

УДК 340.111+340.149

С. Погребняк, доцент Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»

Договір: загальнотеоретичне розуміння

Договір як соціальний інститут відомий уже на ранніх етапах розвитку суспільства, що знаходить своє відображення в міфології, релігії та інших нормативних і аксіологічних системах. Проте ідея договору далеко не просто утверджувала себе у правовій свідомості й юридичному мисленні¹.

Видатний англійський історик права ХІХ ст. Г. Мейн зазначав, що серед усіх загальних положень, які стосуються нашого сучасного суспільного устрою, жодне не визнається з більшою здатністю, ніж те, що наше суспільство від суспільного устрою попередніх поколінь розширенням сфери договору². Якщо в традиційних суспільствах права та обов'язки індивіда залежать передусім від соціального статусу, то в сучасних суспільствах їх визначає сам індивід і через договірні відносини. Хоча етнографічні, антропологічні дані, отримані у ХХ ст., дозволяють стверджувати, що різною мірою будь-якому суспільству притаманні як статусні, так і договірні відносини, втім перехід від субординації й підпорядкування до договорів вважається загальною лінією розвитку³. Отже, сьогодні договір виступає одним із головних і таким, що найчастіше зустрічається, втіленням права⁴.

Договір (*contractus*) як юридична категорія починає розроблятися в давньоримському праві. Для позначення угод у ці часи також нерідко використовувалися терміни *convention* та *actum*⁵. Усі вони, у прин-

¹ Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции / И. В. Бекленищева. – М., 2006. – С. 12.

² Мэйн Г. С. Древнее право: его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям / Г. С. Мэйн ; пер. с англ. ; изд. 2-е. – М., 2011. – С. 238–239.

³ Примак Т. К. Институт договора: теоретико-правовые вопросы : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01 / Т. К. Примак. – М., 2008. – С. 15.

⁴ Иванов В. В. Общая теория договора / В. В. Иванов. – М., 2006. – С. 7.

⁵ Перетворення *actum* у договір залежало головним чином від того, чи приєднував до нього закон якесь зобов'язання – «окови», якими закон зв'язував разом осіб унаслідок певних добровільних дій. Договором вважалася угода (*actum*) з приєднанням до неї зобов'язання. Без такого приєднання *actum* іменувався «голим», або простим (*nudum*) і не міг отримати судовий захист (див.: Мэйн Г. С. Древнее право: его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. – С. 253). Проте поступово преторське право проголошує принцип захищеності всіх *acta*, які не суперечать законам і моральності (див.: Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. – С. 16).

ципі, є самостійними поняттями; жодне з них не охоплювало всіх явищ, які мали договірну природу, і не виступало як родова категорія¹.

Так, для римських юристів класичного часу договір полягає в угоді або згоді сторін. У Кодексі Юстиніана договір визначається як угода двох чи кількох сторін про виникнення, перенесення, припинення, збереження, зміну будь-якого права (I. 1. § 2. D. de pact. 2, 14). Договір використовується в усіх галузях права (I. § 3. D. de pact. 2, 14): у праві приватному — як речовий, зобов'язальний, сімейний договір чи договір про спадщину; у праві публічному — як державний договір, конкордат та ін.²

Важливе значення для створення вчення про договір мала діяльність глосаторів (XI–XIII ст.), які зосередили увагу на дослідженні римської юридичної спадщини. Незважаючи на відсутність загального визначення пакту, глосатори в цілому розуміли його як згоду сторін (*consensus*), що досягається за допомогою обміну обіцянками передати майно або вчинити певні дії (*dare vel faceré*) на взаємовигідній основі (*in vicem*), що породжує натуральне зобов'язання. Контракт, відповідно до доктрини глосаторів, — це пакт із власним найменуванням, здатний породжувати позови³. Таким чином, вони повністю усувають різницю між простою, неформальною угодою та угодою, яка має певну форму, визнавши, що обидві вони можуть породжувати відносини зобов'язального характеру, які мають рівну юридичну силу⁴.

