**К вопросу об общем понятии договора**

...договор является одним из центральных понятий в праве.

Е. Б. Пашуканис."Общая теория права и марксизм "

Изначальная постановка проблемы договора лежит в плоскости исследования форм выражения волеизъявлений субъектов права в правовых процессах.

Внешними выражениями правовой активности субъектов права являются правовые акты - акты правотворчества, акты правоприменения, акты толкования, акты реализации прав и обязанностей. К общим свойствам правовых актов следует отнести: а) волевое содержание, б) правовую направленность волеизъявления, в) внешний характер выражения.

Любые правовые акты необходимо рассматривать, в первую очередь, как действия субъектов права (акты-действия), направленные на установление правовых результатов. Кроме того, определенные правовые акты, а правильнее сказать – определенные правовые результаты требуют документального оформления. Такие акты (акты-документы) следует называть юридическими. Юридические акты представляют собой формы выражения и закрепления (позитивации) соответствующих правовых результатов.

Акт правотворчества устанавливает правовые нормы, акт правоприменения – индивидуальные правовые установления, акт толкования – интерпретации правовых норм и индивидуальных установлений и т.д. Акты реализации прав (и обязанностей) сами по себе являются правовыми результатами. В этом смысле любой правовой акт выступает источником правовых результатов, а значит источником права.\*

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Безусловно, данный тезис расходится с общераспространенными взглядами на понятие источников права. Современная доктрина полагает источниками права формы выражения и закрепления правовых норм, что нередко приводит к отождествлению понятий права и правовой нормы. Но представляется невозможным сводить все право исключительно к правовым нормам. Какую бы роль в правовых процессах мы не отводили нормам: основную или даже доминирующую, мы не можем сказать, что содержание права исчерпывается нормами. И, предельно упрощенно, если право – это не только правовые нормы, то, следовательно, источники права – это не только источники норм. Поэтому мы вкладываем в понятие источника права иной смысл. Источник права – это источник правового результата, т.е. правовой акт.

На сегодняшний день наиболее полное определение правового акта сформулировано Р. Ф. Васильевым: "Волеизъявление управомоченного субъекта права, регулирующее общественные отношения путем установления (изменения, отмены, изменения сферы действия) правовых норм, а также установления (изменения, прекращения) конкретных правоотношений, результаты которых в виде велений, обращений соглашений и т.п. в установленных законом случаях фиксируются в документарной форме (акте-документе)"\*. Мы позволим себе внести принципиальное уточнение. Правовой акт – это не просто волеизъявление субъекта права, это волеизъявление, совершенное в определенной форме. Волеизъявление составляет основу правового акта, но сам акт есть все же оформленное выражение волеизъявления.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Васильев Р.Ф. О понятии правового акта // Вестник МГУ. Серия 11 "Право". 1998. № 5. С. 25.

Следует выделить две формы выражения волеизъявлений а) одностороннее единоличное волеизъявление субъекта права, б) совместные волеизъявления некоего множества субъектов права. Соответственно, существуют односторонние и совместные правовые акты. В последнем случае между субъектами возникает правовая связь, обращающаяся либо в слияние нескольких волеизъявлений в единое общее волеизъявление (волеслияние), либо в согласование волеизъявлений (волесогласование).

Специфика совместных правовых актов, основанных на волесогласовании, заключается в том, что они выражают не единоличное или единое (слитое) волеизъявление, но некое множество обособленных волеизъявлений. Именно такие правовые акты называются договорами. Договор, договорный акт есть правовой акт, оформляющий выражение обособленных согласованных волеизъявлений субъектов права. Договорные волеизъявления - это, в первую очередь, обособленные согласованные волеизъявления.

Механика договорных волеизъявлений, упрощенно, сводится к следующему. Исходя из собственных интересов (мотивов волеизъявлений), субъекты (стороны, участники) выдвигают индивидуальные условия – предложения, притязания по тем или иным компонентам устанавливаемой договорной связи (цена вещи, заработная плата, размер кредита и т.п.) Это односторонние обособленные волеизъявления, которые согласовываются в рамках договора. Стороны договариваются. Посредством согласования индивидуальных условий субъекты вырабатывают общие условия, образующие содержание договорного акта.\* В общих договорных условиях воплощаются согласованные волеизъявления сторон.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* См. например: Красавчиков О.А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции / Гражданско-правовой договор и его функции. Свердловск, 1980. С. 11.

Общие условия можно подразделить на программные и "внутридоговорные" условия.

