

УДК 346.3(477)



## ПРИВАТНО-ПРАВОВІ ПІДВАЛИНИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВОПОРЯДКУ: СУЧАСНИЙ СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ МОДЕРНІЗАЦІЇ

**В. С. МІЛАШ,**

*д-р юрид. наук, доц.,*

*доцент кафедри господарського права,*

*Національний юридичний університет*

*імені Ярослава Мудрого,*

*м. Харків*

*Розглянуто актуальні питання формування підвалин господарського правопорядку в контексті забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів у сфері господарювання. Особливу увагу приділено формам вияву ринкового свідомого саморегулювання господарських відносин, результати якого об'єктивуються в приватно-правові засади господарського правопорядку. Актуалізовано важливе значення господарського договору в процесі формування підвалин господарського правопорядку.*

**Ключові слова:** господарський договір, господарський правопорядок, індивідуальне правове регулювання, правовий режим господарського договору, договірна дисципліна.

Системне правове забезпечення ефективного й збалансованого функціонування господарського обороту можливе за умов утвердження та підтримки господарського правопорядку. Правовий господарський порядок поєднує ринкове саморегулювання (приватні інтереси суб'єктів господарювання) з державним регулюванням, що має віддзеркалювати публічні інтереси (інтереси економіки як важливої сфери суспільного життя) та забезпечувати стабільність і динамічний розвиток сфери господарювання, враховуючи найбільш типові законні інтереси її учасників [8, с. 136].

Публічно-правові підвалини господарського правопорядку створюються та підтримуються за допомогою розгорнутої системи засобів державного регулювання господарської діяльності нормативного (законодавчого), адміністративно-виконавчого і контролюючого характеру. Відповідно до ст. 7 Господарського кодексу України нормативну основу господарського правопорядку утворюють норми Конституції України, Господарського кодексу

України, законів України, нормативно-правових актів Президента України та Кабінету Міністрів України, нормативно-правових актів інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування [4; 2003. – № 18, № 19-20, № 21-22. – Ст. 144], а також інших актів, що мають забезпечити надійний «плацдарм» ефективного функціонування господарського обороту в складних економічних реаліях сьогодення. Проте за умов ринкової економіки господарський правопорядок повинен забезпечуватися через органічне поєднання публічно-правових та приватно-правових засад господарсько-правового регулювання, що дозволяє адекватно та своєчасно реагувати на трансформації господарського обороту та забезпечувати реалізацію усього спектра інтересів, що виникають й реалізуються в його межах.

Питанням концептуального обґрунтування публічно-правових засад господарського правопорядку в економічній системі України та визначення перспектив їх вдосконалення присвячено наукові праці відомих українських фахівців у галузі господарського права: О. М. Вінник, Д. В. Задихайла, В. К. Мамутова, Г. Л. Знаменського, О. П. Подцерковного, В. С. Щербини та ін. Однак проблемі комплексного аналізу приватно-правових підвалин господарського правопорядку та пошуку шляхів їх модернізації наразі не приділено належної уваги.

Приватно-правові засади господарського правопорядку представлені насамперед на рівні автономного й координаційного індивідуального господарсько-правового регулювання (субординаційне індивідуальне регулювання є частиною публічно-правового регулювання господарські відносини). Варто зауважити, що у правовій науці відсутній єдиний погляд на сутність і зміст індивідуального регулювання як такого. Одні дослідники вважають, що на вказаному рівні правового регулювання відбувається реалізація норм права шляхом перетворення юридичних ідеальних моделей на дійову систему суспільних відносин; другі – визначають його як вид правомірної діяльності суб'єктів права, яка пов'язана з вирішенням юридично значущих питань і результатом якої є індивідуальний правовий акт (судове

рішення, адміністративний акт тощо); треті – репрезентують названий рівень індивідуальними нормами, а не актами реалізації прав та обов'язків, які є похідними від них. Сутність індивідуального правового регулювання, відзначає С. Г. Красноярузький, полягає в упорядкованому впливі на суспільні відносини за допомогою ненормативних правових засобів, що не володіють юридичною загальнообов'язковістю [17, с. 133-134]. Т. В. Кашаніна визначає індивідуальне регулювання як елемент системи правового регулювання, що засновано на прийнятті суб'єктом права власних рішень, в яких виявляються його власні воля, потреби та інтереси, що втілюються у форму правил поведінки. Дослідниця справедливо зауважує, що індивідуальне регулювання полягає у вирішенні питань, які стосується сфери правового регулювання, на власний розсуд, однак у межах, окреслених законом [15, с. 123-124], що свідчить про необхідність відрізняти акти правореалізації від індивідуальних правових засобів, якими представлений рівень індивідуального правового регулювання.

