, 1974. – 352 с.
167. Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов : монография / И. В. Спасибо-Фатеева, М. Н. Сибилев, В. Л. Яроцкий и др. ; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Х. : Право, 2014. – 672 с.
168. Хвостов В. М. Система римского права : ученик [по изд. 1908 г.] / В. М. Хвостов. – М. : Спарк, 1996. – 522 с.
169. Цивільне право України. Загальна частина. Особлива частина : підручник ; у 2 кн. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. — 2-ге вид., допов. і перероб. — К. : Юрінком Інтер, 2005. — 736 с.
170. Цитович П. П. Гражданское право. Общая часть : конспект лекций / П. П. Цитович. – К. : [б. и.], 1894. – 106 с.
171. Шахматов В. П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия / В. П. Шахматов. – Томск : [б. и.], 1967. – 368 с.
172. Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. Введение. Общая часть. Особенная часть / Г. Ф. Шершеневич. – Тула : Автограф, 2001. – 720 с.
173. Яблочков Т. М. Форма договора и последствия ее несоблюдения / Т. М. Яблочков // Вестник советской юстиции. – 1926. – № 3. – С. 110–113.

Іноземна література:

174. Bao Anh Thai. Culpa in Contrahendo in English Law [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.baolawfirm.com.vn/dmdocuments/Culpa%20in%20contrahendo%20in%20English%20Law.pdf>.
175. Codice civile, agg. al 28.11.2014 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36451>.
176. Kessler F., Fine E. Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study (1964). – Faculty Scholarship Series. Paper 2724. – P. 401–449 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2724.
177. Najib Hage-Chahine, Culpa in Contrahendo in European Private International Law: Another look at Article 12 of the Rome II Regulation, 32 Nw. J. Int'l L. & Bus. – 451 (2012). – P. 451–540 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1025&context=njilb>.
178. O'Sullivan J. The Law of Contract / J. O'Sullivan, J. Hillard. – Oxford University Press, 2014. – P. 80–127.
179. Stathis Banakas Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test - InDret: Comparative Law. – 1 (2009). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1368208
180. The Principles Of European Contract Law 2002 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002>.