

УДК 340.1

ЮДІН З.М.

СИСТЕМА ПРИНЦІПІВ ДОГОВІРНОГО ПРАВА ТА СУЧASNІЙ КОНТРАКТИВІЗМ

Аналізується проблема застосовності основних теорій обов'язковості договорів до сучасних умов розвитку договірного права. Показано, що зміст принципу *pacta sunt servanda* має тлумачитись з урахуванням раціональної спрямованості на участь у договірному дискурсі.

Ключові слова: загальна теорія договору, принципи договору, принцип *pacta sunt servanda*, теорія обіцянки, теорія конвенціоналізму.

Анализируется проблема применимости основных теорий обязательности договоров в современных условиях развития договорного права. Показано, что содержание принципа *pacta sunt servanda* должно толковаться с учетом рациональной направленности на участие в договорном дискурсе.

Ключевые слова: общая теория договора, принципы договора, принцип *pacta sunt servanda*, теория обещания, теория конвенционализма.

The problem of the applicability of the basic theories of the binding of agreements to modern conditions of contract law has been discovered. It is shown that the content of the principle of *pacta sunt servanda* should be interpreted on the basis of rational orientation to participation in the contractual discourse.

Key words: general theory of contract, contract principles, principle of *pacta sunt servanda*, theory of promise, theory of conventionalism.

Вступ. Загальна теорія договору як невід'ємна частина сучасної юриспруденції формується та-кож за рахунок класичних уявлень про принципи, на яких має базуватись будь-який правовий порядок. Серед них можна назвати універсалні ідеї, що забезпечують дієвість договірного права та виступають критеріями для оцінки договорів як самостійних правових феноменів (принцип свободи договору, принцип справедливості, принцип взаємної відповідальності, принцип добросовісності тощо). При цьому важливо усвідомлювати, що ні на рівні окремих (спеціальних) теорій договору (цивільного, адміністративного, міжнародно-правового тощо), ні на рівні загальнотеоретичної юриспруденції й філософії права не існує загальнознаного підходу до питання про те, чому договори мають виконуватись та як необхідно кваліфікувати їх невиконання. Звісно, дієвість договору й природа його зобов'язуючої сили є широко відомим предметом досліджень, майже кожна правова школа так чи інакше розглядала це питання з позицій відповідної методології. Однак особливості сучасного правового розвитку, серед характерних рис якого варто згадати посилення ролі договірного регулювання, вимагають комплексного розуміння проблем максими «договори мають виконуватись» (*pacta sunt servanda*).

Постановка завдання. Мета статті, відповідно, полягає у формуванні телеологічного погляду на систему принципів договірного права в їх спрямованості на виконуваність договорів і надійність договірного правового регулювання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням принципів договірного права на теоретичному рівні присвятили свої роботи В.В. Іванов, Г. Джилмор, М.М. Марченко, Ю.М. Оборотов, С.П. Погребняк. Вагомими також є висновки цивілістів: Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубевої, Ю.В. Рогової та інших.

Результати дослідження. Варто зауважити, що проблематика принципів договору та принципів договірного права є досить поширеним предметом досліджень, особливо у сфері цивільного права, де основна увага приділяється діяльності УНІДРУА, у тому числі щодо систематизації цих принципів. Однак із теоретичної позиції важливо усвідомлювати декілька суттєвих моментів. Так, принципи договору як міжгалузевого правового інституту та принципи договірного права, хоч і є тісно пов'язаними, усе ж виражают різні аспекти правової реальності. Коли йдеться про принципи договору, то вони розглядаються в ракурсі проблем ієархії правової нормативності (загальні принципи права – принципи галузей права – принципи підгалузей права – принципи інститутів права). Однак якщо брати до уваги всю сферу договірного правового регулювання, то акцент робиться не на фор-

© ЮДІН З.М. – кандидат юридичних наук, доцент, докторант (Національний університет «Одеська юридична академія»)

мальних передумовах договорів (як-то принцип свободи договору, принцип договірної дисципліни, принцип відповідальності за неналежне виконання договорів тощо), а на субстантивних підвалах ефективності договірної сфери в цілому. Саме тому система принципів договірного права має розглядатись із позицій уявлень про соціальний ефект і надійність договірного права, також у цьому сенсі важливо показати зв'язок принципів договору з фундаментальним принципом договірного права – принципом *pacta sunt servanda*.

