



**С. Я. Вавженчук,**  
доктор юридичних наук, доцент,  
професор кафедри трудового права  
та права соціального забезпечення  
юридичного факультету  
Київського національного університету  
імені Тараса Шевченка

УДК 347(043.2)

## ДОГОВІР У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ: КОМПАРАТИВІСТСЬКИЙ НАРИС

*У цій статті розглядається сутність договору у приватному праві, а також його особливості. Особливу увагу приділено доктринальним підходам щодо розуміння договору.*

**Ключові слова:** договір, договірні відносини, зобов'язання.

Разом із великим теоретичним значенням договору в юридичній науці не можна не помітити зростання інтересу до договірних конструкцій на практиці. В умовах сьогодення вже неможливо заперечувати того факту, що кожний юрист рано чи пізно має справу саме із приватноправовими договорами. Дослідження цього питання набуло особливої актуальності у першу чергу через зростання ролі договору в приватному праві, проникнення конструкцій договору в нові сфери життєдіяльності людини.

Застосування норм права, що регулюють договірні відносини, безпосередньо залежить від розуміння сутності такого складного та багатогранного явища як договір. Ускладнює наукову розвідку в заданому ключі й те, що у доктрині та законодавстві провідних держав відсутній єдиний підхід до розуміння як договору, так і його місця в системі приватного права.

Найкраще архітектоніка договору проявляється через призму компаративістики, адже саме структурний та глибокий аналіз приватного законодавства провідних держав дає можливість зосередити уваги та по можливості розкрити не лише явні, а й латентні

нагальні проблеми правового регулювання договірних відносин.

Серед наукових досліджень, присвячених договірним відносинам у приватному праві та його елементам, важливо виділити праці таких відомих учених, як М. Агарков, М. Брагінський, В. Вітрянський, А. Корбін, А. Корецький, В. Луць, Н. Кузнецова, Р. Майданик, І. Безклубий, С. Уїллістон, А. Томсінов, Р. Халфіна та інших.

Однак, незважаючи на наявність низки наукових праць, договірна конструкція залишається повною мірою не дослідженою, а отже, потребує подальшого вивчення з огляду на переосмислення вихідних положень приватного права до вимог сьогодення.

Метою даної роботи є теоретико-правовий критичний огляд підходів до розуміння сутності договору втілених у нормативно-правових актах провідних іноземних держав.

Говорячи про поняття договору не можна не згадати початок нової концепції кодифікації цивільного законодавства. Однак точка її відліку починається не з наполеонівських кодексів (як тривалий час вважалося), а з Цивільного кодексу Східної Галичини 1797 р. Інтерес становить гл. 1 ч. 3 вказаного

кодифікованого акта, яка називається «Про договори взагалі». Із детального аналізу наведеної глави зрозумілим є те, що вона не містить визначення договору в сучасному розумінні. Проте відповідно до п. 4 гл. 1 ч. 3 Цивільного кодексу Східної Галичини 1797 р. той, хто заявляє, що він бажає передати своє право іншому, тобто дозволити йому що-небудь передати, зробити або не робити, висуває голу пропозицію або обіцянку. Якщо той, кому зроблена пропозиція, в установленому законом порядку прийме здійснену пропозицію, то за обоюсторонньою згодою укладається договір [1, с. 333]. Ця норма хоча і містить низку ознак договору, однак за своєю суттю дає відповідь на запитання «як виникає договір?». Саме через це увагу привертає п. 3 гл. 1 ч. 3 Цивільного кодексу Східної Галичини 1797 р., за яким якщо зобов'язуюча дія є дозволеною, то буде мати місце договір, якщо недозволена, то виникає вина. І особисті права будуть розглянуті у такому порядку, щоб договір був розглянутий окремо від зобов'язання на підставі вини, що буде визначено в кінці [1, с. 333]. Із аналізу цієї норми випливають ознаки концепції «договору-домовленості».

