

Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского
Серия «Юридические науки». Том 26 (65). 2013. № 2-1 (Ч. 1). С. 240-245.

УДК 341.9.019

**СВОБОДА СТОРІН УКЛАДАТИ ДОГОВОРИ,
НЕ ПЕРЕДБАЧЕНІ ЗАКОНОДАВСТВОМ: ПІДХОДИ ОКРЕМИХ КРАЇН**

Діковська І. А.

*Київський національний університет ім. Тараса Шевченка
м. Київ, Україна*

У статті розглядаються підходи до розуміння поіменованих договорів за правом окремих країн, аналізуються способи регулювання непоіменованих договорів. Був зроблений висновок про те, що право різних держав неоднаково підходить до визначення поняття поіменованого договору. Так, за правом одних держав, поіменовані договори – це договори, назви яких згадані у цивільному кодексі. В інших державах – це договори, чії характеристики визначені як цивільним кодексом, так і актами цивільного законодавства.

Ключові слова: поіменовані договори, непоіменовані договори, аналогія закону, аналогія права.

Вступ. Право сторін приватно-правового договору укладати як поіменовані, так і непоіменовані договори передбачене правом багатьох країн. Як відомо, кваліфікація договору як поіменованого ставить його сторони перед необхідністю дотримуватися існуючих по відношенню до даного договірному виду імперативних норм (наприклад, щодо форми, істотних умов і т.д.), а також заповнювати прогалини, що існують у договорі на підставі диспозитивних норм, що можуть застосовуватися до даного договірному виду.

Слід відзначити, що проблеми поіменованих та непоіменованих договорів досліджувалися авторами різних часів та країн, наприклад, Є.А. Батлером, проф. Т.В. Боднар, проф. Й.О.Покровским, проф. І.Б. Новицьким І.Б., проф. К. Осакве, проф. А.Г. Карапетовим А.Г., А.І. Савельєвим та іншими. Разом із тим, питання, пов'язані із поіменованими договорами, залишаються дискусійними і викликають проблеми на практиці, тому потребують нових досліджень.

Метою даної статті є аналіз підходів до розуміння поіменованих договорів за правом окремих країн та правил, що застосовуються донепоіменованих договорів.

Виклад основного матеріалу. Те явище, яке у сучасному праві іменується «непоіменованістю договору», відоме ще з часів римського права, яке визнавало юридично дійсними лише ті договори, які могли бути підведені під той чи інший тип, передбачений законом (contractus). Нетипові договори, навіть якщо вони не суперечили закону і добрим нравам, юридичної сили не мали і були «голими» угодами (nuda pacta) [1, с. 126]. Правда, зі сплином часу, як відмічає І.Б. Новицький, деякі з них отримали правовий захист [2, с. 149].

Сучасні цивільні кодекси, як правило, не вживають термінів «поіменовані» та «непоіменовані» договори. Виключення складають цивільні кодекси Луїзіани (США) та

канадської провінції Квебек. Так, Розділ II Книги V ЦК Квебеку має назву «Поіменовані договори» та вміщує норми, що регулюють 18 договірних типів [4]. Проте визначення поняття «поіменованій договір» у ЦК Квебеку не міститься. Ст. 1914 ЦК Луїзіани визначає поіменовані договори як «такі, що мають спеціальне позначення, наприклад, продаж, оренда, позика чи страхування. Непоіменованими є договори, які не мають спеціального позначення» [5].

У цивілістичній доктрині Греції вважається, що поіменованими договорами є договори, що регулюються спеціальними положеннями цивільного кодексу. І, відповідно, непоіменованими є ті, що не врегульовані спеціальними нормами цивільного кодексу і до яких, відтак, застосовуються загальні норми зобов'язального права [6, с. 209].

Визначення поіменованих та непоіменованих договорів в інших країнах може дещо відрізнитися, що пов'язано із специфікою законодавчих формулювань. Так, наприклад, для доктрини українського цивільного права характерним є розуміння непоіменованого договору як договору, непередбаченого актами цивільного законодавства, але такого, що відповідає його загальним засадам [7, с. 51 – 52]. Дана точка зору обумовлена формулюванням ч. 1 ст. 6 ЦК України.

П. 2 ст. 421 ЦК РФ є підставою для висновку російських цивілістів про те, що непоіменовані договори являють собою цивільно-правові договори, які не передбачені законом чи іншими правовими актами РФ, але не суперечать їм [8, с. 3].

Ч. 1 Ст. 1107 Французького цивільного кодексу (надалі – ФЦК) поширила загальні правила Титулу III на всі договори, незалежно від того, чи мають вони відповідну назву. Таким чином, будь-який договір, який має законну і несуперечливу добрим нравам і публічному порядку каузу, отримав судовий захист за французьким правом [9, с. 127].