Дійсно, переконаність у тому, що контрагент виконає свої договірні зобов'язання, є єдиною достатньою підставою для того, щоб взагалі вірити в силу договору як акта, який встановлює такі зобов'язання. Тобто принцип *pacta sunt servanda*, на відміну від інших принципів договірного права, має субстантивне значення, оскільки апелює не до змісту договорів і навіть не до їх форми, а до того, чому вони взагалі існують як один із різновидів вираження правової волі суб'єктів права. У цьому сенсі не меншого значення набуває проблема виконуваності договорів, оскільки для сучасного права зі зростанням сфери договірного правового регулювання так само набуває значення питання гарантованості договорів.

Упродовж усієї історії свого розвитку юриспруденція виробила декілька підходів до розкриття змісту принципу *pacta sunt servanda*. Найдавніша та за багатьма параметрами найвпливовіша з них – це теорія обіцянки. Її, зокрема, відстоював Т. Аквінський і більшість середньовічних докторів права. Суть цієї теорії полягає в тому, що за доброю волею вважається, що людина чесно зобов'язана виконувати свої обіцянки, у тому числі ті, що виражені у формі угоди (*contractus*) чи договору (*pactum*). Порушення ж обіцянки є формою неправди та обману, що розглядається як гріх, оскільки тим самим людина обманює не лише близького свого, а й Бога. Російський правознавець Д.Ю. Полдніков, відомий своїми глибокими аналітичними дослідженнями у сфері історії договорів і договірного права, зауважує, що середньовічна холастика в цілому базувалась на двох основних трактуваннях принципу *pacta sunt servanda*: відповідно до першого договори є обов'язковими через те, що всі вони базуються на обіцянці (у формі оферти), а будь-яка обіцянка є обов'язковою за природним і божественным правом; відповідно до другого іноді договори мають відповідати певним критеріям, що підтверджують серйозність намірів сторін (наприклад, такими критеріями є вимоги до форми й змісту договорів, обов'язкових умов тощо), а отже, неможливо стверджувати, що сам факт обіцянки є офертю [1, с. 45]. Однак за обох підходів основним фактором, який зумовлює дієвість принципу *pacta sunt servanda*, є розуміння гріха та, відповідно, провини перед близкім і перед Богом.

Більш відомі аргументи, націлені на обґрунтування принципу *pacta sunt servanda*, наводили представники класичної природно-правової доктрини: Г. Гроцій, С. Пуффендорф, Х. Томазій та інші. Як і в разі зі холастичними інтерпретаціями обов'язковості договорів, вони також апелювали до ідей, що лежать за межами позитивного права та самого договору. Обов'язковість договору для його сторін постає, проте, не з концепту гріховності порушення обіцянки, а з позиції ідеї універсальної справедливості: ніхто не може бажати, щоб його контрагент не виконував свої зобов'язання, а отже, обов'язковість договору постає з принципу розумності. Обіцянка, надана в договорі, є проявом людського розуму (ніхто не хоче давати нерозумні й невиконувані обіцянки), а тому дотримання договору є актом поведінки, що відповідає природному праву. Принцип *pacta sunt servanda* дано всім людям від природи, він укорінений у самій суті всього сущого, а отже, порушення договору є порушенням певного наперед встановленого світового порядку, гармонії. І саме це є підставою для застосування до порушника примусу.