Схожих висновків дійшли й каноністи, які поступово починають надавати своїм поглядам на договір більш широкого й загального значення: будь-яке слово зобов'язує незалежно від того, чи є воно присяганням або простою обіцянкою, і будь-яке порушення слова має розглядатися як гріховне. Крім того, вони дійшли висновку, що позовне право сторони, яка постраждала внаслідок порушення, морально виправдане. Грунтуючись на уявленні про те, що договори мають бути юридично зобов'язуючими, якщо вони служать досягненню розумної і справедливої мети, каноністи висунули низку принципів, які були покладені в основу договірного права на наступні століття: *pacta sunt*

¹ Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. – С. 16.

² Барон Ю. Система римского гражданского права : в 6 кн. / Ю. Барон : пер. с нем. – СПб., 2005. – С. 156.

³ [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.dissercat.com/content/kontrakt-i-pakt-v-doktrine-glossatorov-xii-xiii-vv>.

⁴ Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. – С. 30.

servanda, можливість тлумачення мовчання як знаку згоди, допустимість виправлення договорів, неприпустимість примусу до виконання договору, укладеного під впливом загроз, обману чи помилки, а також недобросовісних договорів¹.

У найширшому значенні інститут договору являє собою узгоджену поведінку, тобто організаційні форми діяльності, зовнішні прояви яких мають багатозначний характер і велике коло застосування в соціальній, економічній, політичній, правовій та інших сферах. Договір виступає як необхідний елемент інтеграції людей у групи, інші колективні утворення, є формою узгодженої взаємодії, яку слід розглядати як життєво необхідну потребу, як здатність до об'єднання, як процес, спрямований на спільну діяльність, встановлення і підтримку відносин, що визначає властивість індивідів співіснувати на основі всіх видів домовленостей².

У сучасній юридичній літературі термін «договір» вживається в найрізноманітніших значеннях: у приватноправовому аспекті — як двосторонній юридичний правочин і правовідносини³; у публічно-правовому — як джерело права⁴, у філософсько-правовому — як універсальний, природний саморегулятор суспільства⁵. Разом з тим наука, як правило, вивчає договір тільки в межах окремо взятої галузі. У такому випадку слід погодитись з тим, що підхід до розробки теорії договору як загальноправової конструкції є досить актуальним у зв'язку із зростаючим значенням договору як регулятора суспільних відносин⁶.

¹ Иванов В. В. Общая теория договора. – С. 52.

² Примак Т. К. Институт договора: теоретико-правовые вопросы. – С. 10.

³ Договір традиційно розглядається в межах теорії правовідносин, зокрема, як різновид юридичних фактів (актів) – правомірних дій суб'єктів права, що здійснюються з наміром установити конкретні правовідносини (див.: Ракова Е. Г. Договор как форма и процедурный институт позитивного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Е. Г. Ракова. – СПб., 2004. – С. 11).

⁴ У даному випадку йдеться про договір як формальне джерело права, тобто як один із способів формування права, за допомогою яких правила стають складовою частиною позитивного права.

⁵ У філософсько-правовому аспекті ідея суспільного договору, яка лежить в основі всіх суспільних угод та виконує роль засадничої легітимації, розглядається як загальноєвропейська спадщина. Договірна теорія пов'язує політичну легітимацію зі згодою кожного, тобто не просто колективною, а з дистрибутивною вигодою (див.: Гьофе О. Розум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу / О. Гьофе : пер. з нім. – К., 2003. – С. 204–206).

⁶ Парфенова Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Т. А. Парфенова. – Челябинск, 2006. – С. 10–11.

Характеризуючи договір, слід виходити з того, що він являє собою *один із засобів правового регулювання*. Як відомо, категорія «правові засоби» використовується для позначення правових явищ, що втілюються в інструментах (установах) та діях (технологіях), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, забезпечується досягнення соціально корисних цілей¹.

Договір є унікальним правовим засобом, який дозволяє здійснювати як *нормативне, так і індивідуальне правове регулювання*. У першому випадку він встановлює *норми права* — правила поведінки загального характеру, які характеризуються неперсоніфікованістю і невичерпністю. У другому — *індивідуальні правила*, які зазвичай є персоніфікованими і вичерпними; у такій ситуації договір є ніби законом у мініатюрі².

