

М. Ф. Степко, Я. Я. Болюбаш, В. Д. Шинкарук, В. В. Грубінко, І. І. Бабин. – Тернопіль, 2004. 9. Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. – Т. 23. 10. Школа майбутнього: що нас чекає. – Урядовий кур'єр, 2007 від 18 вересня. 11. Сікорський П. Принципи кредитно-модульної технології навчання // Вища школа. – 2004. – № 4. 12. Бордовская Н. В., Реан А. А. Педагогика. – СПб.: Питер, 2004. 13. Джерела: Тимчасове положення про організацію навчального процесу у кредитно-модульній системі підготовки фахівців / Додаток до Наказу МОН України № 48 від 23.01.2004 р.; Вища освіта України і Болонський процес: : Навч. посіб. / За ред. В. Г. Кременя. Авторський колектив: М. Ф. Степко, Я. Я. Болюбаш, В. Д. Шинкарук, В. В. Грубінко, І. І. Бабин. – Тернопіль, 2004. Політична економія: Навч.-метод. посіб. для самост. вивч. дисципліни / За ред. д-ра екон. наук, проф. К. Т. Кривенка. – К., 2003. Положення про систему підсумкового контролю, оцінювання знань та визначення рейтингу студентів. – Львів, 2000. Положення про проведення поточного і підсумкового контролю у Сумському НАУ (при модульній системі вивчення дисциплін). – Суми, 2005. Положення про організацію навчального процесу у Харківському національному університеті внутрішніх справ з урахуванням вимог кредитно-модульної системи. – Х., 2008. 14. Доненко В. В. Організаційно-управлінська діяльність з реалізації принципів Болонського процесу на рівні вищого навчального закладу // Реалізація Болонської угоди у процесі реформування галузевої освіти МВС України: проблеми і перспективи: Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції 25 травня 2005 р. – Запоріжжя: ЮІ ДДУВС, 2007.

*Надійшла до редколегії 22.08.08*

*О. В. Перова*

### **СВОБОДА ДОГОВОРУ ТА ПУБЛІЧНИЙ ПОРЯДОК ПРИ ВЧИНЕННІ ПРАВОВИНИВ**

За радянських часів, коли воля індивіда та його інтереси були підкорені державі та колективу, питання захисту суспільних інтересів та інтересів держави від волі окремих індивідів взагалі не виникало, адже приватних інтересів не існувало. Прагнення українського законодавця встановити європейські стандарти договір-ного цивільного права, основним принципом якого є свобода договору з неодмінною автономією волі, створенням умов забезпечення свободи та істинної згоди сторін, як і європейська практика, зіткнулося із необхідністю законодавчої охорони суспільних, колективних та державних інтересів. То який «публічний порядок» може бути у приватних відносинах?

Цивільний кодекс України (далі – ЦК), визначаючи загальні засади цивільного законодавства України, закріпив свободу договору (п. 3 ст. 3 ЦК України) як один з основних проявів приватної автономії, що разом з іншими засадами спрямований на встановлення ідей цивільного права як права приватного. За своїм соціально-економічним значенням принцип свободи договору знаходиться поруч із принципом визнання та недоторканності права приватної власності [1, с. 153].

Сутність свободи договору в цивільному обороті України, відповідно до ст.ст. 6, 627 ЦК полягає [2, с. 56–61]:

- у визнанні громадян та юридичних осіб вільними в укладанні договору;
- у наданні сторонам можливості укласти будь-який договір, як передбачений, так і не передбачений актами цивільного законодавства;
- у наданні сторонам можливості вільно визначати умови договору.

Усі прояви свободи договору забезпечують реалізацію своєї майнової самостійності та економічної незалежності учасників цивільного обороту, конкуренцію на рівних з іншими учасниками ринку товарів, робіт і послуг [3, с. 153].