Ідея обіцянки як ключового елемента принципу *pacta sunt servanda* отримала логічне завершення у філософії права І. Канта, який зв'язав право та мораль категоричним імперативом. Кантіанство показало безпосередній зв'язок між неетичністю обману й настанням договірної відповідальності, адже невиконання зобов'язання є порушенням іманентного категоричного імперативу. Таким чином, для І. Канта застосування тісно чи іншою мірою примусу до порушника договору та відповідне обмеження його індивідуальної свободи мас морально-правову природу. Це дає змогу філософу розв'язати класичне противіччя теорії обіцянки, яке полягає в тому, що порушення договору є вольовим актом, а тому має розглядатись як прояв свободи. Включення в цю систему ідеї самозаконності як фактора обмеження індивідуальної волі дає І. Канту можливість трактувати принцип *pacta sunt servanda* як априорний складник людської свідомості.

Варто, проте, зазначити, що не завжди принцип *pacta sunt servanda* тлумачиться з позиції априорних чи трансцендентальних категорій (таких як гріх, проступок перед Богом, природна гармонія, категоричний імператив тощо). Історія філософсько-правової думки знає також інші підходи до обґрунтування необхідності дотримання договорів. Наприклад, Д. Юм відкидав ідею про априорне й природне походження етики дотримання обіцянок та вважав, що цей етичний принцип, як і його юридичний прояв, має конвенційний характер і полягає в тому, що люди схильні утримуватись від порушення обіцянок через необхідність досягнення суспільної користі. Порушення обіцянки є актом, що знижує ефективність моралі, адже агенти й контрагенти втрачають довіру один до одного [2, с. 670–681].

Конвенціональний фактор суспільної моралі (а отже, і принципу *pacta sunt servanda*) підкреслює також Дж. Ролз, коли застосовує ідею чесності як фундамент соціальної справедливості. Варто зазначити, що якщо переносити ролзівське розуміння контракту до правової сфери, то необхідно підкреслити, що запропонована ним чисто процедурна теорія контрактивізму складно трансформується в реальний юридичний договір як правовий акт. Однак ідея Дж. Ролза в поясненні конвенційності полягає не в цьому. Говорячи про договір у правовій сфері, можна виходити з подвійного розуміння цього явища: як суть правового акта, у якому на підставі принципу взаємної відповідальності формулюється узгоджене волевиявлення суб'єктів права про бажане регулювання відносин між ними¹, та як найбільш загальні форми існування правової реальності, коли договір постає базовою структурою правової сфери, у якій відбувається розподіл суб'єктивних прав і юридичних обов'язків усіх суб'єктів правових комунікацій. У другому випадку ролзівська інтерпретація принципів контрактивізму цілком застосовна хоча б тому, що в цьому аспекті правова сфера постає як організована за договірним принципом соціальна система, і саме рівень здійсненості й гарантованості такого договору є реальним показником правового розвитку того чи іншого суспільства [4].

Однак теорія обіцянки, як і теорія конвенціоналізму, не дає змогу пояснити, чому сторони договору вважають за необхідне дотримуватись умов договору в одних випадках та не дотримуватись в інших. Адже одна з особливостей договірного права полягає в тому, що невиконання договору є набагато «м'якшим» за своїм наслідком правопорушенням, ніж недотримання приписів правових норм. При цьому слушно є позиція Ю.В. Рогової, яка ставить цілком розумне запитання: якщо невиконання договору з позиції теорії обіцянки та теорії конвенціоналізму розглядається насамперед як неетична поведінка, а вже потім як правопорушення, то чому саме цей різновид неетичної поведінки гарантується настільки складним і дорогоим примусовим апаратом, як правова система? [5, с. 109]. Однак більш суттєвою при цьому є навіть інша проблема, яка полягає в тому, що в будь-яких теоріях договору, які так чи інакше апеляють до категорії моралі під час обґрунтування принципу *pacta sunt servanda*, ігнорується той факт, що в сучасній договірній практиці численні порушення зобов'язань у більшості випадків сприймаються в межах конвенційної моралі цілком толерантно. Г. Джилмор стверджує, що, наприклад, невиплата компанією передбачених контрактом коштів контрагенту внаслідок фінансових проблем може розглядатись як цілком нормальна з етичної позиції ситуація, однак право при цьому все одно стоятиме на позиції принципу *pacta sunt servanda* із застосуванням відповідних санкцій (штрафу, неустойки) щодо порушника договору [6, с. 112–113]. Це є своєрідним доказом того, що зміст принципу *pacta sunt servanda* не настільки сильно прив'язаний до моралі, як про це прийнято думати, оскільки моральна оцінка порушення обіцянки та порушення договору є зовсім різною, що підтверджується не лише правозастосованою практикою, а й повсякденним досвідом.