Водночас договір виступає як *засіб координаційного правового регулювання*, тобто регулювання, яке має двосторонній або багатосторонній характер і полягає у встановленні правил поведінки на основі консенсусу³. У загальному випадку договірне правове регулювання включає три стадії: 1) стадію укладання (формування) договору; 2) стадію виникнення і дії (розвитку) договірних правовідносин, 3) стадію реалізації договірних прав та обов'язків⁴.

Особливого значення договірне правове регулювання набуває у *приватному праві*. Завдяки принципу *приватної автономії* фізичні та юридичні особи — в обмеженому обсязі — самі регулюють власні взаємні правові відносини і безпосередньо впливають на конкретне оформлення своїх обов'язків та прав⁵. Суб'єкти мають право самостійно оформлювати свої правовідносини, оскільки вони здатні до «самозаконодавства» у кантівському розумінні. Правопорядок визнає здатність людини до розумного бажання та дії⁶. Завдяки договору вільні люди самі творять право для себе. Саме право, що твориться фізичними та юридичними особами своєю волею і у своєму інтересі

¹ Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве / А. В. Малько ; 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2003. – С. 17.

² Фуллер Лон Л. Анатомія права / Лон Л. Фуллер : пер. з англ. – К., 1999. – С. 87.

³ Загальна теорія держави і права / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. ; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х., 2009. – С. 219.

⁴ Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / М. Ф. Казанцев. – Екатеринбург, 2008. – С. 24.

⁵ Циппеліус Р. Філософія права / Р. Циппеліус : пер. з нім. – К., 2000. – С. 222.

⁶ Шапф Я. Система германского гражданского права / Я. Шапф : пер. с нем. – М., 2006. – С. 201.

шляхом укладання між собою договорів, — це в повній мірі приватне право¹. Отже, здатність до реалізації інтересів під власну відповідальність є основою договору, а зв'язаність договором і відповідальність являють собою його неминучі наслідки. Крім того, подібне правове регулювання в умовах приватного права є оптимальним: у даному випадку структурування відносин, що відбувається внаслідок взаємодії індивідів шляхом досягнення угод, дозволяє швидко реагувати на зміну суспільних відносин, веде до появи найбільш адаптованих до реальності правил поведінки².

Приватне право в централізованому порядку (шляхом нормотворчості) пропонує суб'єктам права лише надійний рамковий устрій, який визначає зовнішні межі автономії, створює нормативні програми врегулювання конфліктів, піддає оцінці індивідуальні інтереси щодо захисту та забезпечення, створює особливі захисні зони на користь окремих суб'єктів (наприклад, споживачів). Рамковий характер норми повинен забезпечувати правові умови вільної комунікації суб'єктів приватного права та надавати обов'язкової сили її результатам (договорам). Він найбільш виразно виявляється там, де сторони договору можуть відхилитися від законодавчих приписів та застосовувати їх як диспозитивні правила³.

Особливі регулятивні завдання *публічного права* не дозволяють, аби воно обмежувалося рамковим регулюванням, характерним для приватного права. Для публічного права регулювання має бути програмним, яке здійснюється через законодавчі норми. Тому воно віддає перевагу централізованому, односторонньому регулюванню, яке водночас повинне бути легітимним, доводячи особливий зв'язок своїх рішень із загальним благом⁴. Природно, що в таких умовах договір не може виступати основним засобом публічно-правового регулювання, а використовується лише як субсидіарний інструмент.

Певний виняток тут становить міжнародне публічне право, в якому провідне місце договорів як джерела права пояснюється *суверенністю держав* як основних суб'єктів міжнародного права. Як відомо, суве-

¹ Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования. – С. 21.

² Примак Т. К. Институт договора: теоретико-правовые вопросы. – С. 12.

³ Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права / Е. Шмідт-Ассманн ; пер. з нім. – К., 2009. – С. 326–327.

⁴ Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права. – С. 328–329.

ренітет означає незалежність держав на міжнародній арені, автономність їх влади, рівноправність з іншими державами, підкорення лише міжнародному праву¹. Слід також взяти до уваги принцип взаємності, який вимагає від держав взаємного додержання суверенітету. У таких умовах встановлення норм міжнародного права імпліцитно передбачає згоду держав. Одним із ефективних засобів підтвердження такої згоди виступає інститут договору.