На теоретичному рівні ознаки індивідуального правового регулювання поділяють на обов'язкові та факультативні. До обов'язкових ознак індивідуального правового регулювання належать як спільні для нормативного й індивідуального регулювання ознаки, так і специфічні саме для індивідуального правового регулювання ознаки. Серед останніх слід виокремити такі: здійснення індивідуального правового регулювання на основі нормативного правового регулювання для розвитку й доповнення останнього; спрямованість індивідуального правового регулювання на впорядкування конкретних ситуацій стосовно персоніфікованих осіб; створення в процесі індивідуального правового регулювання індивідуальних актів як інструментів індивідуального впливу. Факультативні правові ознаки індивідуального регулювання можуть мати місце за відповідних обставин, але за їх відсутності індивідуальне правове регулювання зберігається як самостійне правове явище. До факультативних ознак індивідуального правового регулювання, як правило, зараховують: можливість суб'єкта діяти на власний розсуд; виконання функції правозаповнення (заповнення прогалин у нормативно-правовому регулюванні);

можливість у процесі індивідуального правового регулювання визначити його процедуру [5, с. 18–20]. Наведені ознаки свідчать про притаманність індивідуальному регулюванню суспільних відносин, зокрема господарських, високого ступеня казуальності, а також про можливість визнання його формою свідомого саморегулювання господарського обороту, яке не варто ототожнювати зі стихійним ринковим саморегулюванням.

Основою стихійного ринкового саморегулювання господарських відносин є об'єктивні економічні закони, наслідки дії яких з погляду соціально-економічних інтересів суспільства не завжди об'єктивуються в позитивні тенденції розвитку цих відносин. Традиційно до виявів ринкового фіаско належать такі: ігнорування ринком проблем зовнішніх ефектів; незацікавленість ринку в нерентабельних виробництвах суспільних благ; концентрація й монополізація виробництва; безробіття й інфляція; байдужість ринку до соціальних проблем; неможливість за допомогою внутрішнього ринкового механізму здійснити прорив у галузі фундаментальної науки й техніки, а також глибоку структурну перебудову національної економіки; надмірна диференціація регіонів країни тощо.

Більшість законодавчих актів, які встановлюють підвалини регулювання того чи іншого виду господарської діяльності, здебільшого закріплюють основні засади й форми державного регулювання, а також коло суб'єктів, уповноважених його здійснювати. Утім окремі законодавчі акти безпосередньо виокремлюють й суб'єктів свідомого саморегулювання. Так, згідно зі ст. 7 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.05.1991 р. регулювання зовнішньоекономічної діяльності в Україні здійснюється, по-перше, Україною як державою в особі її органів в межах їх компетенції; по-друге, недержавними органами управління економікою (товарними, фондовими, валютними біржами, торговельними палатами, асоціаціями, спілками та іншими організаціями координаційного типу), що діють на підставі їх статутних документів; по-третє, самими суб'єктами зовнішньоекономічної діяльності на підставі відповідних координаційних угод, що укладаються між ними [4; 1991. – № 29. – Ст. 377].

Свідоме саморегулювання господарських відносин на доктринальному рівні часто звужують до легітимного об'єднання бізнесу для розроблення правил господарської діяльності й контролю за їх дотриманням. Мова йде про професійне ринкове саморегулювання, суб'єктами якого є національні галузеві асоціації, професійні громадські організації, які групують суб'єктів господарської діяльності за ознакою єдності відповідного ринкового сегменту (Українське товариство оцінювачів, Усеукраїнська рекламна коаліція, Асоціація зовнішньої реклами України, Українська асоціація маркетингу, Асоціація фармацевтичних виробників України, Асоціація українських банків, регіональні асоціації страховиків тощо) з метою оптимізації регулювання господарських відносин та замінюючи там, де це потрібно, публічно-правові засади такого регулювання на приватно-правові. Важливе значення приватно-правових засад господарського правопорядку у формі професійного ринкового саморегулювання зумовлено тим, що його суб'єкти найбільше розуміють специфіку певних ринків (товарів, послуг) і здатні оперативно реагувати на зміни, що відбуваються в їх межах, через запровадження правил та вимог до своїх членів з метою підвищення якості послуг і забезпечення добросовісної конкуренції на певному ринковому сегменті. Проте свідоме саморегулювання господарської діяльності не зводиться виключно до діяльності саморегулювних організацій. Так, у сфері ринкових відносин набули поширення сформовані самими учасниками суспільних відносин правила поведінки, які внаслідок їх одноманітного повторення (однорідної практики застосування) перетворилися на самостійні позаюридичні форми права (звичаї, узвичаєння, заведений порядок тощо) і які застосовують нині досить широко.

У світовій комерційній практиці активно використовують стандартні форми договорів, які об'єднано узагальненою назвою «формулярне право» (йдеться про типові форми МТП, Draft Common Frame of Reference (DCFR) та ін.), у структурі якого виокремлюють такі види типових<sup>1</sup> контрактів: 1) типовий

---

<sup>1</sup> На відміну від українського законодавства, де типовий договір розглядають як нормативно-правовий акт, затверджений КМУ, чи у випадках, передбачених законом, іншим органом державної влади, коли сторони не можуть відступати від змісту типового договору, але мають право конкретизувати його умови, поняття «типовий контракт» у світовій комерційній практиці визначають як синонім поняття «модельний контракт (договір)».

