

The first stage (XVIII) – is formation of theoretical and methodological basis for the development of scientific thought on scientific works of classical scholars of constitutional law – V. Hessen, A. Gradovsky, A. Dicey, A. Esmen, V. Korkunov, J. Mill, Ch. Montesquieu, J.-J. Russo, A. de Tocqueville, A. Ferguson. The second stage (XIX) – is strengthening public as a scientific concept, which evolved in the works of N. Karamzin, A. Radishchev, I. Tomakivsky, V. Belinsky, A. Herzen, M. Ogarev designate this concept from abstract to specific features of social implementation of the features in a particular group of people and their way of life, which is expressed active in the middle of society and nature antagonistic towards the government. The third stage (first half of the XX century) – The public begins to understand in scientific works of scientists, key among which are the work of J. Dewey and J. Gruning, with a public dimension as active group of people who rallied around specific common interests and thus influencing on power. On this basis, there is the idea of constitutional and legal regulation of this kind of influence. Fourth stage (second half of the XX century) – is scientific justification above all in the works of foreign scientists L. LeDuc, A. Barber, J. Habermas, R. Dahl and J. Zimmerman problems of constitutional and legal principles of public influence on the adoption of legal acts and use of the scientific results of the abovementioned problem in acts of current legislation. Fifth stage (first half of the XXI century) – is improving research (M. Daul, K. Krauh, Frank LaRoe, V. Rudenko) and regulatory approaches the problem of constitutional and legal principles of public influence on the adoption of legal acts taking into account the challenges of today.

Key words: *genesis, scientific thought, constitutional and legal principles, influence, public adoption of legal acts.*

УДК 347.44+336.011

К.О.Старинець

## ОСНОВНІ ПОЛОЖЕННЯ «ТЕОРІЇ РИЗИКУ» («VENTURESOME THEORY») У ПЕРЕДДОГОВІРНОМУ ПРОЦЕСІ

У переддоговірних відносинах «теорія ризику» ґрунтується на трьох основних положеннях: по-перше, будь-яке втручання в переддоговірний процес є порушенням принципу свободи договору. По-друге, обмеження свободи договору змусить сторони подумати двічі, перш ніж вступати в переговори, а значить, призведе до зниження кількості укладених контрактів; третє положення ґрунтується на принципі, згідно з яким поведінка сторін, що не підпадає під дію формально встановлених норм, є юридично індиферентною.

Сучасний закон повинен знайти баланс між, з одного боку, необхідністю захисту прав та інтересів сторін вступити в переговори і, з іншого боку, необхідністю дотримання свободи договору.

Ключові слова: *переддоговірні відносини, «теорія ризику», переддоговірний процес, переговори, свобода договору.*

**Постановка проблеми.** Договір як взаємна угода сторін не виникає спонтанно. Його укладенню передують фактичні контакти та взаємодії

контрагентів, такі як: листування, переговори, дзвінки, – у результаті яких відбувається обмін інформацією, необхідної для створення договірних відносин. Вони можуть мати різну тривалість, але без них укладення договору убаচається неможливим.

Переддоговірний процес як правове явище – це сукупність послідовних дій, спрямованих на укладення договору, де сукупність дій передбачає єдину цілеспрямованість переддоговірного процесу, послідовність – наявність у ньому окремих етапів (стадій), що мають відносно самостійне правове значення. Як стадії переддоговірного процесу можна виділити: 1) переддоговірні контакти сторін, 2) безпосереднє укладання договору, 3) приведення договору в належну форму та його державна реєстрація.

Договірні сторони ініціюють переговори з метою укладення контракту. Однак очікуваний результат може й не настати, переговори можуть зазнати краху через зміни факторів, що раніше сприяли «зародженню» ділових відносин. Тоді одна зі сторін починає вважати договір безнадійним або вважати, що більш вигідну угоду можна укласти з іншим контрагентом. До цього моменту будь-який з учасників відносин може зазнати значних витрат, як тимчасових, так і фінансових. Цілком ймовірно, що подібний результат буде очевидний для обох сторін, однак, можливі й випадки, коли це стане для одного з контрагентів цілковито несподіванкою. Ще більш складна ситуація виникає, коли договір не укладається, або укладаються, але є нікчемним через недобросовісне ведення переговорів однією зі сторін. У першому випадку мають місце підприємницькі відносини, що передбачають ризик, у другому – явне порушення одного з основних принципів міжнародного приватного права, який передбачає застосування такої категорії як переддоговірна відповідальність.