У контексті основ нової кодифікації цивільного законодавства важливо звернути увагу на побудову норм Французького цивільного кодексу 1804 р., що регулюють договірні відносини. Все, що стосується договорів, міститься в третій книзі під назвою «Про різні способи, якими набувається власність». Так, у ст. 1101 Французького цивільного кодексу договором визнається узгодження, відповідно до якого одна особа або кілька осіб зобов'язуються перед іншою особою або перед кількома іншими особами дати що-небудь, зробити що-небудь або не робити будь-що [2, с. 384]. Аналіз наведеної норми свідчить, що вона, маючи ознаки зобов'язання, ґрунтується на класичному римському понятті зобов'язання. Так, М. М. Агарков, досліджуючи зобов'язання, підкреслив, що Французький цивільний кодекс виходить із римського поняття зобов'язання, коли у ст. 1101 дає визначення договору як домовленості («соглашения») [3, с. 181]. Крім цього розглядуване визначення наділене ознаками

правочину. Не можливо не відмітити й те, що в подальшому в низці статей терміни «договір» і «зобов'язання» використовуються як тотожні.

Компаративістський екскурс дослідження сутності договору був би не повним, якщо не звернутися до Цивільного уложення Німеччини. Більшість положень, що стосуються договірних прав, наведені у ч. 3 «Угоди» розд. 3 «Договір». Проте окремі згадки про договір трапляються раніше у вказаній частині, зокрема у розділі 1 «Дієздатність» (§ 108 «Укладення договору без згоди законного представника», § 109 «Право іншої сторони на відмову від договору», § 110 «Виконання договору за рахунок власних засобів»). Одразу звернемо увагу на перший у третьому розділі параграф, а саме: § 145 «Зв'язаність пропозицією» Цивільного уложення Німеччини. Відповідно до цієї норми особа, що запропонувала іншій особі укласти договір, зв'язана пропозицією, якщо вона тільки не оговорила, що пропозиція її не зв'язує [4, с. 28]. Детальний аналіз розглядуваної норми дає підстави стверджувати про відсутність легального визначення договору, адже § 145 Цивільного уложення Німеччини та низка інших параграфів концентрується на динаміці договору. З цього приводу М. І. Брагінський зазначив, що формулювання норми, наведене у § 145 Цивільного уложення Німеччини, дає лише відповідь на питання «як виникає договір?» [5, с. 148]. Враховуючи наведені аргументи, варто підтримати думку Л. Еннексеруса та М. І. Брагінського про те, що Цивільне уложення Німеччини віддзеркалює конструкцію «договір-домовленість» [6, с. 187; 5 с. 148] (мається на увазі домовленість у розумінні терміна «Einigung»).

Подібний підхід запроваджено у Загальному цивільному кодексі Австрії. Норми, що регулюють договірні відносини сконцентровані у другому розділі «Про особисті права на речі» другої частини «Про права на речі» Загального цивільного кодексу Австрії. 17 відділ другого розділу має назву «Про договори та угоди взагалі. Підстава особистих прав на речі» та містить загальні положення, що стосуються укладення договорів, вимог

до дійсності, форми договору, тлумачення договору, видів договорів. Одразу зауважимо, що у згаданому 17 відділі немає легального визначення договору. Однак у § 861 сімнадцятого відділу Загального цивільного кодексу Австрії зазначається, що особа, яка об'явила, що вона бажає іншій особі передати своє право, тобто що вона їй бажає будь-що дозволити, будь-що дати, що вона бажає для неї будь-що зробити або не робити будь-що на її користь, здійснює обіцянку; якщо інша особа дійсно таку обіцянку приймає, то внаслідок збігу волі обох сторін укладається договір [7, с. 149]. Аналіз цієї норми свідчить, що австрійський законодавець також, як і німецький, сконцентрував свою увагу на динаміці договору. На це вказує й побудова 17 відділу, адже регламентація договірних відносин починається саме із укладення договору. Крім цього зі змісту § 861 сімнадцятого відділу Загального цивільного кодексу Австрії випливає, що у розглядуваному кодифікованому акті втілена конструкція «договір-домовленість».