контракт-зразок – зразок, що має рекомендаційне значення під час формулювання сторонами змісту контракту; 2) типовий контракт-оферта (акцепт) – засіб висловлення пропозиції однією стороною чи обома разом обов'язкових умов майбутнього договору у вигляді оферти чи акцепту; 3) типовий контракт-формуляр – набір оптимальних для певного виду договору умов, що вироблено багаторічною практикою великих корпорацій для уніфікації договірних умов у певній сфері діяльності (типові форми чартерів, публікації оголошень, розміщення телевізійної реклами тощо); 4) загальні умови – окремі визначені однією із сторін (або сторонами спільно) договірні умови, включення яких до змісту декількох договорів за участі цих сторін заплановано; 5) контракт приєднання – стандартна (типова) форма договору, в якій обумовлено всі умови майбутнього договору в певній стандартній формі, та яка може бути прийнята іншою стороною шляхом приєднання до неї без можливості внесення змін й доповнень [2, с. 204–207].

Одним із центральних елементів підсистеми саморегулювання на доктринальному рівні традиційно називають договір, а право сторін договору відступати від положень чинного законодавства – одним із виявів реалізації саморегулювання в договірній сфері [21, с. 32-33]. Враховуючи, що договірна проблематика об'єднує цілий комплекс теоретико-правових питань, деякі представники загальної теорії права обстоюють потребу виділення окремої сфери загальнотеоретичного знання про право – теорії правового контрактивізму [1, с. 120]. Під час концептуального обґрунтування договорів більшість сучасних науковців визнають самостійну регулювальну роль договору й підкреслюють, що саме вона зближує його із законами й нормативними актами, оскільки умови договору (як і правила, що містяться в позаюридичних формах договірного права) відрізняються від юридичної норми насамперед своїм походженням: вони виражають волю сторін – суб'єктів економічної діяльності, а юридична норма – волю органу, який видав нормативний акт, до якого включено цю норму. Договірна регламентація є самостійним правовим способом організації конкретних індивідуально-

договірних зв'язків суб'єктів господарювання, який існує поряд із нормативно-правовою регламентацією, а державною волею визначаються лише її межі [24, с. 112-113]. Саме наявність власного інтересу у кожного з учасників договору, на думку А. Д. Корецького, свідчить про відповідну автономність договірних правил щодо юридичної норми. Самостійно визначені сторонами договірні умови як форма ініціативної регламентації відносин, найчастіше дають змогу поєднати протилежні інтереси учасників без звернення до заходів примусу [16, с. 45]. Отже, договірне регулювання є другим «щаблем» регламентації суспільних відносин, коли етап нормативно-правового регулювання на локальному рівні доповнює свідому саморегуляцію. Про значне розширення регулятивних можливостей договору свідчить і те, що в цілій низці юридичних норм передбачено можливість саморегулювання у вигляді уточнення – «... якщо інше не передбачено в договорі»).

Основу господарсько-договірного регулювання становить свідоме саморегулювання (ґрунтується на принципі свободи договору), яке, поєднуючись із законодавчим нормуванням договірних відносин, трансформується в публічно-приватні договірні засади господарського правопорядку. Завдяки господарським договорам у дію вводять комплекс правових засобів як диспозитивного, так й імперативного характеру, спрямованих на досягнення оптимального результату, що має відповідати інтересам як сторін договору, так і суспільства в цілому. Способи реалізації приватних інтересів у договірній сфері суб'єкт обирає самостійно, керуючись фактом законності власного інтересу та використовуючи законні способи його реалізації, тому незаконний інтерес (або незаконний спосіб його реалізації) виключає можливість правової охорони [3, с. 83] і призводить до недійсності договір загалом або його окремі умови. Інакше кажучи, воля сторін договору спрямована на досягнення бажаного для них правового результату й має отримати визнання з боку правопорядку. Саме правопорядок має встановити факт належного узгодження волевиявлень сторін, їх здатність до укладення договору, оцінити правомірність договірної мети [20, с. 24].

Імперативні норми є інструментом легітимації засобів державного регулювання різних видів господарської діяльності, здійснення яких опосередковується договорами. Означені норми мають важливе значення під час формування змісту правосуб'єктності сторін господарського договору (державна реєстрація, ліцензування), та правового режиму об'єкта договору (сертифікація, стандартизація, проведення державних випробувань, квотування, застосування нормативів та лімітів тощо). Імперативні норми договірних прав закріплюють окремі обов'язкові аспекти договірних відносин (останні зазвичай стосуються обов'язковості дотримання певної форми договору, порядку його укладення, включення до договору певних істотних умов, використання примірних та типових договорів тощо) та визначають межі свідомого саморегулювання договірних відносин. Утім аналіз змісту низки норм договірних прав (норм, що регулюють переддоговірний етап та усі стадії існування договірних зобов'язань) не завжди дозволяє чітко визначити природу (характер) цих норм.

Наукове співтовариство зарубіжних країн виходить з визнання презумпції диспозитивності норм договірних прав як однієї з форм вияву принципу свободи договору. У Коментарях до Принципів європейського договірних прав резюмується, що за умов відсутності прямої вказівки в тексті норми щодо її характеру (диспозитивного або імперативного) останній визначають шляхом судового тлумачення цієї норми. Надання судам функції кваліфікувати норми як імперативні або диспозитивні, у випадку відсутності прямої вказівки щодо її характеру в тексті законодавчого акта, є офіційною позицією більшості європейських країн. Презумпція диспозитивності норм договірних прав спростовується або прямою вказівкою в законі на її імперативність, або політико-правовими та/або економіко-правовими чинниками, що зумовлюють потребу обмеження договірної свободи [14, с. 120–123]. При визначенні диспозитивності або імперативності відповідної норми договірних прав (за умови відсутності прямої вказівки законодавця щодо її природи) слід з'ясувати типізацію інтересів, на реалізацію та захист яких спрямовано її дію (на захист



приватних інтересів чи особливо важливих цінностей господарського правопорядку).

