

ДОГОВІР В КОНЦЕПЦІЇ «ЖИВОГО ПРАВА» ЄВГЕНА ЕРЛІХА

Напевно чи не найвідомішим для всіх, навіть за межами юридичної науки, є поняття договору. Висловлюючись словами одного із найяскравіших представників німецької історичної школи права Фрідріха-Карла фон Савіньї, виступає «найважливішим і всеосяжним серед усіх видів волевиявлення» [13, с.383]. Значення договору, зокрема цивільно-правового, важко переоцінити. Однак, мабуть, набагато важче з'ясувати питання, яке ж значення може мати договір в концепції «живого права»?

Дане наукове дослідження є, по суті, першою спробою немеханічної адаптації категорії договору до концепції «живого права» Євгена Ерліха. Воно має за мету не просто визначення необхідності договору як регулятора поведінки осіб, а аналіз можливості та ефективності його впливу на формування правових положень і норм права загалом. Висловлюючись іншими словами, нам необхідно відшукати таке живе право, джерелом якого в певному сенсі міг би бути договір, оскільки закони лише частково, й далеко неповно, відображають життя суспільства. Закони містять численні прогалини, або ж навпаки, містячи чіткі приписи, залишаються «мертвими» [4, с.107], бо в суспільстві діють інші норми. Сам Є.Ерліх стверджував, що «центр ваги розвитку права в наш час, як і в усі інші часи, знаходиться не в законодавстві, не в юриспруденції чи судочинстві, а в самому суспільстві» [3, с.15]. «Правове положення, – говорив він, – є не лише результатом, воно – також важіль суспільного розвитку, засіб для суспільства, з допомогою якого через оформлення справ суспільство проявляє свою волю в межах своєї влади» [11, с.48]. «В народі виникають окремі правовідношення: корпорації та інші об'єднання, сімейні відносини, власність та інші майнові права, *договори*, право спадкування. Перш за все на основі цих відносин виникають правові положення через юриспруденцію та законодавство» [11, с.48].

Отож, щоб зрозуміти, яке право дійсно є чинним, вважав Ерліх, слід відшукати живе право. Це означає дослідити середовище виникнення й дії права як емпіричної реальності. Таким чином джерелом пізнання права повинні стати не закони, юридична догматика чи юридична література, а безпосереднє спостереження життя, вчинків, вивчення звичаїв, документів, в тому числі договорів, які відображають здійснення «права». Ерліх пропонував використовувати індуктивну методологію, використовуючи методи емпіричних соціологічних досліджень (анкетування, опитування, збирання й аналіз документів (наприклад, договорів) тощо). Словами іншого відомого російського правознавця Ю.О.Тихомирова «... необхідним є правовий моніторинг, об'єктом якого повинно стати не лише законодавство, але й динаміка розвитку і ефективності діяльності інститутів і держорганів, суспільних структур. Інакше навіть за наявності хороших законів залишиться незрозумілим, хто займається їх практичним застосуванням ... Для підвищення ефективності влади часто пропонується відомий рецепт – краще вибудовувати діалог з суспільством» [14, с.44].

Є.Ерліх відзначав, що в пануючій позитивістській теорії поняття права пояснюється лише правовими положеннями, а не суспільним правом. Отже, організаційний характер права залишається замаскованим. Втім, кожен етап економічного зростання людства характеризується об'єднанням людей у господарські об'єднання – союзи. Такий господарський союз організовується через приватне право, так само як діяльність і статус корпорації визначається через її статут. Так, наприклад, сімейне право є внутрішнім порядком сім'ї, право трудових договорів – внутрішнім порядком виробничих об'єднань, тому що воно регулює взаємні зв'язки груп людей, які працюють. Майнове та спадкове право регулюють відношення господарського союзу, беручи до уваги його матеріальну основу і тим самим зачіпають зв'язки груп людей у відношенні виробництва матеріальних благ.

Ми цілком розділяємо позицію Б.І.Пугінського, який наголошує на тому, що російська цивілістика (та й вітчизняна, по суті, так само) підпорядковується вузько нормативній (позитивістській) концепції права, яка фактично ігнорує

дозвільний метод правового регулювання, розрахований на вільне волевиявлення та юридичну ініціативу суб'єктів і призначений для реалізації в першу чергу в договірній сфері. Намагаючись пояснити договір через категорії, створені для потреб позитивізму, які непридатні для договірного права (юридичний факт, угода, правовідношення і т.п.), така теорія лише ускладнює розуміння даного об'єкта [12, с.V-VI].