Договір являє собою *різновид правового акта*. Як відомо, термін «правовий акт» є багатозначним². У цьому дослідженні ми розуміємо правові акти як зовнішні юридичні форми, що є носіями змістовних елементів правової системи (норм права, індивідуальних приписів, автономних рішень осіб та ін.) і спрямовані на досягнення певних юридичних наслідків.

Для теорії права важливе значення має поділ правових актів на нормативні та індивідуальні, а також на нормативно-правові акти, інтерпретаційні акти нормативного чи індивідуального характеру, акти застосування права і акти реалізації прав та обов'язків³.

Цікаво зауважити, що договір може конституювати, вводити до правової системи та зовнішньо фіксувати як норми права, так і індивідуальні автономні рішення суб'єктів права. Саме на цьому ґрунтується відоме розрізнення між нормативними й індивідуальними договорами; отже, договір може належати як до нормативних, так і до індивідуальних актів. У першому випадку він може бути визначений як *особливий різновид нормативно-правового акта*, у другому — як *різновид акта реалізації прав та обов'язків*. Це дозволяє характеризувати договір як *правочин* у філософсько-правовому сенсі.

Основними характеристиками договору як правового акта є його суб'єктний склад, зміст, форма, юридична конструкція і правовий режим.

¹ Слід також звернути увагу на те, що суверенітет є своєрідним аналогом автономії волі в міжнародному публічному праві (див.: Васечко А. А. Международный договор как источник внутригосударственного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / А. А. Васечко. – М., 2008. – С. 17).

² Цим терміном нерідко позначають: а) дію (поведінку), як правило, правомірну, тобто юридичний факт, що є підставою тих чи інших правових наслідків; б) результат правомірної поведінки, тобто юридично значущий змістовний елемент правової системи (юридична норма, індивідуальний припис, акт «автономного» регулювання), що ввійшов у правову тканину внаслідок правотворчої, владної індивідуально-правової чи автономної діяльності суб'єктів; в) юридичний документ, тобто зовнішній словесно-документально оформлений вираз волі, в якому закріплюється правомірна поведінка чи її результат (див.: Алексеев С. С. Общая теория права : учебник / С. С. Алексеев. – 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2008. – С. 427).

³ Алексеев С. С. Общая теория права. – С. 433.

Так, *суб'єктний склад договору* утворюють сторони договору, а в окремих випадках також особи, що виступають на стороні договору. *Зміст договору* є вольовою моделлю регульованих договором відносин (поведінки), утвореною вираженими в договорі умовами (первинними логічно завершеними елементами змісту договору). *Форму договору* можна визначити як форму (засоби, способи) виразу або посвідчення волі сторін укласти договір і його змісту. *Юридична конструкція договору* є побудовою змісту договору, яка визначається складом і взаємозв'язком елементів змісту договору і обумовлює, поряд з іншими факторами, належність договору до певного виду (типу). У свою чергу, *правовий режим договору* є сукупністю правових положень, установлених щодо договору, зокрема положень, що визначають порядок його укладення, дії, зміни, припинення, а також форму і зміст договору (договірних правовідносин). Правовий режим конкретного договору може бути визначений як однією, так і двома чи більше галузями права¹.

Важливою особливістю договору як правового акта є його *двосторонній* або *багатосторонній характер*. Інакше кажучи, на відміну від інших правових актів, що можуть бути одноособовим продуктом, утілюють волю лише одного суб'єкта, договір є актом, для створення якого необхідна участь, як мінімум, двох суб'єктів права.

Фундаментальною категорією для сучасного поняття договору є *згода (consensus)*. Р. Потье першим розклав згоду на оферту та акцепт, після чого договір почали розглядати як вираз двох зустрічних волевиявлень сторін, як взаємну згоду, як згоду двох чи більше волей². В основі будь-якого договору лежать розрізнення інтересів сторін, індивідуальність, відокремленість. Узгодження індивідуальних волевиявлень сторін договору передбачає три основні етапи: ініціювання процесу формування згоди, згоду, а також закріплення й реалізацію узгоджених дій у договірному акті³.