Встановлення потрібного балансу між свободою договору у сфері господарювання та чинниками, які її обмежують, – важливе теоретичне і практичне завдання, яке неможливо вирішити раз і назавжди. Динамічний розвиток ринкових відносин вимагає проведення їх постійного моніторингу для виявлення «слабких ланок» механізму ринкового саморегулювання, що можуть призвести до дисбалансу усю систему ринкових відносин. Втручання держави в ринкові відносини повинно забезпечувати недопущення такого дисбалансу та бути спрямованим на стабільне функціонування господарського обороту.

У законодавстві низки європейських країн є конституційні норми, які тим чи іншим чином указують на відповідність між обмеженням прав і публічними цілями. Концепція пропорційності була прийнята Європейським судом справедливості як загальний принцип європейського права. Принцип пропорційності вимагає обов'язкової наявності причинного зв'язку між діями та цілями, для яких ці дії здійснюються, і передбачає вибір розумних, найбільш ефективних засобів досягнення мети [6, с. 22, 28]. Більшість західних науковців протягом тривалого часу наголошують на потребі заміни принципу свободи договору принципом справедливості, а також його підпорядкування вимогам публічного порядку. Однак повне заперечення принципу свободи розсуду сторін договору тотожно запереченню самого інституту договору, підміні його адміністративними методами регулювання [10, с. 39]. Принцип свободи договору є похідним від принципу економічної свободи, відповідно на різних етапах економічного розвитку (у контексті різних систем господарювання) формуються різні межі договірної свободи. Вищевказане повною мірою стосується господарського договору, адже йдеться не про заперечення означеної традиційної засади договору, а про її адаптацію до нових умов та чинників економічного розвитку.

На доктринальному рівні неодноразово висловлювалася думка про те, що обмеження принципу свободи договору можуть мати як законодавчо-

нормативний, так і позазаконодавчий характер. Так, Д. В. Задихайло відзначає, що нормативний характер мають ті обмеження, які встановлені законом та іншими актами чинного законодавства. Такі обмеження свободи договору є допустимими й необхідними [9, с. 115]. Крім нормативних, зазначає Р. Тельгарин, на принцип свободи договору суттєво впливають також позанормативні обмеження, до яких він зараховує звичаї ділового обороту, вимоги розумності та справедливості, а також моральні засади суспільства [22, с. 13-14]. В. В. Іванов розрізняє «зовнішні» та «внутрішні» обмеження свободи договору. «Зовнішніми», на думку вченого, є обмеження, що не залежать від волевиявлення сторін договору та поділяються на законні й позаконні. Законні обмеження безпосередньо встановлені в законах та в інших нормативних актах, а позаконні – це узагальнені ідеї та принципи, які обов'язково повинні бути присутні в договорах («добрі звичаї», «громадський порядок» та ін.). У свою чергу, «внутрішніми» обмеженнями договірної свободи є включені до змісту договору самообмеження сторін, які вимушені йти на поступки одна одній [11, с. 22-23].

Такої ж позиції дотримується К. І. Забояв, який поділяє вищезазначені обмеження на об'єктивні (обмеження, які містяться в нормативних актах) та суб'єктивні (обмеження, прийняті на себе сторонами добровільно). Вчений підкреслює, що межі договірної свободи повинні бути чітко окреслені, при цьому не повинні дозволяти, з одного боку, публічно-правовим суб'єктам втручатись у сферу приватно-правових відносин, а з іншого – вони повинні повною мірою враховувати інтереси держави, підтримувати існування правопорядку, забезпечуючи пріоритет публічних інтересів у відповідних сферах життєдіяльності економіки. На думку К. І. Забоява, загальні обмеження свободи договору встановлюють її зовнішні межі й фактично є «дозволяючими» обмеженнями, які забороняють усе навколо спеціально окресленого ними сектора приватної свободи, натомість внутрішні обмеження – забороняють певні дії у межах «сектора свободи» [7, с. 89, 101].

Варто відзначити, що на теоретичному рівні існує думка про необхідність

розрізнення меж та обмежень договірної свободи. Прихильники цієї позиції під межами свободи договору вбачають загальні вимоги щодо її здійснення як суб'єктивного права (дотримання прав та законних інтересів третіх осіб, дотримання публічного порядку, неприпустимість зловживання правом), а до обмежень зараховують виключення з принципу свободи договору (обмеження свободи відносно укладання договорів, вибору контрагента, вибору виду договору, визначення договірних умов за власним розсудом ті ін.) [18, с. 15–17].

