

Ж.В. Завальна,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри юридичних дисциплін
Сумської філії Харківського національного
університету внутрішніх справ

ТВОРЧИСТЬ У ПРОЦЕСІ СТВОРЕННЯ ФОРМ ДОГОВІРНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН

Анотація: статтю присвячено висвітленню проблемі договірному регулюванню, а саме наявності елемента творчості при розробці, проектуванні та прийнятті форм договірному регулюванню відносин. Зокрема, розглянуті стадії творчої діяльності у договірному процесі, виявлені їх особливості порівняно із стадіями законотворчого процесу. Крім того, виділено та охарактеризовано особливості творчого елемента при врівноважуванні інтересів осіб в договірних формах.

Ключові слова: творчість, правотворчість, договір, договірне регулювання, договірний процес, прийняття рішень, інтерес.

Аннотація: стаття посвящена проблеме договорного регулирования отношений, в частности, наличия элемента творчества при разработке, проектировании и принятии форм договорного регулирования отношений. Так, рассмотрены стадии творческой деятельности в договорном процессе, выявлены их особенности по сравнению со стадиями законотворческого процесса. Кроме того, выделены и охарактеризованы особенности творчества при уравнивании интересов лиц в договорных формах.

Ключевые слова: творчество, правотворчество, договор, договорное регулирование, договорной процесс, принятие решений, интерес.

Annotation: the article is devoted to coverage of problem of agreement-based regulation, namely availability of creative element in development, projecting and accepting forms of agreement-based regulation of relations. In particular, stages of making activities in agreement process are considered, their peculiarities are revealed in comparison with stages of legislative process. Apart from that, peculiarities of creative element at balance of interests of persons in agreement forms are distinguished and characterized.

Key words: creativity, lawmaking, agreement, agreement-based regulation, agreement process, decision making, interest.

Потреби учасників відносин щодо отримання тих чи інших матеріальних і духовних благ формують їх інтереси. При цьому кожна із соціальних груп, як правило мають свої інтереси, які можуть не співпадати – частіше всього – із інтересами інших соціальних груп та утворень. Урівноважування інтересів різних соціальних груп, досягнення ними компромісу є основним, найголовнішим завданням сучасного права.

Право за своєю суттю як один із соціальних регуляторів відносин, вбачає узагальнення інтересів, приведення їх до єдиного знаменника для можливості встановлення певного загального правопорядку. Але узагальненість, універсальність нормативних приписів (а тим самим універсалізація інтересів) поряд із позитивним аспектом загальної охоплюваності та обов'язковості також має негативний бік – неврахування окремих інтересів, і тим самим затягування досягнення компромісу або його недосягнення.

Таке урівноважування інтересів (через конкретизацію існуючих норм чи через встановлення нових конкретних правил поведінки) може досягатись в тій чи іншій формі. Як правило, найчастіше створення конкретних правил поведінки відбивається у договірних формах, застосування та розробка яких вимагає наявності спеціальних характеристик у учасників відносин та проведення певного виду діяльності направленої на упорядкування цих відносин.

Таким особливим видом діяльності із створення норм та правил поведінки є правотворчість. Правотворчість, як правило сприймається як вид діяльності держави із створення правових норм. Але враховуючи тезу, про те що «право це не тільки законодавство» можемо говорити, що творчість необхідна не тільки в створенні нормативних законодавчих актів, але й всього спектра нормативних приписів в будь-яких його формах, і перш за все договірних. Тому, логічно б було припустити, що частиною правотворчості (творення права) є творча діяльність із створення форм договірного регулювання, основи та особливості, якої необхідно встановити та вивчити в ході даного наукового дослідження, яке є одним із питань наукової розвідки, що стосується форм договірного регулювання. Відповідно до поставленої *мети*, визначаються також до виконання і *завдання*, які полягають в аналізі позицій теоретиків права щодо наявності у діяльності із створення договірних форм регулювання відносин творчого елементу.

