

ДОГОВІР ЯК ДЖЕРЕЛО ЗАХІДНОГО ПРАВА (ДО ПОСТАНОВКИ ПРОБЛЕМИ)

Сьогодні в світі не існує цілком замкнених національних систем права. Нині засаду усіх розвинених державно-правових устроїв складають універсальні, а не національні елементи, внаслідок чого і основні правові поняття та практика їх втілення більш чи менш спільні в усіх сучасних правових системах.

Принцип універсалізму науки права, про який йдеться, змушує нас опанувати, зокрема, й такою складною проблемою, як джерела права.

В умовах правової системи попередніх десятиліть по суті єдиним джерелом права визнавався нормативний акт. Договір, правова доктрина, суддівське право не визнавалися джерелами права, бо вони погано поєднувалися з вимогою однозначного розуміння і застосування закону, а звичай мав обмежену сферу застосування. У країнах романо-германської англосаксонської правової сім'ї, навпаки, закон (інший юридичний припис) не вважається єдиним витком права, поряд з ним існують і інші важливі джерела права недержавного походження (правова доктрина, судова практика, договірне право, звичаєве право) і закон має сенс лише в єдності з ними.

З-поміж названих джерел права виокремо і зосередимо увагу на договорі.

Якими є витки сучасного договірного права Заходу?

Історія свідчить, що мотив договору своїм витком має державно-правову думку давніх греків, римлян і германців. Стоїкі обстоювали конвенціоналістську теорію суспільства; пізніше цей же мотив ми знаходимо у Епікура, Лукреція, Цицерона. Засуджений до смерті Сократ в платонівському діалозі «Критон» говорить про мовчазний де говір, що зв'язував громадян з полісом, договір, з яким вони живуть, працюють, і який забороняє йому, Сократу, втікати, щоб уникнути смертного вироку. А в своїй пізній філософії Платон говорить вже про такий вид договору стосовно панування, який в Середні віки і на початку Нового часу буде відігравати серйозну роль. Укладається він між правителем та станами і в межах вже існуючого державного правопорядку (в середні віки – феодалізм) дає конкретне визначення прав і обов'язків правителя. Цей договір, який через свою формулу називається також капітуляцією, є для правителя нагадуванням про те, що джерело його влади не він сам, і не тільки «божественне право», але що влада його нерозривно зв'язана з згодою васалів.

У філософії просвіти XVII-XVIII ст. під договором тепер розуміють не просто згоду в межах вже існуючого політичного устрою; він служить легітимації державно-правової спільноти взагалі. Відомими представниками договірної теорії були Альтезій, Гроцій, Гоббс, Спіноза, Локк, Вольф, Руссо, і Кант. Однак договірну теорію серйозно критикували Юм, Адам Сміт, Берк, Гегель, Бентам, Остін і соціал-дарвіністи. Завдяки їхнім спільним зусиллям ідея договору протягом XIX ст. все більше і більше витіснялася на узбіччя, поки, врешті, повністю забувається.

Сьогодні теорія суспільного договору відроджується. Найбільш відомими її представниками є О.Хеффе, Д.Ролс і Р.Нозік. Усі вони опрацюють договірну теорію права і справедливості.

За О.Хеффе, договір, на відміну від звичної неформальної обіцянки, є наділена правовою силою згода, для якої суттєвими є три моменти. По-перше, за учасниками залишається право вільно вибирати, будуть вони приєднуватися до згоди чи ні. Підставою договору є однасторонність сторін, добровільна згода, консенсус. По-друге, у випадку згоди йдеться про передачу певних прав і обов'язків, причому, частіше за все ця передача має взаємний характер (це може бути обмін товарів на послуги і навпаки, або обмін тих і других на гроші). Договір – це правова фігура не тільки приватного права, але і права публічного. Говорячи про договір, не можна, таким чином, все зводити лише до економічної сторони справи. По-третє, після укладення договору дотримання його умов стає правовим обов'язком кожного учасника, а недотримання веде до застосування відповідних штрафних санкцій [1, с.278-282].