Господарський договір на індивідуальному рівні завершує процес формування підвалин господарського правопорядку шляхом забезпечення потрібної для подолання невизначеності ринкового середовища правової організованості у господарсько-договірні відносини (створення їх цілісної моделі), що, зрештою, трансформується у правовий режим договору, який утворюється шляхом поєднання основних положень, відбитих у нормах чинного законодавства й договірних умовах, що визначають порядок укладання, дії, зміни та припинення договору, а також вимоги до його змісту та форми. Режим господарського договору забезпечує «адресний» порядок господарсько-правового регулювання конкретних господарсько-договірних зв'язків, та є важливим засобом забезпечення договірного правового порядку, який досить часто ототожнюють з договірною дисципліною. Проте категорія «договірний правовий порядок» має більш широкий зміст, оскільки характеризує не тільки належне виконання договірних зобов'язань, але й весь спектр стану впорядкування договірних відносин [1, с. 139]. Натомість дотримання господарсько-договірної дисципліни пов'язане виключно з належним виконанням господарсько-договірних зобов'язань відповідно до вимог закону й умов договору та є обов'язковою умовою ефективного функціонування господарського обороту, спрямованою на забезпечення договірного правового порядку зокрема та правового господарського порядку в цілому.

Слід підкреслити, що виконання господарських договорів належним чином полягає не тільки в належному виконанні договірних умов, що

самостійно сформульовані сторонами, але й умов, що включено до змісту договору внаслідок дії імперативних норм, які вимагають їх обов'язкової наявності (зміст цих умов може бути нормативно визначений або сторонам може дозволятися визначення їхнього змісту на власний розсуд). У контексті розгляду взаємозв'язку договірної дисципліни та законності І. В. Цветков відзначає, що обидва ці правові явища є певними правовими режимами встановлення й реалізації суспільних відносин. Основою режимів договірної дисципліни і законності є вимоги об'єктивних соціологічних і економічних законів функціонування тих суспільних відносин, у яких ці режими «живуть», а також загальносистемні закономірності функціонування складних систем. Договірна дисципліна вплітається в тканину абсолютно всіх господарських взаємозв'язків і як невід'ємний компонент цих взаємозв'язків, надає їм винну цілеспрямованість і стійкість, відповідно здійснює безпосередній вплив на кінцеву ефективність економіки. Отже, договірну дисципліну, підкреслює І. В. Цветков, слід розглядати як особливий функціональний стан суспільних відносин, який досягається через формування й підтримку в цих відносинах адекватного реаліям ринкової економіки правопорядку. Відповідно реальний стан законності й договірної дисципліни в господарських відносинах є одним з важливих факторів і оціночних показників якості й ефективності діючого правопорядку [23, с. 104–115].

Основою договірної дисципліни є відомий принцип «*pacta sunt servanda*» (договір повинен виконуватися), для обґрунтування якого науковці в різні періоди висували різні теорії (вольову, теорію обіцянки, деліктну, теорію ефективності тощо).

У радянській економіці принцип примусової сили договору відіграв важливе значення, оскільки забезпечував виконання планових установок бюрократичного апарату. Державний арбітраж, відповідні державні контролюючі органи мали можливість припинити або змінити укладений договір, відповідно договірні відносини між підприємствами закінчувалися, якщо у держави не було бажання їх продовжувати [14, с. 103]. Останнім часом в

епіцентрі уваги зарубіжних фахівців з договірного права перебуває питання визначення сучасних політико-правових підстав застосування принципу примусової сили договірних зобов'язань. Актуальність і складність цього питання полягає в узгодженні принципу примусової сили договору із загальною установкою ліберальної етики, що домінує в західних країнах та обстоє максимальну свободу особистості від примусу. Не випадково теоретичний аналіз принципу примусової сили (обов'язковості) договору досить часто супроводжується розглядом питання про характер його співвідношення з принципом свободи договору. У контексті розгляду зазначеного питання на сторінках наукових видань фахівці у сфері договірного права звертають увагу на втрату принципом свободи договору значної частини свого значення за відсутності системи примусового судового захисту договірних прав. Окрім того, судова практика більшості економічно розвинених країн для підтримання договірного правопорядку застосовує принцип неприпустимості зловживання правом до оцінки змісту договірних умов. Мова йде про випадки відмови в забезпеченні судовим захистом права (прав) однієї зі сторін договору, якщо воно зафіксоване в договірній умові, що є результатом недобросовісних переговорів або має недобросовісний (дискримінаційний) характер. Свобода договору, визнана правом усіх країн, під час її реалізації призводить до обмеження особистої свободи, тобто свобода на переддоговірній стадії перетворюється на «несвободу» після укладення договору («несвободу від договору») [12, с. 9, 23-24].

Отже, «договірна дисципліна» є важливим структурним елементом «договірного правового порядку», а «правовий режим договору» виступає основним правовим засобом забезпечення останнього. Варто відзначити, що правовий режим договору має важливе значення як під час реалізації норм договірного права, що здійснюється в конкретних договірних правовідносинах, так і в процесі застосування вказаних норм судовими інстанціями під час розв'язання господарсько-договірних спорів. Загальний режим господарського договору ґрунтується на загальних принципах та положеннях договірного права

щодо порядку укладання (в тому числі нотаріального посвідчення та/або державної реєстрації), зміни й розірвання господарського договору, а також стосовно його змісту й форми. Спеціальний режим господарського договору – є похідним від загального режиму, що запроваджується до певних видів договорів, та формується спеціальними нормами господарського договірного права, у тому числі під час залучення позанормативних джерел, обраних сторонами для регулювання своїх договірних взаємозв'язків, і самостійно розроблених ними умов. Засобом корегування окремих елементів правового режиму господарського договору є включення до його змісту захисних застережень та укладання додаткових договорів. Останні фактично видозмінюють зміст основного договору шляхом його доповнення абсолютно новими умовами, що покладають на сторін нові (додаткові) права та/або обов'язки, чи шляхом змінення раніше узгоджених договірних умов, дію яких він фактично скасовує.