Укладення угоди – це тільки початок цілої серії складних і комплексних процедур, які повинні бути здійснені раніше, ніж угода дійде до свого логічного завершення.

Однією з актуальних проблем теорії та практики переддоговірних відносин, що вимагає всебічного аналізу й обговорення, є проблема ризиків. Тому вчені й практики прагнуть до комплексного розкриття змісту ризиків з позиції учасників переддоговірних перемовин, до зняття принципових розбіжностей у різних трактуваннях управління ризиками як умови стабільності договірних відносин.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання переддоговірних відносин вже ставали предметом дослідження як українських та російських авторів (К. Гніщевич, В. Богданов, Т. Подшивалов, В. Мілаш, Р. Адельшин, Н. Стрекалова), так і зарубіжних дослідників (Вільям Тетлі, Д. Картрайт, М. Хесселінк, К. Осакве, Д.М. Годерр та ін.). Частина цих робіт присвячена питанням змісту доктрини переддоговірної відповідальності, дослідження її походження і розвитку, інша – принципу добро-

совісності ведення переговорів, на якому заснований досліджуваний правовий інститут. Окрему тему представляють роботи, присвячені вивченню ставлення країн загального права до питань можливості виникнення будь-яких зобов'язань на стадії, коли договір ще не укладено.

Переважає більшість дослідників визнають, що тривала відсутність правової урегульованості переддоговірних відносин зумовлена неготовністю з боку національних законодавців до визнання виникнення будь-яких зобов'язань до формального укладення договору, що, зокрема, прослідковується вже навіть у законодавчому визначенні зобов'язання. Така позиція пояснюється можливими ризиками, що спричиняються договірній свободі – особливий пієтет до якої спостерігається, мабуть, у системі цивільного права будь-якої держави, – у випадку визнання породження переддоговірних зобов'язань фактом вступу сторін у переговорний процес щодо укладення договору.

**Формування цілей.** Для більш глибокого дослідження сутності переддоговірних відносин сторін необхідним є розкриття причин, унаслідок яких прослідковується певна упередженість з боку законодавця до визнання та нормативного закріплення переддоговірних зобов'язань, – якими є ризики, що несе така констатація принципу свободи договору. Отже, метою статті є аналіз із позиції «теорії ризику» основних моментів переддоговірних відносин на етапі переговорного процесу. «Теорія ризику» знайшла теоретичне обґрунтування в роботах видатних економістів: Д. Бернуллі, В. Вебера, Ф. Найт, А. Сміта, Г. Фехнер та ін., методологію яких спробуємо використати для завдань нашого аналізу.

**Виклад основного матеріалу.** Реалізація комерційної діяльності будь-якого суб'єкта господарювання є неможливою без вчинення угод і укладення договорів, оскільки договори – це ключова форма, у якій втілюються наміри підприємців у їхньому прагненні отримати прибуток. Неможливо займатися підприємницькою діяльністю та не вчиняти при цьому договори, вступаючи з метою їх укладення в перемовини.

Переговори в широкому сенсі включають, у тому числі, й угоди про ведення переговорів, попередні договори, оферту і акцепт. Протягом довгого часу ні законом, ні доктриною питання про процедуру укладення договору шляхом переговорів не регулювались. Існувала лише вимога оферти і акцепту. І тим більше не йшлося про можливість впровадження такої категорії, як відповідальність за провину при веденні переговорів. Проте в другій половині XIX століття в Німеччині виникла й набула бурхливого розвитку доктрина *culpa in contrahendo*, автором якої став Рудольф фон Ієрінг, основні ідеї якого були цілком підтримані та розвинуті правозастосовною практикою й отримали законодавче закріплення в законодавствах більшості країн континентальної Європи. Переддоговірні відносини сторін поступово стали отримувати нормативний зміст.