Справа в тому, що для позитивістської теорії характерним є чітке, суворе дотримання суб'єктами вимог правових інститутів і норм. Як наслідок, ініціативні умови, які визначаються контрагентами для досягнення своїх цілей, і які становлять основний зміст і значення договорів, розглядаються такою теорією як щось малозначиме, таке що не заслуговує на увагу. При такому підході договір стає просто додатком нормативного регулювання, а його зміст – «екстраполяцією положень закону» [12, с.V-VI]. Однак насправді, на практиці, ситуація є кардинально протилежною, оскільки саме ініціативні, нові, невідомі чинному законодавству умови договору якраз таки й відіграють надзвичайно велику роль для подальшого розвитку та вдосконалення цього ж законодавства.

Повертаючись до основного питання нашого дослідження, одразу підкреслимо той факт, що право у розумінні Ерліха являє собою щось добровільно визнане всіма групами людей і зовсім позбавлене будь яких протиріч і примусових функцій. При цьому інтереси *конкретних осіб* ним взагалі не беруться ним до уваги. Цілком природно, що подібна позиція дещо ускладнює процес досягнення визначеної нами цілі дослідження, оскільки будь-який договір (особливо цивільно-правовий) це домовленість (можливо і в певній мірі союз) щонайменше двох індивідуальностей (осіб), спрямована на задоволення *особистих (конкретних) інтересів* та потреб.

З одного боку ми цілком підтримуємо і визнаємо таку позицію Ерліха до трактування права, оскільки, дійсно, врахування інтересів усіх суб'єктів, підлаштовування і «розтягування» права на абсолютно усі практичні випадки є неможливим. Наслідком подібного всеосяжного врахування всіх індивідуальних потреб є можливість виникнення явищ так званого надмірного

нормативного врегулювання. Саме тому у Європі (а зокрема у Франції) останніх десять років пріоритетним напрямком розвитку та вдосконалення якості правової регламентації суспільних відносин є «спрощення регламентуючої документації» [14, с.36], оскільки вибір протилежного вектору неодмінно призведе до ускладнення порядку доступу до права та обрання вірних рішень, до колізій і т.п.

Проте з іншого боку ми сміливо можемо продемонструвати яскравий приклад зворотного впливу практики (зокрема договору) на розвиток та вдосконалення чинного законодавства, не побоюючись при цьому за збільшення обсягу та розмірів законів, кодексів та інших нормативних актів. Ще років двадцять тому навряд чи кожному громадянину незалежної тоді України були відомі такі договори як фінансовий лізинг, факторинг, франчайзинг (комерційна концесія) тощо. Діючий на той час Цивільний кодекс УРСР не містив і не міг містити нормативних положень, які б регулювали ці договори, оскільки їх виробила практика, їх створило саме суспільство як необхідний засіб для досягнення відповідних цілей і задоволення індивідуальних потреб окремих осіб. Однак систематичне і масове використання суспільством подібних, невідомих раніше договірних моделей підштовхнуло державу до прийняття відповідних новітніх нормативних актів, основним з яких став Цивільний кодекс України 2003 року, який на відміну від свого попередника включає не 572 статей, а вже 1308 статей, що детально регламентують ті суспільні відносини, які склалися в Україні сьогодні.

Наведений приклад, на нашу думку, вочевидь доводить можливість прямого чи щонайменше опосередкованого впливу договору (поведінки окремих осіб, суспільства в цілому) на формування права. Втім, перед тим як з'ясувати сутність взаємозв'язку між договором та законом, спочатку необхідно визначитися із самою категорією договору.

За словами відомого російського правознавця С.С.Алексєєва, договір – це високозначимий феномен соціальної і правової дійсності [2, с.3]. Договір це фундаментальна категорія цивільного права, яка, однак, в наукових колах ніколи не мала однозначного тлумачення. Справа в тому, що будь-які юридичні

поняття, в тому числі й фундаментальні, не можуть бути визначені раз і назавжди. Так само юридична наука, маючи так звані «вічні» теми, ніколи не зможе претендувати на формування «вічних» істин, як це відбувається в природничих науках, наприклад при відкритті фізичних законів. Саме тому, проблема вибору єдиного підходу до розуміння договору (в тому числі й цивільно-правового) і визначення його поняття і досі залишається невирішеною. Враховуючи сказане, в межах даного дослідження ми спробуємо лише коротко проаналізувати найвідоміші серед таких підходів.