Одним із сучасних прогресивних кодифікованих актів, що став взірцем для ряду держав (наприклад РФ), є цивільний кодекс Нідерландів. Нормативні положення про договір тут містяться в різних книгах: в книзі третій під назвою «Угоди», в книзі сьомій, яка має назву «Особливі види договорів», також існує спеціальна книга в третьому томі, в якій, зокрема, міститься розділ «Договори взагалі». Цивільний кодекс Нідерландів оперує поняттям «договір» у значенні багатосторонньої угоди, в якій одна або декілька сторін беруть на себе зобов'язання стосовно однієї або декількох сторін. Це визначення наведене у ст. 213 кн. 6 Цивільного кодексу Нідерландів (Article 6: 213 DCL). Позитивним є і те, що Кодекс встановлює єдиний правовий режим для всіх угод, а отже, і для договорів загалом.

Під час дослідження поняття договору викликає інтерес Єдиний Торговий кодекс (The Uniform Commercial Code) США. Одразу варто зауважити, що він не має юридичної сили, на відміну від його редакцій, що ратифіковані окремими штатами [8, с. 1–12].

Ускладнюється дослідження сутності договору в цьому ключі через те, що кожний штат трансформував текст Кодексу під власне законодавство, що спричинило появу низки (50) чинних редакцій Єдиного торгового кодексу. Варто погодитися із тезою А. В. Томсинова у тому, що розходження згаданих кодексів посилювалося, коли до Єдиного торгового кодексу додали два нових розділи, а кілька попередніх розділів були змінені. Справа у тому, що із ратифікацією відповідних змін виникли проблеми. Наприклад, нова редакція другого розділу так і не була ратифікована з 2003 р. ні одним штатом, нову редакцію дев'ятого розділу в 2001 р. прийняли не всі штати, а коли засновники Єдиного торгового кодексу, NCCUSL, рекомендували прибрати шостий розділ, кілька штатів цього не зробили [9, с. 13]. Як наслідок, завдання Єдиного торгового кодексу у контексті уніфікації норм, що регулюють договірні відносини, стало недосяжним, адже проблеми ратифікації змін до нього та низка його чинних редакцій, навпаки, поглиблюють як явні, так і латентні проблеми не лише праворозуміння, а й правозастосування договірних конструкцій.

Не можна не відмітити тієї особливості, що норми Єдиного торгового кодексу, окреслюючи договірні правовідносини, ґрунтуються на широких диспозитивних началах. Мається на увазі, що більшість нормативних правил є лише правилами «за замовчуванням» та легко можуть бути змінені за згодою сторін (при цьому доволі важко визначити диспозитивність або імперативність досліджуваної норми) [10, с. 1465–1543]. Безумовно, у рамках дослідження договору науковий інтерес складає другий розділ Єдиного торгового кодексу, що регулює продаж товарів. У цьому розділі дистильовано базові нормативні засади договірних прав США. Так, положення ст. 1-201 вказаного Кодексу визначають договір як правове зобов'язання в цілому, що впливає з угоди сторін відповідно до чинного Закону та інших норм права, які підлягають застосуванню [11, с. 142]. Також тут розкривається термін «домовленість» через фактично здійсне-

ну угоду сторін. Таким чином, підхід до законодавчого визначення поняття договору дещо різниться від підходів інших держав. У цьому випадку договір визначається через поняття цілісного елементу – зобов'язання – і в свою чергу воно вже впливає з угоди (правочину).