Программными условиями мы называем условия, формирующие программы действий субъектов по реализации их собственных интересов, т.е. договорные программы сторон. Как правило, они представляют собой совокупности взаимосвязанных прав участников договора по осуществлению определенных действий и (или) обязанностей совершить определенные действия (либо воздержаться от их совершения), направленных на реализацию их непосредственных интересов. К примеру, интерес покупателя заключается в том, чтобы купить вещь, продавца – продать. Отсюда в договоре купли-продажи закрепляются обязанность покупателя уплатить денежную цену и право получить вещь, право продавца получить деньги и обязанность передать вещь. Реализация прав и обязанностей покупателем и продавцом, т.е. исполнение договора представляют собой действия, форма (содержание, последовательность и пр.) которых определены программными договорными условиями.

"Внутридоговорные" условия – это условия, детерминированные необходимостью поддержания, изменения, а если необходимо – прекращения самой договорной связи. Поскольку волеизъявления субъектов в договоре не сливаются в единое волеизъявление, договорная связь может быть трансформирована новыми волеизъявлениями сторон. Следует, вероятно, говорить не сколько о "внутридоговорных" условиях, сколько прямо о "внутридоговорных" правах и обязанностях. За субъектами закрепляются права на внесение изменений и дополнений в договор, на инициацию пролонгации действия договора, на инициацию приостановления или прекращения его действия в целом или в отдельной части и т.д. С другой стороны субъект не может в одностороннем порядке расторгнуть договор – он обязан согласовывать свое решение с другим субъектом. Стороны имеют взаимные права и обязанности при разрешении договорных споров.

Обособленность (персонифицированность) субъектов договора, и, соответственно, обособленность их волеизъявлений составляет определяющий признак договоров, договорных связей. Принципиально важно отметить, что 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.).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Различие интересов сторон в договоре впервые констатировал Э. Цительман. Его тезис об удовлетворении (Lust) интереса лежит в основе всей современной теории сделок (Zitelmann E. Irrtum und Rechtsgeschaeft. Eine psychologich-juristishce Untersuchung. Leipzig, 1879).

В первом случае обособленность волеизъявлений совершенно очевидна, поскольку каждый субъект договора, исходя из собственного интереса, принимает, признает индивидуальную договорную программу. Разумеется, эти договорные программы корреспондируются друг с другом, но общей программы у субъектов в таких договорах по определению быть не может.

Что же до второго случая, то здесь, зачастую сложно выделить обособленные волеизъявления непосредственно из договорных программ. Ведь сторонами движет общий обоюдный интерес ("affectio societas" – "желание сотрудничать").\* И договорные программы практически идентичны; кроме того, их образуют, зачастую, не конкретные права и обязанности участников, а общие принципы, выражающие цели и направления совместной деятельности. К примеру, многими международными договорами устанавливаются только нормы- декларации, нормы-принципы, нормы-определения и т.п., основываясь на которых субъекты международного права (государства, международные организации) предполагают строить свои отношения. Чтобы выделить обособленность субъектов таких договоров следует обратиться к "внутридоговорным" правам и обязанностям.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* См.: Жамен К., Лакур Л. Торговое право. М., 1993. C. 68.

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 (или выход из него) и т.д. Последнее, думается, наиболее рельефно демонстрирует обособленность субъектов договора, поскольку сама гипотетическая возможность расторгнуть договор, прервать договорную связь, означает, что их волеизъявления не сливаются в единое волеизъявление. Безусловно, эти права субъектов тоже идентичны (таким правом обладает каждый участник договора), однако, в отличие от договорных программ, субъект вправе реализовать их самостоятельно, но с обязанностью согласовать это решение с другим субъектом (субъектами).

Следующим по значению признаком договоров является собственно согласие (consensus). Согласие слагается из двух волеизъявлений: предложения и принятия (в цивилистике – оферта и акцепт). В каждом случае воля изъявляется односторонним образом, и необходимо, чтобы она была обращена к другой стороне прямо или косвенно.\* И, как уже было сказано, договорное волеизъявление субъекта – это обособленное волеизъявление. Но при этом согласованное с волеизъявлением другого субъекта (других субъектов).

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* См.: Ойгензихт В.А. Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права). Душанбе, 1983. С. 121.

Поэтому согласию предшествует согласование. Последнее представляет собой процесс достижения согласия по договорным условиям посредством обсуждений, переговоров, консультаций и т.п. Согласие т.е. результат, итог согласования, воплощается в общих договорных условиях, составляющих содержание договорного акта.