За таких умов логічним був би висновок, що публічне право не може втручатись у приватну сферу. Однак таке твердження не відповідає «минулому» цивільного права. Древні римляни розглядали правову систему в синкретичній єдності, виокремлюючи різні аспекти юридичних інститутів залежно від тієї соціальної ролі, яку виконували суб'єкти правовідносин, та від того, як суспільний авторитет забезпечував нормативний характер типових зв'язків між особами. Якщо виникали відносини між окремими особами, які відстоювали свої індивідуальні або сімейні інтереси, то такі відносини трактувались як приватні (*privatus*, від «*privus*» – «позбавлений», «відокремлений»), а формалізована воля суб'єктів, яка визначала режим їх зв'язків, вважалась приватним законом *lex privata*. Якщо відношення стосувалось римського народу квіритів (*populus Romanus Quiritium*) як цілого, то воно розглядалося з точки зору публічних інтересів, а його нормативну основу становила формалізована воля всього народу *lex publica* (публічний закон) [4, с. 1]. Дигести Юстиніана стосовно цього містять висловлювання Претора: **«Я буду охороняти договори, які здійснені не внаслідок злого наміру, не всупереч законам, плебісцитам, сенатусконсультам, декретам, едиктам принципів та не в обхід будь-якого з цих правил»** [5, с. 62]. Далі законодавець уточнює: Договори, укладені на ганебних підставах, не підлягають виконанню (наприклад, договір про те, що потерпілий не буде пред'являти позов за крадіжку або завдану образу; не можна укласти договір, за яким законодавець відмовляється від інтердикту *unde vi*, тому що це зачіпає суспільні відносини; договір, зміст якого виходить за межі приватної справи, не підлягає виконанню [6, с. 200].

Проф. І. Б. Новицький зазначає, що за римським правом необхідною умовою дійсності договору є законність його змісту. Предметом договору не може бути дія, що порушує норми права (наприклад, недійсною є угода про лихварські відсотки). До протизаконної угоди прирівнюється угода, яка суперечить нормам моралі

або «добрим звичаям» – *boni mores* (наприклад, недійсним є зобов'язання не вступати у шлюб) [7, с. 160].

Російський дослідник римського цивільного права Д. В. Дождєв підкреслює, що римському праву небайдужий **зміст волі: інтерес**, який мають на меті сторони, може вважатись визнаним на двох підставах: угода не повинна суперечити закону та моральності (добрим звичаям) і має бути спрямована на досягнення **визнаної правопорядком соціальної або господарської мети – *iusta causa*** (виділено нами О. П.) [4, с. 129]. Таким чином, Закон містив критерії недійсності договору, деякі з яких були неюридичними (*boni mores ma iusta causa*). Наявність таких критеріїв дозволяло не допустити виконання аморальних, антисоціальних зобов'язань.

**Таким чином, у римському праві існувало обмеження приватної волі публічним інтересом при вчиненні правочинів, яке було втілене у *lex publica* (закон), *boni mores* (моральність) та *iusta causa* (законна причина, соціальна або господарська мета).**

Зазначене положення дійсне й сьогодні. Так, англійський юрист Ансон зауважив, що свобода договору є розумним суспільним ідеалом, яка дає змогу передбачити рівність сил при укладанні угод контрагентами *за умови, що не заподіюється шкода економічним інтересам суспільства*. У більш складних суспільних та промислових умовах ця ідея втратила свою привабливість. Сьогодні зрозуміло, що економічної рівності в прямому сенсі не існує і що індивідуальні інтереси **повинні підпорядковуватись інтересам суспільства** [8, с. 15]. На думку французького цивіліста Порталіса, обмеження для свободи укладання договорів можуть бути обумовлені тільки справедливістю, нормами моралі, суспільною користю [9, с. 63].

Щоб упорядкувати діяльність учасників цивільних та господарських відносин, законодавець встановлює спеціальні вимоги, яким мають відповідати правочини і в разі порушення яких правочини кваліфікуються як недійсні. В інтересах суспільства, його окремих членів та держави в цілому свобода договору обмежується статтями ЦК України та деякими іншими актами цивільного законодавства (ч. 1 ст. 203 ЦК України).

У сучасній цивілістичній науці по-різному визначають питання взаємозв'язок та взаємовплив елементів публічного та приватного права в регулюванні суспільних відносин.

Так, М. М. Сибільов підкреслює розбіжність методів правового регулювання суспільних відносин у сферах приватного і публічного права, що робить принципово неможливим використання невластивих їм правових засобів [10, с. 123–134], проте погоджується, що «публічна влада, захищаючи публічні інтереси, має діяти

завжди адекватно, тобто використовувати відповідні правові засоби, спрямовані лише на усунення конкретних перешкод у досягненні соціальних цілей, а не на встановлення загальних заборон, блокування дії правових засобів сфер приватного права» [11, с. 55–62].