Питання правотворчості досить детально розроблене представниками правової науки радянських часів, а також не позбавлене уваги вітчизняних та зарубіжних науковців і на сьогоднішній день. Серед представників, які займалися проблематикою правотворчості, звертають увагу праці таких вчених як: С.С. Алексеев, С.М. Братусь, Л.М. Горбунова, Д.А. Керімов, І.О. Кібак, В.С. Ковальський, І.П. Козінцев, В.В. Лазарев, А.Б. Лісюткін, А.В. Мицкевич, А.С. Піголкін, В.Ф. Погоріло, М.А. Прідворов, А.С. Олійник, В.М. Сирих, Ю.А. Тіхоміров, В.В. Трофімов, О.І. Ющик та інші. Питання творчості у праві на стільки багатоаспектне та багатоманітне, що окремі його аспекти, при наявності доволі широкого кола наукових досліджень із даної тематики, залишаються й до сьогодні недостатньо висвітленими.

В сучасній юридичній літературі правотворчість вважають (із деякими інтерпретаціями у визначеннях) спеціальною діяльністю держави, державних органів із створення нормативних, законодавчих актів [1, с. 226-227; 2, с. 455; 4, с. 362; 5, с. 206, 6, с.170; 7, с. 299]. Більшість тих же авторів констатують появу тенденції у розвитку сучасного правотворення, яка проявляється у тому, що однією з форм правотворчості починають вважати укладення договорів [2, с. 455; 4, с. 362].

Виходячи з об'єктивістської теорії право розуміння творчістю із створення правил поведінки є не тільки державною діяльністю, оскільки позитивному праву передуює допозитивне право, яке може виражатись у формах договірному регулювання [6, с. 158]. Відповідно до цього, правотворчістю справедливо вважати творчу інтелектуальну діяльність, направлену на розробку норм права, із прийняттям яких в правове регулювання суспільних відносин вносяться нові елементи [6, с. 256]. Оскільки така творча діяльність включає в себе створення не тільки законодавчих та інших нормативних актів, але й положень договорів та інших договірних форм, то відповідно інтелектуальну діяльність націлену на створення правил поведінки в договірному регулюванні можна також вважати творчою.

Зрозуміло, що творча діяльність із створення форм договірного регулювання відрізняється від правотворчості законодавчих та підзаконних актів по декільком аспектам. Перш за все звертає увагу те, що творчості договірних форм правила поведінки створюються не одним суб'єктом правотворення як при створенні законодавчих актів, а двома чи декількома учасниками договірних відносин. Причому, якщо в законодавчій правотворчості інтереси, що закладаються в норми права універсалізуються і перетворюються в один публічний інтерес, то при створенні положення договірної форми інтереси не зливаються в один, залишаючись відокремлено-самостійними, а тільки максимально урівноважуються. Тому змістом договірної творчої діяльності можна вважати творчість двох або більше сторін-учасників із протилежними чи різними інтересами, що має дати один результат, одне спільне узгоджене рішення.

Сфери застосування форм договірного регулювання відносин також мають свій вплив на творчу діяльність із створення форм договірного регулювання. Так, для публічної сфери є характерним те, що творча діяльність із створення договірних положень направлена *на виконання* нормативних встановлень авторитету (в т.ч. держави). Відповідно, творча діяльність засновується на правовій волі авторитету, якою наділяються безпосередні представники-службовці, і направлена на задоволення інтересів авторитету (який має включати публічні інтереси – суспільства, держави, регіону, соціальної більшості тощо). Дещо інші позиції творчої діяльності відслідковуються в приватній сфері. Створення договірних положень здійснюється *в рамках* загальних правових засад приватного права. Творча діяльність із створення форм договірного регулювання відносин приватної сфери засновується на внутрішньому переконанні та правовій волі осіб-учасників відносин. Воля, волевиявлення націлене на задоволення інтересів кожного із учасників на паритетних засадах.

Діяльність із створення договірних положень не є однорідною та лінійною, так само як і правотворення законодавчих норм представляє собою

процес, що складається із цілого ряду стадій. Найяскравіше ознаки того чи іншого явища проявляється у його порівняльній характеристиці. Взнявши за основу стадії правотворчого процесу законодавчих актів, які зазвичай виділяються науковцями, виділимо відповідні стадії творчого процесу договірних форм та надамо їм характеристики.