Загальний договірний режим виходить з можливості укладення господарського договору як у формі єдиного документа, підписаного сторонами та скріпленого печатками (письмова форма), так і у спрощений спосіб (шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами тощо або шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлень). За загальним правилом спрощений спосіб допускається, якщо законом не встановлено спеціальні вимоги до форми й порядку укладення вказаного різновиду договорів. Це означає, що якщо закон не висуває спеціальної вимоги щодо форми конкретного виду господарського договору, то письмову (усну) пропозицію стосовно його укладення може бути акцептовано або шляхом направлення оферентові як одного примірника підписаного ним договору, так і листа, телеграми, електронного повідомлення тощо, або шляхом учинення фактичних дій, що свідчать про підтвердження прийняття замовлення до виконання. Спеціальними нормами чинного законодавства для окремих видів договорів можуть установлюватися як обов'язкові спеціальні процедури їх укладання (проведення публічних торгів (аукціону), конкурсу та ін.

Загальний режим господарського договору виключає можливість одностороннього розірвання господарських договорів (тобто односторонньої відмови від договору), якщо інше не передбачено законом або договором (див. ст. 188 ГК України). Розірвання договорів, що в зазначеному аспекті підпадають під дію загального режиму, може здійснюватися виключно в юрисдикційній формі за наявності підстав, передбачених чинним законодавством. Установлений щодо окремих видів договорів спеціальний режим допускає можливість їх одностороннього розірвання (наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 374 ГК України кожна зі сторін договору комерційної концесії, укладеного без зазначеного строку, має право в будь-який час відмовитися від договору, повідомивши про це іншу сторону за 6 місяців). Крім того, сторони можуть у самому договорі передбачити можливість його розірвання в односторонньому порядку (коли законом безпосередньо не передбачено таку можливість), однак тільки за умови відсутності прямої заборони щодо одностороннього розірвання такого різновиду договору наприклад, за ст. 291 ГК України не дозволяється одностороння відмова від договору оренди). Передбачене в договорі право на його розірвання в односторонньому порядку є структурним елементом спеціального договірного режиму.

Одним із дискусійних питань договірних права сьогодні залишається питання правового режиму непойменованих договорів (договорів, які не «покриваються» жодною з поймаєнованих договірних моделей і при цьому не є змішаними). Окремі фахівці у сфері договірних права (і радянської доби, і сучасності) вважають за потрібне застосовувати до непойменованих договорів норми про схожий вид поймаєнованих договорів і тільки за умови їх відсутності – загальні норми договірних та зобов'язального права. Однак їхні опоненти підкреслюють нелогічність укааного підходу, оскільки він значною мірою позбавляє будь-якого сенсу виокремлення самих непойменованих договорів під час застосування щодо них спеціального режиму схожого виду поймаєнованого договору, та наполягають на підпорядкуванні непоймаєнованого

договору загальним положенням зобов'язального й договірної права. Інші науковці, приєднуючись у цілому до вищезазначеного підходу, підкреслюють незастосовність відносно непойменованих договорів спеціальних норм чинного законодавства у сфері укладання та виконання окремих видів господарських договорів, однак визначають можливість застосування спеціальних норм про подібні поймаєменовані договори тільки за аналогією закону.

Право на укладання непойменованих договорів є одним із найвагоміших елементів договірної свободи, однак у виняткових випадках законодавець може обмежити розвиток договірних моделей (зокрема непойменованих договорів) для блокування можливості встановлення іншого правового режиму реалізації договірних прав та обов'язків через надання монопольного статусу певному поймаєменованому договору [13, с. 121, 143-145, 158], а в низці випадків й цілому договірному блоку, що використовується під час упорядкування договірних відносин на певному ринковому сегменті. Так, чинне законодавство встановлює імперативну модель договірних взаємовідносин під час залучення коштів фізичних і юридичних осіб в управління з метою фінансування будівництва житла та особливості управління цими коштами. Згідно зі ст. 4 Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р. інвестування та фінансування будівництва об'єктів житлового будівництва з використанням недержавних коштів, залучених від фізичних та юридичних осіб, у тому числі в управління, може здійснюватися виключно через фонди фінансування будівництва, фонди операцій з нерухомістю, інститути спільного інвестування, а також шляхом емісії цільових облігацій підприємств, виконання зобов'язань за якими здійснюється шляхом передачі об'єкта (частини об'єкта) житлового будівництва. Інші способи фінансування будівництва таких об'єктів визначаються виключно законами [4; 1991. – № 47. – Ст. 646]. Система функціонування фондів фінансування будівництва (далі – ФФБ) детально регламентована ст. 13 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» від 19.06.2003 р. [4; 2003. – № 52. – Ст. 377]. Частиною означеної системи є



законодавча модель договірних взаємовідносин між забудовником та управителем ФФБ, управителем ФФБ з довірителями про участь у ФФБ.