Професор Турінського університету Альберто Мьюзі вважає, що укладенню будь-якого договору передують хоча б мінімальний інформаційний обмін: «неможливе існування таких угод або угод, яким не передувало хоча б мінімальний обмін інформацією. Яблуко або банан, якими обмінюються в джунглях дві мавпи, несуть у собі певний набір інформації, що дозволяє угоді відбутись» [1].

Крім звичайного обміну інформацією, сторони також можуть здійснювати й більш істотні підготовчі дії. Наприклад, реорганізація бізнесу, залучення додаткової робочої сили, замовлення необхідної для реалізації майбутньої угоди сировини тощо.

Деякі вчені пропонують розділити переддоговірний етап на стадії. Так, А. Н. Кучер виділяє такі етапи переддоговірного процесу [2, с. 15-31]: 1) моделювання структуривання майбутніх переддоговірних відносин; 2) документальна перевірка; 3) безпосереднє укладання договору; 4) приведення договору в належну форму та його державна реєстрація.

На переддоговірній стадії сторони зазвичай не пов'язані ніякими письмовими угодами про порядок укладання договору. Традиційно вважалося, що процедура укладення договору є неформальною і ґрунтується виключно на існуючих звичаях, установлених у конкретному бізнес-середовищі. Таким чином, закон спочатку утримувався від втручання в сферу переддоговірних відносин: не накладав жодних зобов'язань на сторони й не регламентував процедуру проведення переговорів. Єдиною процедурою укладання договору, яка з часом отримала законодавче закріплення, була так звана класична процедура – надсилання оферти та її акцептування. Що ж стосується тривалого переговорного процесу, що передуює укладенню договору, то це питання залишалося неврегульованим.

Такий стан справ ґрунтувався на так званій «теорії ризику» (*«venturesome theory»*) у переддоговірному процесі, суть якої полягає в тому, що кожна сторона зобов'язана нести ризики, пов'язані з проведенням переговорів.

Термін «ризик» має досить давню етимологію. У первісному своєму трактуванні, що згадується ще Гомером, він характеризувався як «небезпека лавірування між скель». У підприємницькій діяльності практика врахування фактору ризику була відома ще в стародавні часи й пов'язувалася зазвичай зі страхуванням майнових цінностей. Так, перші договори про колективну компенсацію збитків, пов'язаних із ризиком загибелі або пошкодження суден при перевезенні вантажів, було зафіксовано ще в III тисячолітті до нової ери в Фінікії. Законодавчі основи страхування ризиків було закладено в II тисячолітті до нової ери у Вавилоні – у відомих «Законах Хаммурапі» передбачалася необхідність укладення договорів між учасниками торгових караванів на предмет відшкодування збитків, пов'язаних з ризиком пограбування або нападу розбійників.

Незважаючи на давню історичну практику врахування ризику в підприємницькій діяльності, теоретичні аспекти цієї категорії стали об'єктом наукового аналізу лише з XVIII століття. Початковий етап формування основних принципів теорії ризику в підприємницькій діяльності пов'язаний з парадигмою економічного аналізу класичної політекономії, у першу чергу, з роботами А. Сміта. У книзі «Дослідження про природу і причини багатства народів» (1784 г.) А. Сміт одним з перших показав, що підприємницький ризик має не тільки економічну, а й психофізичну природу [3].

Початкові спроби оцінки ризикових рішень в умовах невизначеності з урахуванням поведінки споживачів знаходимо в статті відомого швейцарського математика Д. Бернуллі про Санкт-Петербурзький парадокс (1738 г.), який висунув гіпотезу про те, що математичне очікування виграшу має визначатися з урахуванням його суб'єктивної оцінки. Він стверджував, що приймаючи свої рішення в умовах невизначеності, люди керуються не «математичним очікуванням» шансів на успіх, а «моральним очікуванням успіху, при якому ймовірність зважується на корисність доходу».