Поняття договору міститься у Зводі договірних прав (Restatement of Contracts). Його розробником вважається С. Уїллістон та ряд інших відомих правників, що підтримували погляди позитивістської правової школи. Акт виданий Американським Інститутом Права у 1932 р. і за своєю будовою нагадує кодифікований акт. У 1981р. постала гостра необхідність у перевиданні зводу, адже договірне право є живим організмом, що постійно трансформується. Як наслідок був виданий Другий Звід договірних прав. Акт відображав більшою мірою погляд А. Корбіна [12, с. 598–616; 13, с. 1–12; 9, с. 10], який підтримував реалістську правову школу, що домінує й сьогодні у США. Варто наголосити, що американська школа реалізму розглядає право як рішення суду щодо конкретного набору фактів, що стосуються конкретних осіб [14, с. 46]. Безумовно, вказаний акт не можна розглядати як джерело договірних прав, адже він відіграє роль систематизації прецедентів. Цінність Зводу договірних прав полягає у тому, що в ньому системно викладені найкраще аргументовані прецеденти у сфері договірних прав. Більше того, в американській юридичній літературі підкреслюється, що необов'язковість Зводу, навпаки, вважається його найкращою рисою, адже метою як Зводу договірних прав, так і Другого Зводу договірних прав була уніфікація прецедентного права між 50 штатами, а обов'язковість його застосування означала б те, що судді застосовують найбільш типові рішення, а не найкращі із можливих для конкретних ситуацій [15, с. 539].

Положення § 1 глави 1 Зводу договірних прав визначає договір як обіцянку або низку обіцянок, порушення яких закон визнає підставою для позову та виконання яких тим або іншим способом закон визнає обов'яз-

ком [16, с. 104]. Наведене визначення є доволі специфічним, адже, ґрунтуючись на логічних прецедентах, охоплює існування договірних конструкцій, не притаманних більшості держав континентального права. Зокрема, такими конструкціями є договори за рішенням суду та договори за печаткою. Ці договори наділені особливостями, які не притаманні іншим видам договорів. Дійсність у них безпосередньо залежить від їх форми. Як вірно зазначає А. Д. Корецький, їх дійсність впливає не із факту існування домовленості, а виключно із форми, в якій договір виражений [17, с. 15]. Також відповідні договори наділені особливостями, що стосуються їх укладення. Так, договір «за печаткою» визнається укладеним, якщо він підписаний (зобов'язуючою стороною) та має відтиск печатки, а також переданий (причому передаванням вважається не лише фізичне вручення договору іншій стороні, а й здійснення дії, що свідчить про наміри прийняти на себе зобов'язання) [18, с. 54]. Зрозуміло, що наведене не вписується у главу 53 ЦК України, що регламентує динаміку договірних зобов'язань в Україні. Адже відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Отже, на перший погляд у таких договорах ніби не існує домовленості сторін, проте це не так. Згода на укладення договорів виражається у діях сторін, у тому числі конклюдентних. На думку А. Д. Корецького, в даному випадку ми маємо справу з домовленістю сторін, тільки у дещо іншій формі, при якій згода управомоченої особи виражається, як правило, у діях та стосується всього договору [17, с. 16].

З урахуванням аналізу положень Єдиного торгового кодексу та Зводу договірних прав, дійсно, договір слід розглядати через поняття «домовленість». Мабуть, з огляду на викладене американські правники (Дилаву, Ховард, Вілсон, Т. Керн) розглядали договір як домовленість («соглашение») сторін, що породжує зобов'язання [16, с. 104].

Таким чином, у США розуміння договору базується на американській школі реалізму

та окреслене домовленістю його сторін. Таке розуміння дистилується не лише зі змісту чинних редакцій Єдиного торгового кодексу, а й із судового прецеденту. Це наближає розуміння договору у США до відповідного розуміння у континентальній системі права.

Отже, мета даної роботи досягнута – здійснений теоретико-правовий критичний огляд підходів до розуміння сутності договору, втілених у нормативно-правових актах провідних іноземних держав.

Підбиваючи підсумки, варто зазначити, *по-перше*, що Цивільне уложення Німеччини, Загальний цивільний кодекс Австрії не містять легального визначення договору. Як наслідок, австрійський законодавець, як і німецький, сконцентрував свою увагу на ди-

наміці договору. *По-друге*, слід констатувати, що у більшості держав на нормативному рівні визначається договір через термін «домовленість» або «угода», підкреслюючи в останньому випадку ознаку законності договору. *По-третє*, у Єдиному торговому кодексі договір визначається через поняття цілісного елементу – зобов'язання – і в свою чергу воно вже впливає з угоди (правочину). *По-четверте*, звід договірного права не можна розглядати як джерело договірного права, адже він відіграє роль систематизації прецедентів. *По-п'яте*, у США розуміння договору базується на американській школі реалізму та окреслене домовленістю його сторін.