Іншим показовим прикладом є сформовані імперативна багатоструктурну модель договірною забезпечення функціонування ринку електричної енергії. Так, за ст. 5 Закону України «Про засади функціонування ринку електричної енергії України» від 24.10.2013 р. договірне забезпечення функціонування ринку електричної енергії утворюється наступними видами договорів: 1) про участь у ринку електричної енергії; 2) про купівлю-продаж електроенергії на ринку двосторонніх договорів; 3) про участь у ринку «на добу наперед»; 4) про купівлю-продаж електроенергії на ринку «на добу наперед»; 5) про купівлю-продаж електричної енергії з метою балансування обсягів виробництва (в тому числі імпорту) та споживання (в тому числі експорту) електричної енергії в об'єднаній енергетичній системі України (договір про участь у балансуванні); 6) про купівлю-продаж електричної енергії з метою врегулювання небалансів електричної енергії (договір про врегулювання небалансів); 7) про надання допоміжних послуг; 8) про надання послуг з передачі електричної енергії; 9) про надання послуг з розподілу електричної енергії; 10) про надання послуг з централізованого диспетчерського (оперативно-технологічного) управління; 11) про приєднання електроустановок до магістральних (міждержавних) або місцевих (локальних) електричних мереж; 12) про доступ до пропускної спроможності міждержавних електричних мереж; 13) про постачання електричної енергії; 14) про надання послуг комерційного обліку електричної енергії; 15) про надання послуг з вирівнювання умов для конкуренції; 16) про купівлю-продаж електричної енергії за «зеленим» тарифом [19; 2013. – № 95. – Ст. 3521. – С. 8]. Для забезпечення функціонування ринку електричної енергії суб'єкти ринку укладають між собою вищезазначені договори, істотні вимоги до яких, а також вимоги до порядку укладення яких встановлюються цивільним та господарським законодавством з урахуванням особливостей, передбачених Законом України «Про засади функціонування ринку електричної енергії України». Типові та примірні договори, передбачені цим Законом,

затверджуються національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики, за погодженням з Антимонопольним комітетом України.

Складність і багатогранність сучасного господарського обороту об'єктивно призводить до ускладнення його договірної оформлення, зокрема спричиняє потребу комбінування елементів різних видів господарських договорів, проте унеможлиблює надання законодавцем власної назви для кожної договірної моделі й розроблення щодо неї спеціальної господарсько-правової регламентації. При цьому, як справедливо зауважують А. Г. Карапетов та О. І. Савельєв, далеко не кожний непоіменований договір рано чи пізно стає поіменованим, а відповідні договірні відносини охоплюються спеціальною законодавчою регламентацією, так само не кожна популяризація «змішування» елементів різних поіменованих договорів на практиці зумовлює законодавче визнання такого договору самостійним поіменованим видом. Дослідники обґрунтовано підкреслюють нелогічність застосування до змішаних договорів правового режиму поіменованих договорів. Як у вітчизняній, так і зарубіжній правовій доктрині відсутній єдиний загальновизнаний підхід щодо його правового режиму. Основні підходи до визначення правового режиму змішаного договору, що склалися в зарубіжній практиці, зведено до двох найбільш популярних принципів регулювання: 1) принцип поглинання (відокремлення панівного елементу змішаного договору від другорядних і підкорення всього договору правовому режиму панівного елементу відповідного поіменованого договору); 2) принцип комбінування (розподіл змішаного договору на складники та застосування щодо кожного з них правового режиму відповідного поіменованого договору, до якого належить такий елемент) [13, с. 165-167, 174-175].

Однак, урахувавши можливість використання двох основних варіантів моделювання конструкції змішаного договору, по-перше, механічного поєднання різнорідних договірних елементів, які здебільшого належать до різних договірних типів (за такого поєднання відсутній єдиний комплексний об'єкт договору), по-друге, змістовно-логічного компонування елементів різних

видів договорів, що, як правило, належать до одного договірному типу (при такому поєднанні моделюється єдиний комплексний об'єкт договору), нам видається неможливим монопольне використання одного з вищезазначених принципів регулювання договірних відносин, що набувають форми змішаного договору.

Підсумовуючи все сказане, слід ще раз наголосити на важливому значенні приватно-правових підвалин господарського правопорядку й необхідності проведення подальших досліджень змістової компоненти їх взаємодії з публічно-правовими засадами забезпечення ефективного та збалансованого функціонування господарського обороту. Співвідношення часток публічно-правових та приватно-правових засад під час упорядкування господарських відносин на конкретному ринковому сегменті (ринку товарів, робіт, послуг) зумовлюється реальним рівнем розвитку його інфраструктури та ступенем концентрації публічних інтересів, що мають бути реалізовані в його межах. Результатом тісної взаємодії вищезазначених засад є трансформація (оновлення) традиційних господарсько-правових засобів та формування нових елементів правового регулювання господарських відносин, зокрема нових правових конструкцій.