Досить характерними й прикметними в цьому контексті є спроби пояснювати виконуваність договорів і їх юридичну силу з огляду не на морально-етичні імперативи чи дедуктивні теоретичні конструкції, а на сам концепт права. Однією з таких спроб є концепція Л. Фуллера, у межах якої договір пояснюється як «закон у мініатюрі» [7, с. 235–236]. З таким тлумаченням, проте, можна погодитись лише як із метафорою, адже нормативність не є властивістю більшості договорів, тоді як закони є нормативними завжди. Водночас метафора Л. Фуллера має право на існування в тому сенсі, що на договори поширяються ті ж принципи формальної законності, які утворюють те, що філософ права називає «внутрішньою мораллю права», за винятком загальності та публічності (хоча деякі типи договорів є загальними й вимагають опублікування, тобто вони є нормативними). Дійсно, договори повинні мати пряму дію, бути максимально ясними, не містити суперечності, не вимагати неможливого, бути відносно стійкими в часі, а дії контрагентів мають відповідати обумовленим зобов'язанням. Ці принципи не виходять за межі юридичної логіки, і в такому сенсі має рацію Г. Харт, який у своїй полеміці з Л. Фуллером справедливо зважав на те, що такі вимоги некоректно називати мораллю права, адже вони становлять ядро юридичного мислення, а не морального. Як зазначає Р. Кар, дослідник англо-американської традиції філософії права, у якій питанням договорів завжди приділялася значна увага, час підтвердив правоту Г. Харта в тому сенсі, що договори однозначно входять до структури права не за ознакою відповідності спільним моральним принципам і цінностям, а за ознакою використання одних і тих же прийомів мислення про право [8, с. 901]. Таким чином, спроба обґрунтувати примусовість договорів та раціональність принципу *pacta sunt servanda* через пошук аналогій між договором і законом не досягла успіху.

Іншу спробу пояснити виконуваність договорів та зміст принципу *pacta sunt servanda* здійснює Г. Харт. Фактично він зводить правову систему до певних базових пізнавальних правил, які легітимують корпус правил у цілому, хоча самі ці правила не вимагають раціонального обґрунтування [9, с. 115]. Як зазначає з приводу його теорії Ю. Габермас, первинні правила в розумінні Г. Харта є подібними до правил мовної гри, оскільки вони вкорінені в практиці та для учасників комунікації

¹ Обґрунтування саме такого розуміння договору надано в іншій нашій статті [3].

постають як певна культурна даність, щодо якої діє презумпція дієвості [10, с. 54]. З огляду на цю позицію принцип *pacta sunt servanda* існує як певна загальнозначима формула, яка не підлягає раціональному обґрунтуванню всередині самого договірного дискурсу, оскільки вимагає легітимації в первинних правилах. Отже, концепція Г. Харта фактично відмовляє договорам у самостійному значенні як інструментам примусу, оскільки принцип *pacta sunt servanda* лежить не в площині конкретних договорів, а в площині первинних правил, які, знову ж таки, обґрунтовувати не доводиться.