### Список використаних джерел

1. Гражданский кодекс Восточной Галиции 1797 г. = Codex civilis pro Galicia orientali anni MDCCXCVII / пер. с лат. А. Гужвы ; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. – М. : Статут ; Одесса, 2013. – 536 с.
2. Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. – М. : Изд-во Ун-та дружбы народов, 1986. – 384 с.
3. Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. / М. М. Агарков. – М. : Центр ЮрИнфоР, 2002. – Т. 1. – 490 с.
4. Гражданское уложение Германии. Ввод. закон к Гражд. уложению : пер. с нем. / науч. редакц. А. Л. Маковский [и др.]. – М. : Волтерс Клувер, 2004. – 816 с.
5. Брагинский М. И. Договорное право / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – Изд.3-е, стер. – М. : Статут, 2001. – Кн. 1 : Общие положения. – 848 с.
6. Эннекцерус Л. Курс германского гражданского права / Л. Эннекцерус. – М. : Изд-во иностр. лит-ры, 1949. – Т. 1. Полумтом 1. – 436 с.
7. Всеобщий гражданский кодекс Австрии = Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch / пер. с нем. [Маслов С. С.]. – М. : Инфотропик Медиа, 2011. – 272 с.
8. Schnader W. A. Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code / W. A. Schnader // University of Miami Law Review. – 1967. – Vol. 22. – P. 1–12.
9. Томсинов А. В. Понятие договорных убытков в праве Англии, США и России : монография / А. В. Томсинов. – М. : Зерцало-М, 2010. – 184 с.
10. Macintosh K. L. Liberty, Trade, and the Uniform Commercial Code: When Should Default Rules Be Based on Business Practices? / K. L. Macintosh // William and Mary Law Review. – 1997. – Vol. 38. – Issue 4. – P. 1465–1543.
11. Кулагин М. И. Предпринимательство и право: опыт Запада / М. И. Кулагин. – М. : Дело, 1992. – 144 с.
12. Braucher R. Freedom of Contract and the Second Restatement / R. Braucher // The Yale Law Journal. – 1969. – Vol. 78. № 4. – P. 598–616.
13. Farnsworth E. A. Ingredients in the Redaction of the «Restatement (Second) of Contracts» / E. A. Farnsworth // Columbia Law Review. – 1981. – Vol. 81. – № 1. – P. 1–12;
14. Frank J. Law and the Modern Mind / J. Frank. – New York : Brentano's, 1930. – 379 p.
15. Maggs G. E. Ipse Dixit : The Restatement (Second) of Contracts and the Modern Development of Contract Law / G. E. Maggs // George Washington Law Review. – 1998. – Vol. 66. – P. 508–555.
16. Халфина Р. О. Договор в английском гражданском праве / Р. О. Халфина. – М. : Изд-во АН СССР, 1959. – 319 с.

17. Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре / А. Д. Корецкий ; отв. ред. заслуж. деятель науки РФ, докт. юрид. наук, проф., акад. РАЕН П. П. Баранов. – СПб. : Юридический центр Пресс, 2001. – 211 с.

18. Ансон В. Р. Договорное право / В. Р. Ансон. – М. : Юрид. лит., 1984. – 464 с.

***Вавженчук С. Я. Договор в частном праве: компаративистский очерк.***

*В данной статье рассматривается сущность договора в частном праве, а также его особенности. Отдельное внимание обращается на доктринальные подходы относительно понимания договора.*

***Ключевые слова:*** договор, договорные отношения, обязательства.

***Vavzhenchuk S. Y. Agreement in private law: comparative essay.***

*The article focuses the essence of the essence of the contract in private law and their features. Particular attention is paid to dogmatic approaches to understanding the contract.*

***Key words:*** contract, contractual relationship, commitment.