Проф. І. В. Борисова зазначає, що публічний правопорядок необхідний будь-якій фізичній особі для того, щоб вона могла реалізувати гарантовані їй Конституцією права та свободи, здійснювати свою життєдіяльність відповідно до власних інтересів. Однак слід зазначити, що поділ права на приватне та публічне тільки за критерієм інтересу (матеріальний критерій) у сучасних умовах є можливим, але навряд чи універсальним. Так, коли на юридичних осіб публічного права у цивільних відносинах поширюються положення ЦК (ст. 82), коли йдеться про публічний договір (ст. 633 ЦК), договір приєднання (ст. 634 ЦК) тощо, неможливо чітко визначити, чий інтерес має перевагу – приватний чи публічний [12, с. 6].

Р. Сават'є, аналізуючи договір та свободу волі, вказав, що у дійсності свобода сторін ніколи не була повною: її стримували імперативні та обмежувальні правила. Останні належать до галузі публічного порядку [13, с. 180].

Таким чином, можна погодитися з думкою проф. В. В. Луць, що свобода договору не є абсолютною (необмеженою): вона існує в рамках чинних нормативних актів, звичаїв ділового обороту, а дії сторін договору мають ґрунтуватися на засадах розумності, добросовісності та справедливості. Законодавець намагається зрозуміти ці межі й закріплює обмеження в законах. Наприклад, ст. 648 ЦК передбачає можливість укладення договорів на підставі правових актів органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування; ст. 13 ЦК забороняє використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція. Законодавство містить чимало інших обмежень принципу свободи договору, але вони є легітимними тільки тоді, коли **не суперечать принципам природного права** (виділено нами О.П.) [14, с. 624].

Відомий російській цивіліст І. А. Покровський вказував на історичну змінність меж між приватним та публічним правом, а також на відсутність у кожний даний момент чіткої межі між ними, оскільки й у галузі публічного, й у галузі приватного права завжди є більший або менший відступ у бік протилежного принципу. Таким чином, як один, так і другий (мається на увазі публічне право як система субординації та цивільне право як система координації – галузь свободи та приватної ініціативи) засоби правового регулювання теоретично можуть бути застосовані до будь-якої галузі суспільних відносин. Який саме буде використаний у

тому чи іншому випадку в даному конкретному історичному суспільстві, залежить від усієї сукупності життєвих умов, *адже кожен із цих засобів має свою особливу соціальну цінність* [15, с. 40–43].

Для досягнення певної соціальної мети цивільне право може використовувати публічно-правові засоби. В цьому випадку соціальна мета визначає межі впливу й межі застосування публічних засобів у приватних відносинах. Так, різні засоби передбачаються для захисту «слабкої сторони», недопущення виконання правочинів із негідною метою, захисту від корупційних діянь при закупівлі товарів, робіт та послуг за державні кошти тощо, причому в кожному конкретному випадку можна встановити зв'язок між соціальною метою та відповідними цій меті публічно-правовими засобами у приватних відносинах.

**Таким чином, критерієм і межею використання публічно-правових засобів у приватних відносинах є соціальна мета, якій слугує право.**

Соціальні цілі обумовлюють орієнтованість Цивільного кодексу України на сучасні тенденції розвитку цивільного права та позицію, властиву сучасним законодавствам більшості розвинутих країн Західної Європи. Прийняття заходів, що обмежують свободу договору, має захистити інтереси суспільства від великого бізнесу (соціальна мета) шляхом прийняття норм, що обмежують діяльність великих компаній та захищають права громадян.

Як певна форма обмеження договірної свободи можуть розглядатися норми ст. 633 ЦК України («Публічний договір»), ст. 634 ЦК України («Договір приєднання») та ст. 635 ЦК України («Попередній договір»).

І. В. Борисова допускає можливість обмеження договірної свободи законом для захисту слабшої сторони або для захисту публічних інтересів. Наприклад, у судовому порядку може бути укладений договір, якщо підприємець відмовився від укладення публічного договору за наявності можливості надати споживачеві відповідні товари, (роботи чи послуги) (ч. 4 ст. 633 ЦК); актами цивільного законодавства можуть бути встановлені правила, обов'язкові для сторін при укладенні і виконанні публічного договору (ч. 5 ст. 633 ЦК) тощо [12, с. 26].

Р. Сават'є обґрунтовує можливість обмеження договірної свободи необхідністю узгодити її із загальними благами. На його думку, індивідуальна воля завжди повинна враховувати загальне благо. Закон виражає це тоді, коли обмежує свободу договору імперативними та обмежувальними нормами, які стосовно договору становлять те, що називається публічним порядком.