Така позиція, проте, не вирішує проблему зобов'язувальної сили договору. Апеляція до «опосередкованої» примусовості договорів, коли їх легітимність як зводу правил виявляється залежною від законів як певних визнаних раціональних підстав для правової взаємодії, не завжди «працює» в реальному правовому просторі. Наприклад, концепція Г. Харта не дає змогу пояснити примусовий характер договорів у сфері інтеграційного права, адже їх легітимність має переважно інституційний, а не нормативний характер. Дотримання інтеграційного договору забезпечується інституційними інструментами, сформованими незалежно від корпусу правил, характерних для міжнародного правопорядку. Саме ця обставина є ключовою для відокремлення права Європейського Союзу від міжнародного права. Так само теорія Г. Харта не спрацьовує у випадку із самовиконуваними міжнародними договорами, які не вимагають ратифікації й ухвалення спеціального законодавства для виникнення міжнародного зобов'язання, тобто лежать за межами норм визнання. Як правило, це договори у сфері прав людини, які діють для держави незалежно від того, чи взяла вона на себе відповідні зобов'язання. Вважаємо, що з розширенням меж договірного правового регулювання кількість договорів, які не будуть вписуватись у конструкцію первинних і вторинних правил, лише зростатиме.

Отже, з теоретичної позиції ні концепції, які обґрунтують обов'язковість договору через моральний імперативи, ні концепції, які використовують для цього винятково юридичний інструментарій, не дають належного ефекту, оскільки вони або суперечать договірній практиці (як у випадку з «моральними» концепціями), або не охоплюють усю сукупність та різноманіття договорів («юридичні» концепції). Однак можна вийти на новий рівень у розкритті змісту принципу *pacta sunt servanda*, застосовуючи інституційне бачення договірного права й договірного процесу.

Ідеється про те, що дієвість принципу *pacta sunt servanda* може забезпечуватись не лише за допомогою зовнішнього примусу, а й за допомогою інституційних механізмів, які самі сформовані на основі договірних норм. У цьому плані концепція подвійної легітимності втрачає свій сенс, оскільки договірна норма виявляється примусовою не завдяки існуванню зовнішніх механізмів примусу, а за рахунок неможливості виходу за межі визначеного договірного дискурсу. Важливо зазначити, що такий підхід до проблеми сили договору й зобов'язання стає можливим лише сьогодні, коли сфера договірного регулювання розширяється за рахунок дедалі більшої диспозитивності правової реальності. Вона ж зумовлює підхід, відповідно до якого претензія на значимість правової норми та дієвості принципу *pacta sunt servanda* визначається необхідністю переведення в межах певного визначеного договірного простору. Виключеність із цього простору часто є рівнозначною виключеності з правово-го дискурсу в цілому. Тому непорушення договірних зобов'язань пов'язується не з чесністю й обіцянкою, а з раціональним прагненням до участі в договірному дискурсі.

Ключовим фактором, який вимагає дотримання принципу *pacta sunt servanda*, стає не примусовість, що походить від зовнішніх джерел (наприклад, від держави), а прагнення зберегти зв'язки в договірному дискурсі. Такий підхід дає можливість поєднати переваги «моральних» і «юридичних» концепцій, оскільки він, з одного боку, апелює до репутації й чесності, а з іншого – пов'язує договірну практику з прийнятими в суспільстві конвенційними нормами, що регламентують договірний процес та *contractability*² суб'єктів. Важливим аспектом реалізації принципу *pacta sunt servanda* при цьому стає проблема інституційної довіри. Сучасна ринкова економіка, яка є договірною за своїм походженням та формою, хоч і захищає інтереси окремих виробників, засновується на об'єднанні капіталів, ресурсів, укрупненні виробництва, а отже, на об'єднанні людських ресурсів, тобто веде до формування окремих фінансово-промислових груп, торговельно-виробничих об'єднань тощо. Тобто економічна сфера стає однією з фундаментальних форм людського спілкування й соціальної взаємодії. У свою чергу здатність до спілкування, до колективних дій залежить від того, якою мірою ті чи інші соціальні групи дотримуються схожих норм і цінностей. На основі таких норм та цінностей виникає довіра, яка, на думку Ф. Фукуями, має, окрім соціальної, також економічну значущість [11, с. 126].