Характеризуючи договір, слід зауважити, що він укладається сторонами для досягнення певної *правової мети*, яка визначає загальну спрямованість угоди⁴. Договір породжує певні правові наслідки, настан-

¹ Див.: Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования / М. Ф. Казанцев. – С. 16–18.

² Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции / И. В. Бекленищева. – С. 57.

³ Парфенова Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность / Т. А. Парфенова. – С. 11.

⁴ Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции / И. В. Бекленищева. – С. 58.

ня яких обумовлено тим фактом, що ці наслідки узгоджені й бажаються кількома суб'єктами¹. Природно, що ці наслідки задовольняють інтереси і потреби учасників договору, є корисними для них; у свою чергу, основою інтересу чи користі є мотив, яким керуються сторони, вступаючи в договірні правовідносини, узгоджуючи умови договору, тощо².

Правова мета договору залежить від виду договору. Так, індивідуальний договір спрямований на *встановлення, зміну чи припинення правовідносин*, тоді як метою нормативного договору є *встановлення, зміна чи скасування норм права*.

Слід також звернути увагу на той факт, що воля сторін, яка спрямована до досягнення бажаного для сторін правового результату, має отримати **визнання з боку правопорядку**³. Іншими словами, правопорядок має визнати факт належного узгодження волевиявлень сторін, їх здатність до укладання договору, а також оцінити правомірність мети. В іншому випадку з точки зору права договір не спроможний породити ті правові результати, на настання яких він спрямований.

Крім того, договір має таку рису, як **обов'язковість**. Як зазначається в юридичній літературі, ідея договору полягає в тому, що узгоджені в ньому умови є обов'язковими для партнерів, оскільки кожний із них добровільно підтвердив іншому, що саме їх слід вважати вірними⁴. Слід зауважити, що моральна вимога дотримуватися договору ґрунтується на двох принципах: *на принципі автономії та принципі захисті довіри*. Автономія означає, що гідність того, хто обіцяє, його вимога поважання його як самостійної дієздатної особи вимагає, щоб він виконував зобов'язання, які перебрав на себе у вільному самовиявленні. У свою чергу, захист довіри найтісніше пов'язаний із вимогою орієнтаційної впевненості й послідовності: впорядковане суспільне життя може функціонувати лише тоді, коли можна покластися; договір повинен бути таким надійним принципом відносин між людьми⁵. Крім того, в основі принципу захисту довіри знаходиться ідея *bona fide*. Вона пояснює той факт, що договір здатний обґрунтувати виникнення зобов'язання; укладання договору зобов'язує сторін, тому що кожний іншому довіряє і претендує на зустрічну довіру⁶.

¹ Шапп Я. Система германского гражданского права / Я. Шапп. – С. 200.

² Парфенова Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность / Т. А. Парфенова. – С. 12.

³ Шапп Я. Система германского гражданского права / Я. Шапп. – С. 200–201.

⁴ Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц ; пер. с нем. – М., 1998. – Т. 2. – С. 8.

⁵ Циппеліус Р. Філософія права / Р. Циппеліус. – С. 223.

⁶ Шапп Я. Система германского гражданского права / Я. Шапп. – С. 208.

Цікавою також є проблема перенесення обов'язковості договору на інших осіб. Відповідно до класичної традиції правила договору є обов'язковими для осіб, які його уклали (*Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*)¹, і не мають загального характеру². Відповідно до відомого формулювання ст. 1134 ЦК Франції «правомірні договори стають законом для осіб, які їх уклали»³. Поширення договірних правил на третіх осіб при укладанні нормативного договору пояснюється специфічними відносинами, які існують між стороною договору та третіми особами. Найбільш зрозумілими в даному випадку є стосунки між державою і фізичними та юридичними особами: необхідність підкорення правовим нормам, санкціонованим державою (у тому числі — шляхом укладання договору), обумовлено територіальним і особистим верховенством державної влади. Підкорення може мати інше обґрунтування — наприклад, відносини членства в певній організації (колективі) можуть породжувати обов'язок певної особи дотримуватися правил, які встановлені договором, укладеним організацією (колективом).