На «еластичність договірної свободи» з точки зору її легального обмеження звертає увагу проф. І. А. Покровський. Він говорив, що держава має право визначати необхідні умови співжиття, і

природно, що приватним особам не може бути надана можливість йти проти закону та руйнувати встановлюваний ним *порядок*. Закон може вносити певні обмеження в галузі приватних відносин, посилювати чи послаблювати ці обмеження. Відповідно й договірна свобода приватних осіб буде звужуватися та розширюватися [15, с. 251].

Якщо для І. А. Покровського та Р. Саватьє кожне обмеження, встановлене законом, має бути оцінене з точки зору бажаності та доцільності, але сам принцип верховенства закону не може ставитися під сумнів, то сьогодні до встановлення законом обмежень свободи договору слід підходити через **принцип верховенства права**, закріплений у ст. 8 Конституції України. Конституційний Суд України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) визначив, що верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема, в закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема, норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються властивістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, відображеною в Конституції України.

Таке розуміння права не дає підстав ототожнювати його із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість – одна з основних засад права, яка є вирішальною у визначенні його регулятором суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в однаковому юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню. У сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину й покарання, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення [16].

Визнання Конституційним Судом України можливості існування неправового закону ставить перед судом завдання перевірити, чи відповідає кожна закріплена законом норма **вимогам справедливості**. Більш того, процесуальний закон (ч. 3 ст. 8 Цивільного процесуального кодексу України) передбачає, що в разі виникнення в суду **сумніву** під час розгляду справи щодо відпо-

відності закону чи іншого правового акта Конституції України, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду України, суд звертається до Верховного Суду України для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду України подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта.

Таким чином, обмеження договірної свободи повинні відповідати вимозі справедливості як вищій соціальній цінності. При цьому слід враховувати, що, окрім обмежень договірної свободи законом, можуть існувати й інші обмеження (т. з. «позазаконні»). Не торкаючись їх найменування та змісту, зауважимо: якщо суд щоразу повинен перевіряти справедливість законного обмеження, то застосовувати «позазаконні» обмеження можна тільки з огляду на певну соціальну мету та вимоги справедливості, інакше обмеження договірної свободи мають бути визнані неправовими.

Як загальний висновок можна зазначити: **обмеження свободи договору, як законні так і позазаконні, повинні відповідати вимогам справедливості як вищій соціальній цінності.**

**Список літератури:** 1. Суханов Е. А. Гражданское право: в 2-х т. Том II. Полутом I. – М.: БЕК, 2003. 2. Сібільов М. М. Співвідношення актів цивільного законодавства і договору та базові моделі регулювання договірних відносин за чинним Цивільним кодексом України // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – № 4 (12) – С. 56–61. 3. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн.1. Общие положения. – М.: Статут, 1999. 4. Дождев Д. В. Римское частное право. Учебник для вузов. Под редакцией члена-корр РАН, профессора В. С. Нерсесянца. – М.: Издательская группа ИНФРА М-НОРМА, 1997. – 704 с. 5. Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И. С. Перетерского. – М.: Наука. – 1984. – 456 с. 6. Памятники римского права: Законы 12 таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М.: Зерцало, 1997. – 608 с. 7. Новицкий И. Б. Римское право. – Изд. 7-е стереотипное. – М., 2002. – 310 с. 8. Ансон В. Договорное право. – М., 1984. 9. Бергель Ж. Л. Общая теория права. – М., 2000. 10. Сібільов М. М. Загальна характеристика сфери приватного права // Вісн. Акад. прав. наук України. – Х., 2001. № 2(25). – С. 123–134. 11. Сібільов М. М. Наслідки використання правових засобів сфери приватного права при регулюванні публічно-правових відносин // Проблеми законності. – Х., 2001. – Вип. 50. – С. 55–62. 12. Цивільне право України: Підручник: У 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М., Жилінкова І. В. та ін.; За заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Т. 1. – 480 с. 13. Саватье Р. Теория обязательств. – М.: Прогресс, 1972. – 440 с. 14. Цивільне право України: Підручник: У 2-х кн. / О. В. Дзера (кер. авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – 2-е вид., допов. і перероб. – К.: Юрінком Інтер, 2004. – Кн. 1. – 736 с. 15. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – Сталинград, 1998. 16. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) № 15 рп від 02.11.2004.

*Надійшла до редакції 18.08.08*