Довіра – це очікування того, що члени певного суспільства будуть поводитись відповідно до загальновизнаних норм. Ці норми можуть бути різними, проте головну роль серед них відіграють саме правові норми, оскільки вони мають найвищий рівень суспільного гарантування. Відсутність такої довіри веде до економічної кризи правової системи, оскільки зростають «транзакційні витрати». Тому розв'язання проблем економічного порядку безпосередньо пов'язується зі зростанням довіри до

² З англ. «контрактоздатність». У це слово в англо-американській літературі вкладається дещо інший сенс порівняно з вітчизняною традицією цивілістики, яка розглядає цей феномен як елемент правозадатності. Contractability – це більше ділова й моральна оцінка контрагента, ніж суто юридична.

правової системи. У свою чергу зростання довіри до правової системи є показником її легітимності. Отже, інституційний підхід до розуміння принципу *racta sunt servanda* виявляється тісно пов'язаним з ідеями дискурсу й конвенційної етики, які є важливими факторами легітимності правової системи, а отже, і договірного права.

Висновки. Таким чином, система принципів договірного права може розглядатись під кутом зору поєднання в ній формальних і субстантивних принципів. Однак у ракурсі теорії правового контрактивізму фундаментального значення набувають саме субстантивні принципи, оскільки саме вони дають змогу пояснити розширення сфери договірного правового регулювання. Сила договору, яка розкривається через таку інтерпретацію принципу *racta sunt servanda*, дає змогу показати специфіку сучасного договірного права: воно є сферою діалогічного правового дискурсу рівноправних суб'єктів. Саме тому порушення умов договору веде до характеру трансформації правового дискурсу, який може бути більш небезпечним для суб'єкта, ніж порушення правової норми недоговірного походження.

Список використаних джерел:

1. Полдников Д.Ю. Проблема обязательности договоров: взгляд Саламанской школы XVI века / Д.Ю. Полдников // Право. – 2011. – № 2. – С. 39–50.
2. Юм Д. Трактат о человеческой природе / Д. Юм // Юм Д. Сочинения : в 2 т. / Д. Юм. – М. : Попурри, 1998. – Т. 1. – 1998. – С. 42–677.
3. Юдин З.М. Понятие и основание правового контрактивизма / З.М. Юдин // Наукові праці Одеської національної юридичної академії. – 2011. – Т. 10. – С. 305–312.
4. Юдин З.М. Методология контрактуализма Дж. Роулза и ее применение в правовой сфере / З.М. Юдин // Питання удосконалення методології сучасної юриспруденції : тези 2-ої Міжнар. наук. конф., присвяч. пам'яті проф. О.В. Сурілова (м. Одеса, 30–31 березня 2012 р.) / за ред. Ю.М. Оборотова. – О. : Фенікс, 2012. – С. 177–180.
5. Рогова Ю.В. Теория обещания как одна из основ реализации принципа *racta sunt servanda* / Ю.В. Рогова // Вектор развития современного государства и права : I Междунар. науч.-практ. конф. – Йошкар-Ола, 2013. – С. 105–112.
6. Gilmour G. The Death of Contract / G. Gilmour. – 2nd ed. – Columbus : Ohio State University Press, 1995. – 182 p.
7. Фуллер Л. Мораль права / Л. Фуллер ; пер. с англ. Т.В. Даниловой ; под ред. А.С. Куряева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : ИРИСЭН, 2007. – 306 с.
8. Kar R.B. The Deep Structure of Law and Morality / R.B. Kar // Texas Law Review. – 2006. – Vol. 84. – P. 877–942.
9. Харт Х.Л.А. Концепция права / Х.Л.А. Харт. – К. : Сфера, 1998. – 236 с.
10. Хабермас Ю. Вовлечение другого. Очерки политической теории / Ю. Хабермас ; пер. с нем. Ю.С. Медведева ; под ред. Д.В. Складнева. – СПб. : Наука, 2001. – 417 с.
11. Фукуяма Ф. Доверие. Социальные добродетели и созидание благосостояния / Ф. Фукуяма // Доверие. Социальные добродетели и созидание благосостояния : [антология] / под ред. В.Л. Иноземцева. – М. : Academia, 1999. – С. 123–126.