Достатньо оригінальним можна назвати визначення договору німецького філософа Іммануїла Канта, який вважав договором лише таке поєднання волі двох осіб, завдяки якому відчужується власність або ж готується таке відчуження. При цьому власність він сприймав в тому ж розумінні як і римляни, а саме як панування на певною річчю. Таким чином, за Кантом під поняття договору підпадають навіть не всі зобов'язальні договори, наприклад такі, які спрямовані на надання послуги чи виконання робіт, а лише ті, в яких обіцяють традицію, наприклад, купівля-продаж чи обмін [13, с.388-389].

Найпоширенішим у наукових колах сучасним підходом до визначення поняття «договір», який підтримується багатьма вченими-правознавцями, є його розуміння в якості юридичного факту, що породжує відповідні відносини (права і обов'язки), в якості правовідношення, а також в якості документа. О.С.Йоффе писав: «Попри те, що договір рівнозначний угоді, яка вчиняється з метою встановлення, зміни чи припинення цивільних правовідносин, іноді під договором розуміють саме цивільне правовідношення, яке виникає з такої угоди, а в деяких випадках терміном «договір» позначають документ, що фіксує факт встановлення зобов'язання з волі учасників» [8, с.385-386].

Як юридичний факт договір безумовно повинен відповідати ознакам такого факту, тобто здатності породжувати правові наслідки. По-друге, договір належить до категорії таких юридичних фактів, які в законодавстві називаються угодами (правочинами), а отже договір уявляє собою дії фізичних та юридичних осіб, спрямовані на набуття, зміну і припинення цивільних прав та обов'язків [1, Ст.202 п.1].

Відмінність договору – юридичного факту від договору – правовідношення тягне за собою необхідність розмежування змісту договору від змісту зобов’язального відношення, в якому перебувають сторони договору, тобто сукупності їх прав та обов’язків. Втім ми погоджуємось з тими вченими, які вважають, що термін «договір – правовідношення» зазвичай використовується саме для позначення тих відносин, які виникають на підставі договору, а не самого договору [2, с.65]. Договір – правовідношення, інакше кажучи, – це договірне правовідношення.

Нарешті найменш дискусійним є розуміння договору в якості документа (контракту), письмової форми, яка фіксує волю сторін договору, виражену в свою чергу в його умовах, а також правах, обов’язках і мірах відповідальності сторін.

Вирішення визначеної нами мети дослідження не уявляється можливим також без з’ясування положення про те, що договір є правовим регулятором життя суспільства. Згадавши, що норми цивільного права здебільшого носять диспозитивний характер, можна цілком сміливо припустити, що договір застосовується не лише у взаємодії з законом, але й окремо від нього. Стосовно ролі договору як самостійного правового регулятора людської діяльності в наукових колах виникало чимало дискусій. Зокрема про це писала Р.О.Халфіна, яка зазначала, що «договір безпосередньо регулює поведінку сторін» [15, с.106]. На нашу думку, ще прогресивнішими виглядають ідеї М.І.Брагінського, який стверджує, що регулююча роль договору зближує його з законом і нормативними актами [5, с.13]. При цьому він визначає дві принципові особливості, які дозволяють відрізнити умови договору від правової норми. Перша особливість пов’язана з походженням правил поведінки, адже договір виражає волю сторін, а нормативно-правовий акт – волю компетентного органу влади. Друга особливість дозволяє розрізнити межі дії правила поведінки. В цьому відношенні договір завжди безпосередньо спрямований на врегулювання поведінки лише його сторін. Для інших осіб, які не виступають стороною, договір може створювати лише права, але в жодному випадку обов’язки. В свою чергу нормативний акт встановлює в принципі загальне для всіх і

кожного правило. Однак наведені особливості стосується виключно цивільно-правового договору. Якщо ж до прикладу взяти будь-який публічно-правовий договір, то «межа, що відмежовує його від нормативного акту, зникає» [5, с.14].