1) Не всі автори сприймають як одну із стадій правотворчого процесу усвідомлення виникнення потреби, необхідності задоволення інтересу, посилаючись на те, що даний стан суб'єктів не є у правовому полі, а знаходиться у сфері психологічного. Але важливість даної стадії є очевидною оскільки вона є точкою відліку, моментом початку, вмотивованості всієї правотворчості не залежно від того, в яких формах вона відбувається закону чи договору;

2) вирішення питання про необхідність створення нормативного акту / рішення про обрання договірної форми регулювання відносин. На даній стадії сторонами-учасниками відносин вирішується питання підпорядкувати свої відносини законодавчо встановленим нормам чи обрати договірну форму як засобу встановлення зв'язку між особами, направленою на задоволення їх інтересів;

3) стадії законодавчої ініціативи в правотворчому процесі відповідає стадія прийняття пропозиції про врегулювання відносин в договірній формі. Різниця полягає в тому, що виступати із законодавчою ініціативою можуть тільки певні суб'єкти, і тільки до законодавчого органу, який приймає дану пропозицію до розгляду. В творчій діяльності із створення договірних форм ініціатива про регулювання відносин в договірних формах може бути проявлена будь-яким із учасників відносин. А також, для того щоб дана стадія була завершеною, пропозиція має бути прийнята на тих же умовах чи на інших запропонованих іншою стороною;

4) підготовка проекту нормативно-правового акту. Дана стадія правотворчого процесу може співвідноситись із стадією творчої діяльності із створення договірних форм рішення про вибір виду (ідеї, концепції) форми

договірного регулювання. Особливістю, яка відрізняє підготовку законопроекту і проекту договірної форми, в тому що в останній проектується правила поведінки, які за своїм змістом відображають *спільну програму* поведінки сторін-учасниць відносин, тоді як в законопроекті відображаються єдині правила поведінки розроблені спеціальним законотворчим суб'єктом виходячи із *узагальнених побажань* певної частини суспільства чи окремих соціальних, професійних груп населення;

5) стадія обговорення проекту нормативно-правового акту, в договірному творчому процесі відповідає відпрацюванню (доповнення, зміни, уточнення) спільної програми поведінки осіб, що виражена у умовах-нормах. На відміну від нормативно-правового акту, який може обговорюватись і всенародно, в тому числі на референдумі, як правило форми договірного регулювання, обговорюються тільки тими учасниками відносин, інтереси яких зачіпаються положеннями даного договору;

б) прийняття проекту нормативно-правового акту відбувається в чітко регламентованій процедурі затвердженій для прийняття законодавчих актів законодавчим органом, що як правило відображається у положенні про відповідний орган та в його регламенті. При дотриманні закріпленої в актах процедури відбувається легітимація нормативного акту. Проекти договірних форм також потребують прийняття, в якому приймають участь сторони договору. Таке прийняття чітко не регламентоване нормативними актами, як у випадку прийняття нормативно-правових актів. Учасники договірного процесу керуються звичаями певної сфери, міжнародними правилами або розробляють свої правила легітимації договірних форм. Процедура легітимації форм договірного регулювання може включати в себе звірку текстів на автентичність, перевірку на включення варіантів переддоговірних узгоджень, тощо;

7) стадія підписання проекту нормативно-правового акту також здійснюється в порядку та строки закріплені у відповідному нормативному акті. Підписання здійснює уповноважена особа, компетенція якої включає в

себе вказівку на повноваження із підписання нормативно-правового акту відповідного рівня. Підписання сторонами форм договірної регулювання відносин від імені та користь сторін договірної процесу також відбувається уповноваженими на це особами. Але для договірних форм одного підписання може бути недостатньо. В такому разі дана стадія розширюється за рахунок того, що за бажанням учасників, або вимогою однієї із сторін договірної процесу, або норм законодавства здійснюється цілий ряд дій направлених на введення в дію даних договірних форм. Наприклад, це можуть бути: парафування, державна реєстрація, нотаріальне посвідчення, узгодження, погодження тощо;

8) Кінцевою та обов'язковою стадією законодавчої правотворчості є опублікування проекту нормативно-правового акту. У договірному процесі така стадія як правило відсутня, оскільки в положення договірної форми встановлюється інформаційний режим (не розголошення окремих умов, конфіденційність всього тексту), дотримання якого для сторін є обов'язковим, а за його порушення передбачається відповідальність.

Як видно із порівняння, при загальній схожості стадій творчого процесу розробки та прийняття законодавчих актів та форм договірної регулювання останні має свої специфічні риси.

