

УДК 340.149

СЕРГЕЙ АЛЕКСАНДРОВИЧ АДЖИМУСАЕВ

кандидат юридических наук, доцент юридического отделения факультета договорного обучения филиала Академии экономической безопасности МВД России г. Ессентуки  
ksh-kavkaz@mail.ru

### ПОНЯТИЕ И ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРА КАК ИСТОЧНИКА ПРАВА

Договор есть соглашение сторон, выражающее их согласованную волю к установлению, изменению и прекращению их прав и обязанностей, к совершению или воздержанию от юридических действий. Все договоры, надлежаще заключенные субъектами права, содержат правовые нормы («микронормы») и являются источниками права. Договоры применяются во многих отраслях российского права, при этом значение договорного регулирования определяется сущностью и содержанием соответствующей отрасли.

Ключевые слова: договор, источник права, признаки договора как источника права

Понимание договора как универсального правового источника зародилось в античности. Как отмечается в литературе, согласие (*лат. consensus*) народа римские юристы были склонны считать универсальным правообразующим фактором, сводя к договору и закон, и обычное право [1]. Представление о договоре как об источнике права сложилось еще в республиканский период древнеримской истории и в дальнейшем было использовано в доктрине естественного права, признающей договор в качестве единственно правового источника всякого позитивного права. При этом сторонники естественно-правовой школы рассматривали договор скорее «как фактический, а не юридический источник позитивного права, как средство добровольного самоограничения свободной личности» [2].

В доктрине юридического позитивизма, напротив, основной является идея о праве как явлении, признаваемом и устанавливаемом государственной властью. Право рассматривается как реальность, формально определяемая госу-

дарством, что ведет к отождествлению понятий «право» и «законодательство». При этом источниками права признаются исключительно исходящие от государства правовые акты.

Но если теория юридического позитивизма представляет собой крайнюю форму «огосударствления» права, то конвенциональная теория права прямо противоположна по отношению к ней. Согласно этой теории, право рассматривается как результат многочисленных соглашений между коллективными и индивидуальными участниками. Отсюда делается вывод о том, что все договоры, надлежаще заключенные субъектами права, содержат правовые нормы («микронормы») и являются источниками права.

В дореволюционной и советской юридической литературе практически отсутствуют упоминания о существовании каких-либо типов договоров. Большинство ученых того времени ограничивались либо рассмотрением договоров в плоскости юридических фактов и правоотношений, либо описывали договор как источник

международного права. Попытки элементарного терминологического разграничения мы можем найти лишь у некоторых авторов.

В контексте советской правовой системы при явном доминировании императивного внешнего регулирования (законодательного, подзаконного) договоры играли вспомогательную роль, а потому оказывались на периферии внимания ученых-теоретиков. Договоры редко упоминались среди источников права, а если и упоминались, то их сущность и значение должным образом не исследовались. О договорах почти не вспоминали при описании таких ключевых категорий, как правовое регулирование, правовая норма, правоотношение и т. д.

Однако советские ученые все же указывали на необходимость «в общей теории государства и права рассматривать проблему договора... в учении об источниках права» [3]. Так, С. Ф. Кечекьян писал: «Совершенно несомненно, что договоры в ряде случаев не только создают определенные правоотношения, но и порождают нормы права, т. е. выступают как источники права» [4]. Аналогичные взгляды высказывал Н. Г. Александров, утверждая, что, во всяком случае, представляется бесспорно неправильным ограничивать в теории государства и права рассмотрение договора плоскостью только юридических фактов и упускать договор хотя бы при выяснении проблемы источников права.

Несколько лучше обстояла ситуация в науке международного и трудового права. Здесь договорам, по вполне понятным причинам, уделялось большее внимание. Иногда договор признавался источником и государственного права. Начиная с 1980-х годов отношение к договорам медленно, но все же менялось в лучшую сторону. По крайней мере, о них стали чаще писать. В 1990-х годах в ходе революционных преобразований отечественной правовой системы договоры стремительно вошли в нормативный арсенал большинства отраслей права. Именно тогда Ю. А. Тихомиров констатировал, что у договоров как источников права перспективное будущее [6]. Договоры перестали считаться чем-то «вторичным».

Включение всех без исключения договоров и соглашений в национальную систему права характерно для американской юридической доктрины. «Из условий соглашений, заключаемых людьми для регулирования своих отношений на договорной основе, — отмечает О. Винсент, — возникает независимый источник права. Добровольность договорных соглашений эквивалентна единодушному согласию участников правоотношений, устанавливающих некое общее правило» [7].

Поддерживая конвенциональную теорию, Т. В. Кашанина говорит о наличии в обществе трех уровней нормативности: общегосударственном; локальном (на уровне коллективных субъектов права); индивидуально-саморегулировании (на уровне индивидуумов).

Одним из видов последнего выступает договорное регулирование, в результате которого вырабатываются «микронормы» — правила поведения, рассчитанные на точно определенных людей (групп людей) либо дополняющие, конкретизирующие отдельные элементы общегосударственных норм [8]. Рассматривая эту теорию, на наш взгляд, следует согласиться с А. В. Деминым, который совершенно правильно замечает, что, вступая на путь конвенциональной теории, мы рискуем утратить специфику права по сравнению с другими социальными явлениями [9].