Окремі вчені, заглиблюючись ще більше у дану проблему, зазначають, що договір може виконувати функцію індивідуального правового регулювання або ж взагалі може слугувати засобом державного регулювання суспільних відносин. Зокрема на думку В.Б.Ісакова, індивідуальне регулювання, в тому числі застосування договору, є діяльністю, що пов'язана з вирішенням юридичних питань, які з тих чи інших причин не отримали достатньої нормативної регламентації. В основному така діяльність здійснюється на розгляд сторін, проте, звичайно, у встановленій законодавством процедурно-процесуальній формі [9, с.69-71]. А.Д.Корецький вважає, що «договір, хоча і опосередковано, проте є провідником державної волі і несе в собі елементи владно-примусового характеру» [10, с.114]. Майже подібною є позиція В.М.Горшеньова, який зараховує договір до піднормативних засобів регулювання суспільних відносин [6, с.174].

Подібні висловлювання, на нашу думку, навряд чи можуть претендувати на істинність, оскільки їх автори досить далеко відійшли від розуміння природи та цілей договору, який завжди носить індивідуальний, а не суспільний характер. Можливо, подібна позиція ґрунтується на розумінні договору як способу реалізації норм позитивного права, проте, нажаль, вона має дуже мало спільного з реальним змістом договорів.

Проаналізувавши вищевикладені позиції, ми приходимо до висновку про неможливість ототожнення умов договору з положеннями живого права. Разом з тим, ми також не можемо заперечити той факт, що поведінка людей оформлена відповідним чином у договорі, особливо такому, який не передбачений чинним законодавством, проте не суперечить йому, після впливу певного періоду часу (впродовж якого новий договір систематично використовувався в суспільстві) справляє безумовний вплив на формування нових норм права (прийняття нових нормативних актів або внесення змін у чинні).

Є.Ерліх, досліджуючи новітню на той час німецьку юриспруденцію, вказував, що операції, які здійснюють сторони для досягнення юридичних цілей називаються правовими операціями або «операціями права». При цьому такі операції, як *договір*, заповіт визнавалися «юридичними фактами», до яких право прив'язує самостійні правові наслідки. Право є тим чинником, який винайшов юридичні операції, право є тим чинником, який визначив, які наслідки повинно мати укладання договору, заповіту [7, с.11]. Якщо сторони бажають домогтися настання цих наслідків, то на їх розсуд віддається використання засобу, який право з цією метою надає в їх розпорядження.

При вивченні історії розвитку правових операцій (договорів), можна чітко бачити, що операції, до яких сьогодні право прив'язує юридичні наслідки, існували, здебільшого, набагато раніше, ніж норма права, яка прив'язала до них ці наслідки. Купівля, фактичний обмін товарами вжитку, є, безумовно, набагато старшою, ніж правові положення про договір купівлі-продажу. Першими купцями були чужинці, які обмінювали завезені з далеких країн товари на вироби країни перебування, і це у той час, коли ще жоден чужинець не міг послатися на якусь правову норму. Таким чином, зобов'язання є значно старшими, ніж зобов'язальне право. З цього приводу Є.Ерліх зазначає: «Чоловік, який позичає у когось худобу чи збіжжя для свого господарства, або не відразу сплачує гроші за придбані речі, або під час гри програв більше, ніж він може дати, переходить під владу позикодавця, який може утримувати його у неволі або примусити працювати, поки за нього хтось не заплатить. Або цей чоловік надає позикодавцю заручників, яких той бере в неволю; чи він дає йому якусь заставу, якою позикодавець може володіти до виплати боргу» [7, с.11]. Для таких операцій значення спочатку мали лише фактичні наслідки: фактичний обмін товарами, фактичну владу позикодавця над боржником чи заручниками, тиск поручителів, страх порушника клятви перед загрозою помсти богів. І лише з часом, після досягнення досить високого ступеня розвитку, засновані на таких операціях відносини перетворюються у правовідносини. В такому разі «боржник більше не переходить під владу позикодавця відразу, а лише закладає йому своє тіло, він не дає йому

справжньої застави, а лише уявну, без будь-якої вартості; однак якщо борг не погашається, то позикодавець має право заволодіти боржником, взяти його під свою варту, примусити його служити собі батраком, продати як раба, самовільно захопити його майно» [7, с.12].

Як ми вже зазначали, Є.Ерліх, досліджуючи та вивчаючи право, завжди наголошував на його суспільному характері. Він наголошував, що право створюється не тільки законом, а й суспільною самодіяльністю. «Відповідний суспільний порядок є витвором великих суспільних сил. Він супроводжується і приборкується державою та її правом, але не може бути нею знищеним і подавленим» [11, с.41].