Юридична обов'язковість договору забезпечується також *системою договірних санкцій*, що мають ефективно стимулювати додержання його умов, та *можливістю застосування державного примусу*. Державний примус ніби стоїть за спиною договору, вступаючи в дію у випадку його порушення. Цей особливий засіб забезпечення відрізняє договори як акти, що отримали визнання і захист з боку правопорядку, від інших суспільних домовленостей.

З теоретичної точки зору важливе значення має постановка питання про *принципи договору*, тобто провідні засади існування та розвитку цієї правової категорії, основні ідеї, що покладені в її основу і мають враховуватися під час правового регулювання. Залежно від відповідності чи невідповідності тієї чи іншої угоди договірним принципам можна оцінювати, чи є вона взагалі договором у власному значенні цього терміна⁴.

На нашу думку, принципами договору слід вважати:

– *принцип свободи договору*, який означає можливість сторін самостійно, на власний розсуд — у межах, встановлених правом, з дотри-

¹ Международное право / Вольфганг Граф Витцум и др. : пер. с нем. – М., 2011. – С. 79.

² Гунель М. Введение в публичное право. Институты – основы – источники / М. Гунель : пер. с фр. – М., 1995. – С. 271–272.

³ Мережко А. А. Договор в частном праве / А. А. Мережко. – Киев, 2003. – С. 34.

⁴ Калабеков Ш. В. Договор как универсальная правовая конструкция : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Ш. В. Калабеков. – М., 2004. [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100069588>.

манням загальних принципів права (справедливості, законності, розумності, добросовісності та ін.)¹ — вирішувати важливі питання, зокрема: 1) визначати, укласти чи не укласти договір, тобто вступати або не вступати в договірні відносини (свобода укладення договору); 2) визначати, з ким укласти договір (свобода вибору контрагента договору); 3) визначати, де укласти договір (свобода вибору місця укладання договору); 4) визначати, коли укласти договір (свобода вибору часу укладення договору); 5) визначати форму договору, що укладається (свобода вибору форми договору); 6) визначати вид договору, що укладається (свобода вибору виду договору); 7) визначати зміст (умови) договору, що укладається, включаючи можливість змінювати і скасовувати умови договору (свобода визначення умов договору); 8) розривати договір, іншим чином припиняти дію договору, тобто виходити з договірних відносин (свобода розірвання договору)². Свобода договору нерідко розглядається як прояв конституційного права на вільний розвиток особистості³;

– *принцип рівності учасників договору*, який є похідним від конституційного принципу рівності. Найчастіше рівність учасників полягає в однаковому правовому становищі суб'єктів договору (в тому числі перед публічною владою), наділенні їх однаковими правовими можливостями щодо встановлення та зміни між собою правового зв'язку, обов'язковості узгодження таких можливостей з іншою стороною, наданні їм рівного правового захисту з боку права⁴;

¹ Наприклад, обмеження свободи договору може запроваджуватися з метою захисту певних категорій осіб від несправедливого утискування їх інтересів у договорі, попередження дискримінації (див.: Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии : пер. с нем. – М., 2001. – С. 39–42). Відповідне обмеження також може бути обумовлене особливим статусом особи як суб'єкта владних повноважень. Вважається, що такі особи діють не на основі принципу свободи, а на основі зв'язаної правом компетенції: вона має на меті захист договірного партнера, третіх осіб і на дотримання публічних інтересів (див.: Шмідт-Ассманн Е. Загальне адміністративне право як ідея врегулювання: основні засади та завдання систематики адміністративного права. – С. 394).

² Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования. – С. 33.

³ Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. – С. 39.

⁴ Парфенова Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность. – С. 11; Калабеков Ш. В. Договор как универсальная правовая конструкция.

Водночас слід звернути увагу на те, що виправданість цього принципу піддається сумніву, ураховуючи існування нерівноправних договорів (докладніше див.: Иванов В. В. Общая теория договора. – С. 109–116).