Визнання рівності обопільних послуг, тобто рівнозначності того що дається і отримується, – а це і є сутністю договору, – означає визнання рівності сторін, які уклали угоду. Через акти купівлі-продажу, оренди, позики тощо люди визнають обопільну рівність. Тож договір є актом визнання або рівності, або втіленою рівністю. Там, де договір стає за підвалину соціальної взаємодії, або має місце порушення угоди, там можлива несправедливість. Тож поняття договору найважливіше для розуміння права і справедливості. Можна твердити, що коли докладно описати процедуру договору і виявити всі супутні їй явища, ми дістанемо обґрунтовану відповідь на питання «що є правом і справедливістю?» .

Світовий, передусім, європейський досвід нормотворення і нормореалізації в ринкових умовах засвідчує, що саме договір є корисною і необхідною формою впорядкування людських взаємин. Договірне право, як і звичаєве, не встановлюється якимось зовнішнім законодавцем. Тобто, правила звичаю та договору мають одну спільну властивість: про ті й інші можна сказати, що вони виникають зі стосунків людей між собою, а не застосовуються до цих стосунків якимось зовнішнім джерелом права. Сторони договору мають право створювати обов'язкові для себе норми. Правила, встановлені сторонами договору і будучи для них обов'язковими, допомагають визначити їх юридичні права та обов'язки щодо одна одної. «Перша річ, яка впадає нам в око при більш близькому розгляді договору, – це специфічність термінології, – зазначає сучасний американський правник Л.Фуллер. Договір між двома сторонами, який має належну форму і певний предмет, являв собою, так би мовити закон у мініатюрі. Якщо ми хочемо довідатися про юридичні права та обов'язки сторін у межах сфери дії договору, ми дивимося на умови самого договору. У разі виникнення суперечки, суд тлумачить і застосовує ці умови значною мірою так, немовби вони були актом законодавчого органу» [2, с.87].

У юристів не дуже прийнято говорити про «закон договору», хоча римляни не вагаючись вживали рівнозначний вислів, а у французькому

цивільному кодексі констатується, що договір має «силу закону між сторонами» .

Тож умови договору мають вигляд якогось особливого різновиду законодавчого права. Однак такий погляд на справу спричинює певні незручності для всіх позитивістських теорій, які наполягають на тому, що законотворчість є монополією держави, що всякий справжній закон – це закон, створений чи встановлений державною владою, а все, що походить з іншого джерела, не може бути справжнім продуктом законотворчості, бо якби існувала така річ, як «закон договору», то мали б існувати два види державного права: встановлене в законодавчому порядку і створене на договірній основі. Для розв'язання цієї проблеми звичайно пропонується вважати, що право сторін договору створювати обов'язкові для себе самих норми існує внаслідок делегування законодавчих повноважень держави та з її дозволу волі. «Цьому поясненню, – зазначає Л.Фуллер, – в свою чергу, перешкоджало те, що в багатьох країнах цілком неможливо виявити хоч би який законодавчий акт, що надавав би окремим громадянам право покладати на себе договірні зобов'язання. Це право впродовж століть просто вважалося наданим.

З приводу сказаного слід зауважити, що договір – поняття приватного права. Радянська юриспруденція не визнавала приватного права, а відтак, не визнавала і договір самостійним джерелом правових норм. Нормативний договір вона розглядала суто позитивістський, тобто підставою його виникнення вважала закон (інший юридичний припис). Сьогодні стан справ змінився, однак тлумачення договору залишається позитивістським.

Англійський правник Г.Харт називає суб'єктів договірної права «приватними законодавцями» . «Приватна особа правомочна визначати юридичні процедури у сфері своїх договорів, кредитів, заповітів та інших структур прав і обов'язків» [3, с.47].

Визнання різноджерельності права, на думку Г.Харта, є кроком уперед, не менш важливим для суспільства, ніж виникнення колеса. І це був не просто важливий крок; його цілком можна вважати кроком з доправового в правовий світ. Різноджерельність права забезпечує загальні критерії оцінки законів, анулює, змінює їх, та вводить нові правила поведінки [2, с.85,88].

Про значущість договору як джерела права засвідчує соціологічна школа в юриспруденції; ця школа своєю цілковитою підставою має ідею договору.