У другій половині XIX століття гіпотеза Д. Бернуллі ініціювала виникнення самостійного психофізичного напрямку школи дослідження підприємницького ризику (тобто поведінки індивідуумів в умовах невизначеності), засновниками якої були В. Вебер і Г. Фехнер. Сформульований ними «Закон Вебера-Фехнера» стверджував, що відчутні відмінності в сприйнятті явищ прямо пропорційні інтенсивності стимулів. При цьому під стимулами вони розуміли приріст доходів. Іншими словами, цей теоретичний висновок стверджував, що вибір рішень в умовах невизначеності значною мірою залежить від суб'єктивних оцінок рівня ризику й прибутковості конкретними людьми. Цей висновок уперше позначив відмінності між «умовами ризику» (тобто умовами, ймовірність яких може бути розрахована) і «умовами невизначеності» (тобто умовами, ймовірність яких непередбачувана й не підлягає кількісному аналізу) [4]. Американський економіст Ф. Найт розглядає умови невизначеності як такі, у яких ні ймовірності, ні навіть повний набір можливих результатів невідомі, оскільки відсутній прецедент. Ця невизначеність, з якою стикається більшість підприємців, «не може бути ні застрахована, ні капіталізована, ні оплачена в формі заробітної плати» [5]. Підприємець не знає заздалегідь ціну, за якою буде продано його продукт, але, водночас, зобов'язаний заздалегідь розплатитися з власниками факторів виробництва. Якщо реальна виручка виявиться більше цих виплат, він отримає прибуток, а якщо менше – зазнає збитків.

У переддоговірних відносинах «теорія ризику» ґрунтується на трьох основних положеннях.

1. Перше полягає в тому, що будь-яке втручання в переддоговірний процес, коли сторони ще не прийняли на себе жодних договірних зобов'язань, є порушенням принципу свободи договору, який завжди був

одним з ключових принципів договірного права. Суб'єкти в цілому нічим не обмежені при прийнятті рішення про укладення договору, тобто в питаннях про те, з ким і на яких умовах його укладати. Однак така автономія може бути обмежена самими учасниками або відповідно до законодавства [6, с. 624].

Свобода договору має різні форми, такі як: свобода від договору (свобода від укладення договору на етапі переддоговірних переговорів); право вільного вибору контрагента; право вільного вибору предмета і мети договору; право вибору форми договору і способу його укладання; право вибору способу забезпечення виконання договору; право вибору умов договору та терміну його дії; свобода надання укладеному договору зворотної сили; право вибору виду договору та укладення змішаного договору; право вільно визначити й вказати розмір очікуваних збитків за порушення договору; право обмежити розмір цивільно-правової відповідальності за невиконання або неналежне виконання договору; свобода вибору права, що застосовується при вирішенні спорів, що виникли з договору; право вибирати механізм для вирішення спору, який виник з договору.

У вищевказаному переліку форм прояву свободи договору першою є свобода укладення договору (*freedom to contract or not to contract*), тобто право самостійно вирішувати укладати чи не укладати договір. Прийнявши рішення про укладення договору, контрагенти починають процес реєстрації (тобто від переддоговірних переговорів до завершальної стадії укладення самого договору). Головним тут є добровільність рішення та автономність волі сторін. Індивідуальна свобода, яка складає основу цього права, відносна. Беручи відповідне рішення, контрагенти повинні керуватися існуючими на цей рахунок законами. У таких випадках закон виступає як обмежувач свободи укладення договору.

2. Суть другого полягає в тому, що таке обмеження свободи договору змусить сторони подумати двічі, перш ніж вступати в переговори, а значить, призведе до зниження кількості укладених контрактів, що, у свою чергу, може стати фактором сповільнення економічних процесів.