Для того, щоб переконатися, на скільки розвиток права визначається через суспільство, на думку Є.Ерліха, треба починати з вивчення перерахованих ним фактів права. Вони висвітлюють життєві зв'язки, які є дійсно правовими і визначаються як джерела суспільного порядку. Одним з таких фактів є так зване «правове волевиявлення», під яким розуміються різноманітні види договорів, в тому числі «останньовольові» розпорядження, тобто заповіти і дарування. Ерліх розумів, що договір для розвитку капіталістичної економіки виступає основним засобом приведення до ладу процесу виробництва. Тому він підкреслював, що все, в чому полягає суспільна потреба, може стати через договірну згоду правовим должествуванням, і все, що в одиничному випадку є змістом договору, визначається через суспільний зв'язок [16, с.34].

Втім треба враховувати ту обставину, що норми суспільного права, які впливають безпосередньо із фактів права, не завжди діють як правові положення. Самі по собі факти права вміщують лише початок суспільного правоутворення. Для того, щоб вони зв'язувались з правовою уявою, на думку Є.Ерліха, повинні відбуватися подальші факти. Сили, які створюють факти права, зберігаються і розвиваються через владу. Нормативна сила фактів, за Ерліхом, знаходить свою початкову сферу застосування у тому, що звичай веде до внутрішнього порядку природних союзів (сім'ї, роду), панування – до

перших робітничих законів, володіння – до майнового порядку, а волевиявлення – до правових угод [16, s.92].

Узагальнюючи наведені ідеї та аргументи, приходимо до висновку про те, що Є.Ерліх прямо не визнавав договір як одне із можливих джерел формування суспільного права. З чим він насправді погоджувався, так це з тим, що у будь-який період історії операції, які визнавало право, складали лише частку від усіх операцій, які дійсно мали місце в суспільних зносинах. І лише поволі, крок за кроком поступаючи, право примиряється з видами операцій, які були невідомими до того часу. Для прикладу римське право ніколи не виходило за межі визнання лише деяких небагатьох дуже важливих операцій. Згідно принципу свободи укладання договорів, який панував у Римі і панує й у світі нині, перед нами постійно постає питання, чи існує в цей момент якийсь вид операції, яка вже увійшла в систему права, або якій потрібно відкрити шлях туди. На це питання, як правило, ствердна відповідь дається лише після деяких хитань і боротьби, коли важливість і корисність нової операції стають очевидними кожному.

Література.

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. – К.: Атіка, 2003. – 416с.
2. Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. – М.: Статут, 2006. – 204 с.
3. Бігун В. С. Тези до теми: цивільне право // Юридична газета. – 2006. – № 19 (79) (12.10). – С. 15.
4. Бігун В.С. Євген Ерліх: життя і правознавча спадщина (актуальний наукознавчий нарис) // Проблеми філософії права. – 2005. – Том III. – № 1-2. – С.105-126.
5. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр. – М.: Статут, 1999. – 848 с.
6. Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. – М.: Юридическая литература, 1972. – 258 с.

7. Євген Ерліх. Факти звичаєвого права. Інавгураційна промова, виголошена 2 грудня 1906 р.: Передмова. Наукова редакція // Вісник Чернівецького університету. Збірник наукових праць. Вип. 311. Правознавство. – Чернівці: Рута, 2005. – С. 5-23.
8. Иоффе О.С. Советское гражданское право. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1958. – 508 с.
9. Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. – М.: Юридическая литература, 1984. – 144 с.
10. Корецкий А.Д. Договорное право России. Основы теории и практика реализации. – М.: ИКЦ «МарТ», 2004. – 528 с.
11. Марчук В.П. Соціологічні теорії права в Німеччині. Історія і сучасність. – Чернівці: ЧДУ, 1998. – 128 с.
12. Пугинский Б.И. Теория и практика договорного регулирования. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2008. – 224 с.
13. Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права: в 8 т. Т. II / Пер. с нем. Г.Жигулина; Под ред. О.Кутателадзе, В.Зубаря. – М.: Статут; Одесса: Центр исследования права им. Савиньи, 2012. – 573 с.
14. Тихомиров Ю.А. «Живое право» // Ценности и образы права. Труды Института государства и права Российской академии наук. – М., 2007. – №4. – С.33-44.
15. Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. – М.: Изд-во Академии наук СССР, 1954. – 237 с.
16. Ehrlich E. Grundlegung der Soziologie des Rechts. – München, Leipzig: Duncker & Humblot, 1913. – 409 p.