Крім того, із ч. 2 ст. 1107 ФЦК випливає, що до окремих договорів застосовуються норми, що містяться в інших титулах ФЦК, присвячених кожному із таких договорів, а до торгових договорів – норми, що містяться у законах, що стосуються торгівлі.

У зв'язку із цим «поіменовані» або «спеціальні» договори за французьким правом – це договори, що належать до певних договірних типів (продажу, найму, партнерства), класифіковані у французькому праві, як такі, що втілюють певні правочини, і чії характеристики встановлені ЦК чи іншим законодавством. «Непоіменовані» договори – це договори, чії характеристики не встановлені законодавством, але які регулюються загальними принципами договірної права [10, с. 489].

Німецьке цивільне уложення (надалі – НЦУ), на відміну від цивільних кодексів інших держав, прямо не передбачає право сторін укласти непоіменовані договори. Це пояснюється тим, що на НЦУ здійснила значний вплив доктрина природного права, відповідно до якої «обов'язок виконувати дані обіцянки впливає не з визнання чи невизнання їх державою, а із загальної вимоги природного права; внаслідок цього цей обов'язок не залежить від його змісту, від типовості чи оригінальності останнього» [1, с. 127].

Таким чином, у багатьох державах «поіменованість» договору означає його «передбаченість» спеціальними нормами законодавства.

При цьому важливим є питання про те, у якому саме законодавстві може міститися таке регулювання. Як було показано вище, ЦК України пов'язує поіменованість договору із його закріпленням в «цивільному законодавстві»; ЦК РФ – у «законах чи інших правових актах РФ»; ЦК Квебеку – у ньому самому.

Таким чином, буквальний аналіз положень ЦК України дає підстави для висновку, що, наприклад, договір на проведення екологічного аудиту, передбачений ЗУ «Про екологічний аудит» від 24 червня 2044 року № 1862, є непоіменованим з точки зору цивільного права, оскільки ні зазначений закон, ні інші акти законодавства, що встановлюють вимоги до цього договору, безумовно, не є актами цивільно-правового законодавства.

Залежність поіменованості договору від його врегульованості цивільним законодавством вимагає відповіді на питання, що саме охоплюється цим поняттям. В Україні відповідь на нього міститься у ст. 4 ЦК України, яка визначає склад актів цивільного законодавства України.

Необхідно відзначити, що Проект спільних підходів (Draft Common Frame of Reference (надалі – DCFR) не вживає понять «поіменований» та «непоіменований договір». Хоча книга IV Модельних правил DCFR, яка регулює «Спеціальні договори та права та обов’язки, що випливають із них», містить норми присвячені 8 типам (або за термінологією DCFR – категоріям) договорів, окремі з яких (наприклад, договори послуг) розподіляються на види.

Крім того, ст. II – 1:107 Модельних правил DCFR, визначаючи різні моделі змішаних договорів, розподіляє їх на ті, частини яких підпадають під дві або більше категорій договорів, що спеціально врегульовані у Модельних правилах DCFR, а також ті, частина яких може бути віднесена до однієї із таких категорій, а інша – до договорів, що регулюються нормами Модельних правил, застосовуваних до договорів в цілому [12, с. 184 – 185].

Звідси випливає, що Модельні правила DCFR допускають можливість укладення договорів, не врегульованих їх спеціальними нормами, але таких, до яких можна застосувати загальні положення DCFR щодо договорів.

Віднесення договору до непоіменованого ставить питання про те, які правові норми до нього слід застосовувати. Законодавство деяких держав містить пряму відповідь на це питання. Так, відповідно до ст. 124 Закону КНР «Про договори» у випадку, якщо договір ясно не визначений в розділі «Окремі види договорів» даного Закону та в інших законах, то слід керуватися нормами розділу «Загальні поняття» даного Закону, а також враховувати найбільш відповідні норми розділу «Окремі види договорів» даного Закону чи інших законів [13].

Висновки. Слід погодитися із тим, що поняття «договірний тип» (або «тип договору») є ширшим, ніж «договірний вид» («вид договору»). По-друге, підтримки застосує й те, що в основі поділу договорів на типи лежить особливість матеріальних відносин (що складають предмет договору). Однак, не можна погодитися з тим, що «юридичні умови, необхідні для утворення даного договірного зобов’язання» є підставою для виділення окремого договірного типу. (О.С. Іоффе іменує дані умови істотними умовами договору) [14, с. 37]. На наш погляд, говорити про істотні умови договору можна лише після того, як здійснена його кваліфікація, тобто з’ясовано, до якого договірного типу та виду належить даний договір. Адже саме від цього будуть залежати правові норми, що застосовуються до нього, у тому числі ті, що визначають його істотні умови.