Згідно з цією логікою, якщо контрагент безпідставно відмовляється від подальшого проведення переговорів, на нього накладається цивільно-правова відповідальність за вихід із незавершених переддоговірних переговорів. Однак дослідники довели, що такі новації не тільки не змінять рішення сторін вступати в переговори, а навпаки, збільшать число контрактів, що укладаються. Оскільки сторони будуть почувати себе більш комфортно і впевнено, знаючи про можливість відшкодування збитків у разі недобросовісної поведінки контрагента [7, с. 4].

3. Третє положення ґрунтується на принципі, згідно з яким поведінка сторін, що не підпадає під дію формально встановлених норм, є юридично індиферентною. Однак тенденції розвитку сучасного законодавст-

ва полягають у його трансформації з максимально формалізованого в максимально гнучкий і сприйнятливий до вимог ринку. Що повною мірою відноситься й до процедури укладання договорів. Закон також починає приділяти більше уваги діям сторін перед направленням оферти та поступово приходиться до визнання процедур укладення договору, що є альтернативою класичної процедури, таким як укладення договору в ході переговорів.

Зазначені ризики створюють суб'єктивно-об'єктивні перепони успішному завершенню переговорного процесу щодо укладення договору. Для їх подолання необхідно заздалегідь створити ідеальну модель майбутньої договірних відносин: визначити послідовність своїх дій і дій контрагента. Можна накреслити приблизну схему майбутньої договірних відносин, виокремити етапи та визначити терміни її виконання – від укладення договору до його виконання; що має бути зроблено на кожному етапі та що для цього необхідно; а найголовніше – який можливий ризик. Необхідно передбачити, які позитивні наслідки вдалого виконання договору, що укладеться (налагодження дружніх партнерських зв'язків, підвищення ділової репутації в підприємницькому середовищі, отримання прибутку тощо), а також можливі негативні наслідки в разі, якщо угода обернеться невдачею. При цьому, звичайно, слід врахувати і ймовірну можливість настання обставин, що не залежать від волі сторін, які укладають договір (наприклад, стихійні лиха, аварії, епідемії), оскільки в цих випадках вони звільняються від виконання своїх зобов'язань і не несуть за це відповідальності (якщо, звичайно, інше не обумовлено договором).

Лише після того, як складеться чітке уявлення про майбутні договірні відносини, можна приступати до складання формулювань умов договору, готувати всі необхідні документи тощо.

**Висновки.** Отже, з плином часу і розвитком ринку всі три положення, на яких ґрунтується теорія ризику, втратили свою переконливість і значимість. Стає зрозуміло, що віддаленість закону від існуючих на переддоговірному етапі правовідносин може призвести до несправедливих результатів [8, с. 407]. Так, сучасний закон стикається з необхідністю визнання переговорів як окремої процедури укладення договору та встановлення спеціальних правил, що регулюють відносини сторін у ході переговорів. Іншими словами, сучасний закон повинен знайти баланс між, з одного боку, необхідністю захисту прав та інтересів сторін вступити в переговори і, з іншого боку, необхідністю дотримання свободи договору.

Таким чином, існування такого виду правових відносин як переддоговірні відносини є очевидним. Вони являють собою складне конкурентне середовище, сприятливе для порушень, чи-то навіязування невігідних умов, введення в оману шляхом надання неправдивої інформації тощо.