– *принцип pacta sunt servanda* (договори повинні дотримуватися), який визначався ще Гуго Гроцієм як одне з базових правил природного права: «адже було необхідно, щоб між людьми існував будь-який порядок взаємних зобов'язань, іншого ж способу, більш узгодженого з природою, неможливо вигадати»¹. Так, він вважається, мабуть, першим основним принципом міжнародного права, нормою *jus cogens*². Згідно зі ст. 26 Віденської конвенції про право міжнародних договорів кожний чинний договір є обов'язковим для його учасників і має ними добросовісно виконуватися. У національному праві він знаходить свій вияв, наприклад, у ст. 526 Цивільного кодексу України чи ст. 139 Кодексу законів про працю України. Без нього, як зазначається в рішенні Міжнародного арбітражу 1903 р. у справі Рудлова між США і Венесуелою, і міжнародне, і цивільне право були б просто сміховиськом³;

– *принцип еквівалентності договору*, що передбачає взаємність прав і обов'язків сторін, які беруть у ньому участь, і його вигідність для всіх сторін⁴. Еквівалент — це встановлена досвідом рівновага між двома сторонами, умова, за якою кожен отримує своє і ніхто не залишається у програві⁵. Еквівалент є здійсненням ідеї справедливості у відносинах рівних партнерів і тісно пов'язаний із концепцією зрівняльної справедливості (*justitia commutativa*). Ідея еквівалентності в договірних відносинах втілюється, наприклад, у концепції справедливої ціни, справедливих умов праці й справедливої винагороди.

Важливою в контексті загальнотеоретичної характеристики договору є постановка питання про його *функції*. Можна погодитись з тим, що договір як правовий інститут має виконати три функції — регулюючу, інтегруючу та посередницьку, що в сукупності визначає його соціальну цінність⁶. Так, *регулююча функція* визначає зовнішні й вну-

¹ Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права / Г. Гроций : пер. с лат. – М., 1956. – С. 47.

² Лукашук И. И. Современное право международных договоров : в 2 т. / И. И. Лукашук. – М., 2006. – Т. 2. – С. 2.

³ Цит. за: Каламкарян Р. А. Философия международного права / Р. А. Каламкарян. – М., 2006. – С. 52.

⁴ Водночас не можна не відзначити, що питання еквівалентності взаємних зобов'язань є предметом багатоголової дискусії (з цього приводу див.: Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права / К. Цвайгерт. – Т. 2. – С. 13–16).

⁵ Иеринг Р. фон. Цель в праве / Р. фон Иеринг // Избр. тр. : в 2 т. ; пер. с нем. – СПб., 2006. – Т. 1. – С. 179.

⁶ Примак Т. К. Институт договора: теоретико-правовые вопросы / Т. К. Примак. – С. 35–43.

трішні параметри конструювання соціальної реальності і включає, зокрема, такі аспекти, як правотворчість, управління і планування, а також упорядкування суспільних відносин. *Інтегруюча функція* спрямована на появу, відтворення гнучких, адаптованих до динаміки структур та взаємозв'язків. Так, договір сприяє структурній груповій інтеграції, яка спрямована на створення нових (колективних) суб'єктів права, а також забезпечує інтегровану соціальну взаємодію самостійних суб'єктів. У свою чергу, *посередницька функція* забезпечує сталість нормативних й організаційних утворень; у такому випадку договір являє собою альтернативну модель та процедуру вирішення соціальних конфліктів.

Погребняк С. Договор: общетеоретическое понимание

В данной статье договор рассматривается как уникальное правовое средство, которое позволяет осуществлять как нормативное, так и индивидуальное правовое регулирование, выступает средством координационного правового регулирования. Приводится общетеоретическая характеристика договора как разновидности правового акта: подчеркивается, что он имеет двусторонний или многосторонний характер, основывается на согласии сторон, заключающих его для достижения определенной правовой цели, получает признание со стороны правопорядка и др. В статье также определяются основные принципы и функции договора.

Ключевые слова: договор, средство правового регулирования, правовой акт, принципы договора, функции договора.

Pogrebniak S. Contract: general theoretical understanding

In this article, a contract as a unique legal instrument that provides both normative and individual legal regulation and also as an instrument for coordinating legal regulation is viewed. A general theoretical description of the contract as a legal act is shown. It is emphasized that the contract has bilateral or multilateral character and is based on the parties' agreement entering into it to achieve a certain legal purposes, gaining the legal order recognition, etc. The article also defines the basic principles and functions of the contract.

Keywords: contract, legal regulation instrument, legal act, the contract principles, the contract functions.