В современных условиях праву придается смысл общепризнанного публичного согласия граждан, слоев, наций, общества в целом. Равенство и саморегуляция приобретают все большее значение, и за последнее десятилетие договоры стали, как отмечает Ю. А. Тихомиров, важным регулятором общественных отношений, ведь договор есть соглашение сторон, выражающее их согласованную волю к установлению, изменению и прекращению их прав и обязанностей, к совершению или воздержанию от юридических действий. Договоры применяются во многих отраслях российского права, при этом значение договорного регулирования определяется сущностью и содержанием соответствующей отрасли.

Однако договоры, независимо от отраслевой принадлежности, обладают и некоторыми общими чертами, вытекающими из общих принципов договорного регулирования, и специальными признаками, обусловленными отраслевой спецификой. Так, Ю. А. Тихомиров выделяет следующие признаки, присущие всем видам договоров, безотносительно к субъектам, содержанию и сфере общественной жизни, в которой они возникают: добровольность заключения, то есть свободное волеизъявление сторон; равенство сторон как партнеров; согласие сторон по всем существенным аспектам договора; эквивалентный, чаще всего возмездный, характер (на эквивалентность как на универсальный признак договоров указывают также Д. Н. Бахрах и А. В. Демин [10]); взаимная ответственность сторон за невыполнение или ненадлежащее исполнение принятых обязательств; законодательное обеспечение договоров, придающее им юридическую силу [11]. В. В. Иванов, напротив, исключает из перечня признаков договора эквивалентность и «законодательное обеспечение договоров» и выделяет, в свою очередь, следующие универсальные признаки: обособленность волеизъявлений субъектов; согласованность волеизъявлений субъектов; автономию волеизъявлений субъектов; формальное равенство (равноправие) субъектов; предполагаемое обязательное исполнение субъектами условий договора [12].

На наш взгляд, отнесение к общим признакам договоров их эквивалентного характера не кажется достаточно обоснованным. Эквивалентный, а тем более возмездный характер свойственен, как правило, договорам-сделкам.

Но даже в гражданском праве существуют договоры, которые не являются эквивалентными или возмездными (например, договор дарения, договор безвозмездного пользования имуществом (ссуды) и т. д.).

Что же касается тезиса о «законодательном обеспечении договоров», то он, по нашему мнению, представляет собой характеристику не собственно природы договора, а одной из его взаимосвязей с другим правовым актом – законом. Не вызывает сомнения тот факт, что законы играют важнейшую роль в обеспечении исполнения договоров: законами может быть ограничена договорная свобода, договорное равенство и т. д. Между тем известны примеры договоров нормативного содержания, имеющих большую юридическую силу, чем законы, в соответствии с которыми осуществляется законотворческая деятельность.

Обособленность волеизъявлений субъектов В. В. Иванов считает определяющим признаком договоров, договорных связей. Он отмечает, что при этом субъекты договора могут исходить как

из различных интересов (договор купли-продажи, трудовой контракт и т. п.), так и из общих (соглашение о совместной деятельности, межгосударственный договор о дружбе и сотрудничестве и т. п.). Субъект договора обособлен от другого заложенными в договорных условиях правами на внесение изменений и дополнений в содержание договора, на оговорки к договорам, на приостановление действия договора в целом или в отдельной части, на прекращение (расторжение) договора и т. д. Вышеуказанные признаки позволяют В. В. Иванову определить договор, договорный акт в самом широком смысле как «совместный правовой акт, представляющий собой оформление выражения обособленных согласованных автономных волеизъявлений двух или нескольких формально равных субъектов права, устанавливающих условия, исполнение которых предполагается обязательным».

В целом, данное определение отражает все существенные признаки договора и является наиболее приемлемым для исследования договоров нормативного содержания.

#### СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Тарановский В. Ф. Учебник энциклопедии права. Юрьев: Тип. Маттисена, 1917. С. 180.
2. Демин А. В. Нормативный договор как источник административного права // Государство и право. 1998. № 2. С. 15.
3. Александров Н. Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений // Ученые записки ВИЮН. 1946. Вып. VI. С. 61.
4. Кечекьян С. Ф. О понятии источника права // Ученые записки МГУ. 1946. Вып. 116. Труды юридического факультета. Кн. вторая. С. 25.
5. Александров Н. Г. К вопросу о роли договора... С. 61.
6. Тихомиров Ю. А. Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение. 1990. № 5. С. 29–30.
7. Винсент О. Смысл американского федерализма. М.: Арена, 1993. С. 238–239.
8. Кашанина Т. В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере // Советское государство и право. 1992. № 6. С. 124–126.
9. Демин А. В. Нормативный договор как источник административного права... С. 21.
10. Бахрах Д. Н., Демин А. В. Административный договор: вопросы теории // Российский юридический журнал. 1995. № 2. С. 69–79.
11. Тихомиров Ю. А. Конституция, закон, подзаконный акт. М.: Юрид. лит., 1994. С. 126.
12. Иванов В. В. К вопросу об общей теории договора // Государство и право. 2000. № 12. С. 73–79.