**Використані джерела:**

1. Musy A. M. Disclosure of information in the precontractual bargaining. A comparative analysis / A. M. Musy. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.jus.unitn.it./cardozo/Obiter\\_Dictum/codciv/](http://www.jus.unitn.it./cardozo/Obiter_Dictum/codciv/).
2. Кучер А. Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект / А. Н. Кучер. – М.: Статут, 2005. – 363 с.
3. Бланк И. А. Управление финансовыми рисками / И. А. Бланк. – К. : Ника-Центр, 2005. – 600 с.
4. Костина Н. В. Истоки возникновения и методические основы анализа предпринимательского риска [Электронный ресурс] / Костина Надежда Викторовна // Вестник ЮУрГУ. Серия: Экономика и менеджмент. – 2012. – № 22. – Режим доступа : <http://cyberleninka.ru/article/n/istoki-vozniknoveniya-i-metodicheskieosnovy-analiza-predprinimatelskogo-riska> (дата обращения: 18.02.2016).
5. Найт Ф. Х. Риск, неопределенность и прибыль / Ф. Х. Найт ; пер. с англ. – М. : Дело, 2003.
6. Белоглаvek А. И. Европейское международное частное право – договорные связи и обязательства : [в 2 т.] : Т. 1 / А. И. Белоглаvek ; [отв. ред. пер. Т. В. Фиников, С. А. Чикурлий]. – К. : Таксон. – 2010. – CLXXVIII, 1395 с.
7. Bebchuk L. A., Ben-Shahar O. Pre-contractual Reliance. / Bebchuk Lucian Arye, Ben-Shahar Omri // Discussion Paper No. 192. – Harvard Law School, 1996. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Bebchuk\\_192.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Bebchuk_192.pdf).
8. Kessler F., Fine E. Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract : a Comparative Study [Електронний ресурс] / Friedrich Kessler and Edith Fine // 77 Harvard Law Rev. 3 (1964). / Faculty Scholarship Series. Paper 2724. – Режим доступу : [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2724](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2724).

**Старинец Е.А. Основные положения «теории риска» («venturesome theory») в преддоговорном процессе**

В преддоговорных отношениях «теория риска» основывается на трех основных положениях: во-первых, любое вмешательство в преддоговорной процесс является нарушением принципа свободы договора. Во-вторых, ограничения свободы договора заставит стороны подумать дважды, прежде чем вступать в переговоры, а значит, приведет к снижению количества заключенных контрактов; третье положение основывается на принципе, согласно которому поведение сторон не подпадает под действие формально установленных норм, являється юридически индифферентным.

Современный закон должен найти баланс между, с одной стороны, необходимостью защиты прав и интересов сторон вступить в переговоры и, с другой стороны, необходимостью соблюдения свободы договора.

Ключевые слова: *преддоговорные отношения, «теория риска», преддоговорной процесс, переговоры, свобода договора.*



**Starinets K.A. General provisions «risk theory» («venturesome theory») in pre-contract process**

The «venturesome theory» in the pre-contract relationship is based on three main positions:

1. The first is that any interference into the pre-contract process where the parties have not taken over any contractual obligations forms a violation of the principle of freedom of contract, which has always been one of the key principles of contract law. The subjects generally are not limited in making decisions about the contract. However, this autonomy may be limited by the participants or by law.

2. The second one is that such a restriction of freedom of contract would force parties to think twice before engaging into negotiations, and thus will reduce the number of contracts, which in turn can be a factor that slows economic processes. According to this logic, if the counterparty unreasonably refuses from further negotiations, he should bear civil liability for cessation of pre-contract negotiations. However, researchers have shown that these innovations not only change the decision of the parties to enter into negotiations, but on the contrary will increase the number of concluded contracts. The parties will feel more comfortable and confident knowing about the possibility of compensation in case of unfair behavior counterparty.

3. The third position is based on the principle according to which the behavior of the parties which is not a subject to a formal set of rules is legally indifferent. However, the trends of modern law lie in its transformation from the most formal to the most flexible and sensitive due to market requirements. That fully applies to contracting procedures. The law also begins to pay more attention to the actions of the parties before sending the offer and comes to the recognition of the contract conclusion procedures that are an alternative to classical procedures, such as the negotiations.

Thus, with time and market development, all three positions on which the «venturesome theory» is based have lost their credibility and importance. It is clear that the lack of the existing law on pre-contract phase relationship can lead to unfair results. Therefore, the current law is faced with the necessity for recognition of negotiations as a separate contract procedures and establish specific rules governing the relationship of the parties in the negotiations. In other words, the current law must strike a balance between, on the one hand, the need to protect the rights and interests of the parties to negotiate and, on the other hand, the need to respect freedom of contract.

*Key words: pre-contract relationship, venturesome theory, pre-contract process, negotiations, freedom of contract.*