Що стосується виду договору у межах певного договірного типу, то із договірним типом його споріднюють ті матеріальні відносини, які складають його предмет.

Проте такий договір має певну специфіку, яка може виявлятися, наприклад, у об'єкті (договірний тип: договір купівлі-продажу; договірний вид: договір купівлі-продажу нерухомого майна) чи інших елементах договору.

На наш погляд, визначення моделі регулювання непоіменованого договору залежить від того, у чому полягає ця непоіменованість, тобто чи є цей договір непоіменованим видом поіменованого типу або він являє собою непоіменований тип договору.

Якщо договір може бути кваліфікований як непоіменований вид поіменованого типу, то до питань, що не врегульовані самим договором, можуть застосовуватися спеціальні диспозитивні норми типу договору, до якого належить даний договірний вид, а за їх відсутності – загальні положення зобов'язального права. Якщо ж питання, яке постає у зв'язку із таким договором, не може бути вирішене за допомогою останніх, слід застосовувати загальні засади цивільного законодавства або, іншими словами, аналогію права.

Якщо перед нами договір непоіменованого типу, на наш погляд, немає підстав для застосування до питань, що ним не врегульовані, спеціальних диспозитивних норм певного договірного типу. Якщо говорити про законодавство України, то застосування подібних норм було б можливе на підставі ч. 1 ст. 8 ЦК України, яка передбачає застосування до відносин, не врегульованих актами цивільного законодавства або договором, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини.

Але якщо непоіменованість договору виявляється у непоіменованості типу, це означає такий договір неподібним до жодного договірного типу. Зрозуміло, що, наприклад, договір купівлі-продажу у чомусь схожий з будь-яким оплатним договором, однак це автоматично не повинно означати можливості застосування до кожного із таких договорів норм, які регулюють договір купівлі-продажу. Інакше правило про те, що сторони можуть укласти договір, не передбачений актами цивільного законодавства, носитиме тільки декларативний характер.

Тому, на наш погляд, до питань, що не врегульовані договорами непоіменованого типу, можуть застосовуватися лише загальні засади цивільного законодавства (аналогія права).

Список літератури:

1. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. – М. : Статут, 2001. – 353 с.
2. Новицкий И.Б. Римское право / И.Б. Новицкий. – М. : ГЕИС, 2002. – 310 с.
3. Осаке К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность и ограничения / К. Осаке // Журнал российского права, 2006. – № 7. – С. 85 – 94.
4. Annotated Civil Code of Quebec. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ccq.lexum.org/ccq/book.do?sessionId=967D1B77212A3CFA732387CDC3C2FAE1?lang=en&book=5>.
5. Louisiana Civil Code. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.legis.state.la.us/lss/lss.asp?doc=109161>
6. Michael Stathopoulos. Contract Law in Greece. Kluwer Law International BV, The Netherlands / Michael Stathopoulos // 2009. – 266 p.
7. Боднар Т.В. Договірні зобов'язання у цивільному праві: (Заг. положення): навч. посіб / Т.В. Боднар. – К. : Юстініан, 2007. – 280 с.
8. Бычков А.И. Договор sui generis, не предусмотренный гражданским законодательством / А.И. Бычков // Нотариальный вестник. 2012. № 7. – С. 3 – 10.

9. Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Е. Годэмэ. – М. : Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – 511 с.
10. Reforming the French Law of Obligations. Comparative reflections on the Avant-project de reforme du droit des obligations et de la prescription. Edited by J. Carwright, S. Vogenauer and S. Whittaker. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing., 2009. – 930 p.
11. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода заключения непоименованных договоров и ее пределы / А.Г. Карапетов, А.И. Савельев // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 2012. – № 4. – С. 12 – 56.
12. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). – [Электронный ресурс]. – Режим доступа: ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.
13. Закон КНР «О договорах» // UGL Corporation (China). - [Электронный ресурс]. – Режим доступа: - <http://law.uglc.ru/agreement.htm>.
14. Иоффе О.С. Обязательственное право / О.С. Иоффе. – М. : Юрид. лит., 1975. – 880 с.

Диковская И. А. Свобода сторон заключать договоры, не предусмотренные законодательством: подходы некоторых стран / И. А. Диковская // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – 2013. – Т. 26 (65). – № 2-1. – Ч. 1. – С. 240-245.