Якщо природно-правова доктрина обґрунтовує ідеальний, внутрішній виток права (душа, розум, інтелект), то соціологічна школа в юриспруденції розкриває матеріальний виток права, яким є відносини володіння річчю, що розвинулися з її фактичного привласнення в юридичну приватну власність. Тож природно-правова та соціологічна школи права ніяким чином не можуть заперечувати одна одну, а, навпаки, вони взаємообумовлюються, взаємодоповнюються. Розуміння справжнього характеру їх взаємозв'язку дуже важливо, бо й сьогодні точаться суперечки навколо цих двох шкіл та робляться спроби віддати перевагу тій чи іншій з них.

Подальший хід міркування соціології права такий. Якщо є володарі, власники речей, товарів, то умовою їх існування стає обмін. Формою обміну є договір, юридична угода. І ось у природі договору полягає сенс соціологічної юриспруденції. Правила договору і є правом. Вже за умови нерозвиненої мінової торгівлі (договір обміну) особи, що обмінюються мовчки, визнають одна одну рівними особистостями; вони роблять це вже тоді, коли пропонують одна одній свої блага і укладають між собою угоди.

Таким чином, підставою договорів є рівність та вільна воля власників товару. Як бачимо, соціологічній школі притаманне глибоке розуміння права. Воно тлумачиться як система правових відносин, зміст яких задається самими економічними відносинами володіння, власності, обміну, формою прояву яких є договір, юридична угода, право, таким чином, похідне, воно є наслідком саморозвитку економіки. Відносини володіння, власності за своєю є природою – це такі правові відносини, що можуть існувати до закону і поза законом. І якщо писаний закон нехтує такою специфічною природою відносин володіння та власності, а тим більше спробує нав'язати свою волю природному перебігу подій у відносинах поміж власниками товару, то такий закон приречений на нехтування ним.

Право і закон, таким чином, не тотожні явища. Право у своїй цілісності є поняттям соціологічним, а не юридичним. Юридичне, справедливо стверджують соціологи права (і це є дуже сильним місцем у їх вченні, яке неможливо спростувати), є лише формою (порядком) певного змісту – економічного, політичного, соціального тощо. Пізнати в кожному випадку, скажімо, при творенні законів, такий конкретний зміст юридичній науці лише одній не під силу. Вона залежить від інших наук про людину, державу, суспільство. Якщо право є творінням людським, то усвідомлення його сутності неможливе без розуміння природи людини в усіх її проявах, без проникнення в потреби людини, її здібності, прагнення. Отже, розуміння права мусить розпочинатися з антропологічного моменту.

Здійснений аналіз договірної теорії права не є самоціллю, а мав важливе практичне і теоретичне значення для досліджень у сфері сучасного українського права. Цей аналіз спонукає до опрацювання договірної теорії держави і права.

Якою є по своїй суті договірна теорія держави? Головна ідея полягає в тому, що держава це договір, або взаємна чи обопільна згода. Договір укладається між правителями і підлеглими. Предмет договору – взаємність або обопільність прав і обов'язків правителів, з одного боку, і підлеглих, з другого. Тож невід'ємною ознакою держави постає взаємність владних стосунків.

Якою є по своїй суті договірна теорія права? Типовою відправною точкою для правового позитивіста є твердження, що право треба розглядати як одностороннє здійснення влади, що виникає разом з державою й нав'язує себе громадянам. Право тут не розглядається як результат взає-

модії спрямованих на справедливість орієнтацій громадян та їхньої держави, тож і про договірний характер права не йдеться. Всупереч юридичному позитивізму необхідно визнати, що у самому понятті права має міститися елемент зобов'язання з боку держави. Або: у самому понятті права має міститися елемент взаємодії між державою та громадянами. Таке зобов'язання або взаємодію слід визнати за підставовий елемент права.

Список літератури: 1. Хеффе О. Політика. Право. Справедливість. Основовположення критической философии права и государства. М., 1994. 2. Фуллер Л. Анатомія права. К., 1999. 3. Харч Г.Л.А. Концепція права. К., 1998.

Надійшла до редколегії 12.09.02