Основою всього договірної процесу є прийняття рішень. Прийняття рішень – психологічний процес, направлений вибір найкращого варіанту [3, 83]. Прийняттям рішення в творчій діяльності при розробці форм договірної регулювання є сукупністю психологічних процесів щодо визначення можливих варіантів рішень, оцінка їх корисності та ефективності, вибір одного із можливих та вірних рішень та обґрунтування обраного варіанту для іншої сторони-учасниці договірної процесу. Як правило відстоювання свого варіанта рішення здійснюється в жорсткій конкурентній боротьбі. Прийняття кінцевого рішення можливе тільки за умови досягнення прийнятної рівноваги для інтересів сторін. Основною особливістю прийняття

рішень в творчій діяльності із розробки форм договірної регулювання є узгодження варіанта рішення із контрагентом.

На відміну від нормативних актів форми договірної регулювання в своїх положеннях, як правило, відображають пріоритетність (в більшій чи меншій мірі) інтересів одного із учасників договірної регулювання. Такі відхилення від рівноваги інтересів, можуть бути класифіковані за декількома критеріями: за джерелом (причинами) виникнення – суб'єктивними та об'єктивними причинами; за відношенням до них самих учасників – добросовісні і недобросовісні, останні можуть поділятися на: здійсненні в результаті зловживання правом (за які передбачені інші види юридичних наслідків, крім відповідальності) та здійснені як правопорушення (за які передбачена юридична відповідальність).

Відхилення від рівноваги інтересів можливі з об'єктивної і суб'єктивної причини. Об'єктивними причинами є: необхідність вступу у запропоновані відносини: актуальність назрілої проблеми; стан ринку; наявні ризики тощо. Серед суб'єктивних причин можна вказати на фінансову, організаційну, управлінську чи іншу залежність сторін, їх слабкість та неможливість відстоювання своїх інтересів із інших причин.

В кінцевому результаті приймати чи не приймати запропоновані умови, вимагати зміни змісту чи форми договору, підписувати чи не підписувати договір на запропонованих умовах, належить самій стороні. Прийняття такого рішення кожним із учасників договірної процесу є само по собі не однозначним, вимагає задіяння знань, професіоналізму, урахування багатьох суб'єктивних та соціальних факторів, що само по собі є елементами творчої діяльності.

Таким чином, на основі вище зазначеного можна зробити наступні висновки. Проведений аналіз дає можливість стверджувати, що творчість присутня не тільки на рівні створення нормативно-правових актів, але стосується й створення договірних форм регулювання відносин. Даний аналіз стадій договірної процесу дає можливість припустити наявність творчості в

діяльності із розробки договірних форм регулювання відносин, що мають своє поширення не тільки на необмежене коло осіб, але й на індивідуальному рівні.

Необхідність застосування договірного регулювання, взагалі, та конкретизацією правових приписів договірного регулювання, зокрема, настановує на думку про велике значення договірного регулювання та тих результатів до яких воно призведе. Розробка даного напрямку пов'язана не тільки юридичною, але й соціальною відповідальністю за підготовлені проекти законів, інших нормативно-правових актів та договірних форм. Така постановка питання дає можливість подальшої розробки інституту юридичної відповідальності та підвищенню якості творчої діяльності в різних видах регулювання (договірного, законодавчого, підзаконними актами).

Література

1. Алексеев С.С. Общая теория права : учебник. – М. : Велби, Проспект, 2008. – 576 с.
2. Головастикова А.Н., Дмитриев Ю.А. Проблемы теории государства и права : учебник. – М. : Эксмо, 2005. – 832 с.
3. Кибак И.А. Психология законотворческой деятельности : монография. – Минск : Акад. МВД, 2012. – 442 с.
4. Радько Т.Н. Теория государства и права : учебник. – М. : Проспект, 2009. – 752 с.
5. Рассолов М.М. Проблемы теории государства и права: учебное пособие. – М. : ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2007. – 431 с.
6. Сырых М.В. Социология права : учебник. – М. : Юстицинформ, 2012. – 472 с.

7. Теория государства и права : учебник для вузов / под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Первалова. – М. : НОРМА (НОРМА – ИНФРА-М), 2000. – 616 с.