В статье рассматриваются подходы к пониманию поименованных договоров по праву отдельных стран, анализируются способы регулирования непоименованных договоров. Был сделан вывод о том, что право различных государств неодинаково подходит к определению понятия поименованного договора. Так, по праву одних государств, поименованные договоры – это договоры, названия которых упомянуты в гражданском кодексе. В других государствах – это договоры, чьи характеристики определены как гражданским кодексом, так и актами гражданского законодательства.

Ключевые слова: поименованные договора, непоименованные договора, аналогия закона, аналогия права.

THE PARTIES' FREEDOM TO CONCLUDE CONTRACTS UNSTIPULATED BY THE LEGISLATION: APPROACHES OF SOME COUNTRIES

Dikovska I. A.

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine

The article deals with the approaches to understanding of nominate and innominate contracts under the law of certain countries, the analysis of regulation methods of the innominate contracts. It has been concluded that the laws of different states have different approaches to the definition of nominate contract. According to the law of some states nominate contracts are the contracts mentioned in the Civil Code. In other countries they are determined as the contracts whose characteristics are defined in the Civil Code or civil legislation.

It has been concluded that the determination of the regulatory model of innominate contract depends on the form of innomination, in other words, it depends on the answer to the question whether the contract belongs to some innominate kind of the nominate contractual type or it belongs to the innominate contractual type .

If the contract can be classified as some innominate kind of the nominate contractual type, the issues which are not adjusted by the contract may be adjusted by the special dispositive provisions applicable to the contractual type to which the contractual kind belongs. In the absence of such dispositive provisions the contract should be adjusted by the general terms of obligations. If the question which arises in connection with this contract can not be adjusted by the latter, the general principles of civil law should be applied.

The contracts which belongs to some innominate contractual type can be regulated onle by the analogy of law. They should not be regulated by the rules applicable to some nominate contractual type, because such regulation leads to the breach of the principle of contractual freedom in this case.

Key words: nominate contracts, innominate contracts, analogy of statutory law, analogy of law.

Spisok literaturi:

1. Pokrovskiy I.A. Osnovnyie problemyi grazhdanskogo prava / I.A. Pokrovskiy. – М. : Statut, 2001. – 353 s.
2. Novitskiy I.B. Rimskoe pravo / I.B. Novitskiy. – М. : GEIS, 2002. – 310 s.

3. Osakve K. Svoboda dogovora v anglo-amerikanskom prave: ponyatie, suschnost i ogranicheniya / K. Osakve // Zhurnal rossiyskogo prava, 2006. – № 7. – S. 85 – 94.
4. Annotated Civil Code of Quebec. – [Elektronniy resurs]. – Rezhim dostupu: <http://ccq.lexum.org/ccq/book.do;jsessionid=967D1B77212A3CFA732387CDC3C2FAE1?lang=en&book=5>.
5. Louisiana Civil Code. – [Elektronniy resurs]. – Rezhim dostupu: <http://www.legis.state.la.us/lss/lss.asp?doc=109161>
6. Michael Stathopoulos. Contract Law in Greece. Kluwer Law International BV, The Netherlands / Michael Stathopoulos // 2009. – 266 r.
7. Bodnar T.V. Dogovirni zobov'yazannya u tsivilnomu pravi: (Zag. polozhennya): navch. posib / T.V. Bodnar. – K. : Yustinian, 2007. – 280 s.
8. Byichkov A.I. Dogovor sui generis, ne predusmotreniy grazhdanskim zakonodatelstvom / A.I. Byichkov // Notarialnyiy vestnik. 2012. № 7. – S. 3 – 10.
9. Godeme E. Obschaya teoriya obyazatelstv / E. Godeme. – M. : Yurid. izd-vo Myu SSSR, 1948. – 511 s.
10. Reforming the French Law of Obligations. Comparative reflections on the Avant-project de reforme du droit des obligations et de la prescription. Edited by J. Carwright, S. Vogenauer and S. Whittaker. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing., 2009. – 930 p.
11. Karapetov A.G., Savelev A.I. Svoboda zaklyucheniya nepoimenovannyih dogovorov i ee predelyi / A.G. Karapetov, A.I. Savelev // Vestnik Vyisshogo Arbitrazhnogo Suda Rossiyskoy Federatsii, 2012. – № 4. – S. 12 – 56.
12. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Prepared by the Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). – [Elektronniy resurs]. – Rezhim dostupu: ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.
13. Zakon KNR «O dogovorah» //UGL Corporation (China). – [Elektronniy resurs]. – Rezhim dostupu: - <http://law.uglc.ru/agreement.htm>.
14. Ioffe O.S. Obyazatelstvennoe pravo / O.S. Ioffe. – M. : Yurid. lit., 1975. – 880 s.