#### Список літератури;

1. Актуальні грані загальнотеоретичної юриспруденції : [кол. моногр.] / Ю. М. Оборотов, В. В. Завальнюк, В. В. Дудченко [та ін.] / за ред. Ю. М. Оборотова. – Одеса : Фенікс, 2012. – 492 с.
2. *Бахин С. В.* Субправо (международные своды унифицированного контрактного права) / С. В. Бахин. – СПб. : Юрид. центр Пресс, 2002. – 311 с.
3. *Венедіктова І.* Реалізація охоронюваних законом інтересів у договірних правовідносинах / І. Венедіктова // Право України. – 2012. – № 9. – С. 78–84.
4. Відомості Верховної Ради України.
5. *Григорьев А. С.* Механизм индивидуального правового регулирования общественных отношений : моногр. / А. С. Григорьев. – М. : Юрлитинформ, 2012. – 144 с.
6. *Дедов Д. И.* Общеправовой принцип соразмерности и ограничение свободы предпринимательства / Д. И. Дедов // Вестник Москов. ун-та. – Серия 11: Право. – 2002. – № 6. – С. 22–38.
7. *Забоев К. И.* Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора / К. И. Забоев. – СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2003. – 278 с.
8. *Задихайло Д. В.* Господарсько-правове забезпечення економічної політики держави : моногр. / Д. В. Задихайло. – Х. : Юрайт, 2012. – 456 с.
9. *Задыхайло Д. В.* Реализация конституционного права на предпринимательскую

деятельность как фактор государственных доходов / Д. В. Задыхайло // Правове регулювання державних доходів та видатків : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – Х. : Акад. правових наук України, 1998. – С. 111–126.

10. *Зыкин И. С.* Договор во внешнеэкономической деятельности / И. С. Зыкин. – М. : Междунар. отнош., 1990. – 221 с.

11. *Иванов В. В.* Общие вопросы теории договора / В. В. Иванов. – М. : Эдиториал УРСС, 2000. – 160 с.

12. *Карапетов А. Г.* Свобода договора и ее пределы. Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений / А. Г. Карапетов, А. И. Савельев. – М. : Статут, 2012. – 452 с.

13. *Карапетов А. Г.* Свобода договора и ее пределы. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве / А. Г. Карапетов, А. И. Савельев. – М. : Статут, 2012. – 453 с.

14. *Карапетов А. Г.* Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права / А. Г. Карапетов // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2009. – № 11. – С. 100–130.

15. *Кашанина Т. В.* Индивидуальное регулирование в правовой сфере / Т. В. Кашанина // Советское государство и право. – 1992. – № 1. – С. 122–130.

16. *Корецкий А. Д.* Теоретико-правовые основы учения о договоре | А. Д. Корецкий. – СПб. : Юрид. центр «Пресс», 2001. – 211 с.

17. *Краснояржский С. Г.* Индивидуальное правовое регулирование: общетеоретический аспект / С. Г. Краснояржский // Государство и право. – 1993. – № 7. – С. 127–135.

18. *Кратенко М. В.* Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты : моногр. / М. В. Кратенко. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 208 с.

19. Офіційний вісник України.

20. *Погребняк С.* Договір: загальнотеоретичне розуміння / С. Погребняк // Вісник академії правових наук України. – 2011. – № 4 (67). – С. 17–28.

21. *Погрібний С.* Регулювання договірних відносин у цивільному праві України: співвідношення їх внутрішнього (саморегулювання) і зовнішнього (державного) регулювання / С. Погрібний // Право України. – 2012. – № 9. – С. 26–36.

22. *Тельгарин Р.* О свободе заключения гражданско-правовых договоров в сфере предпринимательства / Р. Тельгарин // Российская юстиция. – 1997. – № 10. – С. 13–15.

23. *Цветков И. В.* Договорная дисциплина в предпринимательской деятельности : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / И. В. Цветков. – М., 2006. – 336 с.

24. *Шевченко Л. И.* Об экономической и социальной ценности гражданско-правового договора в условиях рыночной экономики / Л. И. Шевченко // Цивилистические исследования. – Вып. 1 : сб. науч. тр. памяти профессора И. В. Федорова / под ред. Б. Л. Хаскельберга. – М. : Статут, 2004. – С. 111–122.

### **Милаш В. С. Частно-правовые основы хозяйственного правопорядка: современное состояние и перспективы модернизации.**

*Рассмотрены актуальные вопросы формирования основ хозяйственного правопорядка в контексте обеспечения реализации публичных и частных интересов в сфере хозяйствования. Особое внимание уделено формам проявления рыночного сознательного саморегулирования хозяйственных отношений, результаты которого объективируются в частно-правовые начала хозяйственного правопорядка. Актуализировано важное значение хозяйственного договора в процессе формирования основ хозяйственного правопорядка.*

**Ключевые слова:** хозяйственный договор, хозяйственный правопорядок, индивидуальное правовое регулирование, правовой режим хозяйственного договора, договорная дисциплина.

**Milash V. S. Private and law foundations of the economic rule of law: present situation and prospects of modernization.**

*The article deals with the investigation of actual questions of formation of foundations of economic rule of law in the context of implementation of public and private interests in the sphere of economic management. Special attention was given to the disclosing forms of market conscientious self-regulating economic relations, the results of which objectify into private and legal foundations of economic rule of law. There has been made relevant the meaning of economic agreement in the process of formation of foundations of economic rule of law.*

**Key words:** economic agreement, economic rule of law, personal legal regulation, legal status of the economic agreement, contract discipline.