Договор не просто оформляет выражение волеизъявлений, договор оформляет согласие волеизъявлений. Л. Дюги писал, что в договоре цель, определяющая проявление воли, заключается в проявлении другой воли, так что в этом случае правовой результат вытекает из двух проявлений воли, взаимно определяющих себя (выделено мной – И. В.)\*. И. А. Покровский полагал, "что зиждющей силой всякого договора является соглашение сторон" (выделено И. А. Покровским)\*\*. Уместно привести здесь и определение, сформулированное Я. М. Магазинером: "Договор есть согласие по крайней мере двух воль, направленных на тот или иной правовой результат (выделено мной – И. В.)"\*\*\*.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908. С. 316.

\*\* Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 245.

\*\*\* Магазинер Я.М. Общая теория права на основе советского законодательства (работа написана в 1924-25 годах) // Правоведение. 1998. № 4. С. 122.

Правовые результаты, устанавливаемые договор-ными актами мы еще подробно рассмотрим; здесь для нас принципиально важно зафиксировать их согласительную природу.

Сущность договорных волеизъявлений определяется и тем, что субъекты договора свободны в своем волеизъявлении. Договорная свобода имеет свое отрицательное и положительное выражение. С отрицательной стороны свобода договора предполагает, что против своей воли никто не обязан вступать в договорную связь, субъект права не может принудить другого субъекта к заключению договора. С положительной стороны - означает свободное определение условий договора, а в широком смысле – заключение договоров любого содержания.\* Постулируется, что стороны самостоятельно определяют содержание своих отношений друг с другом. Указанное начало принято именовать автономией воли. Хотя, по нашему мнению, нужно все же говорить об автономии волеизъявлений, тем более что такая формулировка логически увязывается с тезисами об обособленности и согласованности волеизъявлений субъектов договора. Тогда содержание данного признака можно будет сконцентрировать в вопросе: свободно или под принуждением субъект совершил договорное волеизъявление ?

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 250.

Г. Мэйну принадлежит знаменитое изречение: "Движение современных обществ до сих пор было движением от статута к договору".\* Определенно, он имел в виду, что прогрессивное развитие права заключается в неуклонном расширении сферы договорных отношений, в основе которых лежат принципы согласия и свободы. Именно принципы, поскольку считалось и считается, что без согласия и свободы договора нет и быть не может.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Цитируется по работе В. П. Мозолина и Е. А. Фарнсворта "Договорное право США и СССР" (С. 32).

Однако, тем не менее, свободу договоров не следует абсолютизировать. Свобода в принципе не может быть безграничной. И договорная свобода, в частности, реализуется лишь в рамках возможного и дозволенного. Объективно существует как внутреннее, так и внешнее ограничение договорной свободы.

Поскольку стороны совместно устанавливают содержание (общие условия) договора, целесообразно говорить о взаимном самоограничении свободы. Участник договора предлагает свои условия другому и сам принимает встречные условия. При согласовании возможны также односторонние или взаимные уступки. Иными словами, субъекты права свободны в выдвижении индивидуальных условий, определении общих условий, но при этом свобода каждого из них ограничена аналогичной свободой остальных субъектов. Кроме того, установленные договорные права и обязанности участника, в первую очередь, обязанности, служат реализации не только его собственного интереса, но и интереса другого участника. На этот аспект указывает, в частности, Р. Саватье, отмечая, что, с одной стороны, "договоры являются средством выражения свободы лица", а с другой стороны – "эта свобода отчуждается в самом процессе ее осуществления… лицо само связывает себя, принимая добровольные обязанности".\* Все это есть внутреннее ограничение, самоограничение договорной свободы.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк. М., 1972. С. 173.

Что касается внешнего ограничения, то сама регулятивная сущность права детерминирует выделение неких критериев, при помощи которых возможно отличать, если угодно, "правовые" волеизъявления от "неправовых". Известны законные и внезаконные критерии договорной свободы. Первые непосредственно устанавливаются государством и закрепляются в законодательных и иных актах, регламентирующих договорные отношения субъектов права (в том числе и самого государства) в виде общих требований к содержанию и оформлению договоров, порядку их заключения. Вторые, также фиксируются в законодательных и иных актах и представляют собой социально обусловленные обобщенные идеи, принципы, которые с необходимостью должны присутствовать в договорах ("общественный порядок", "публичный интерес", "добрые нравы" и т.д. и т.п.) Однако их применение бывает несколько затруднено ввиду некоторой абстрактности самих формулировок - слишком обширный простор остается для усмотрения толкователей и правоприменителей.

В целом презюмируется, что договоры, не соответствующие законным и внезаконным критериям, юридически ничтожны. И. А. Покровский в этой связи считал возможным говорить об эластичности договорной свободы\*.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 251.

Четвертый признак договорных актов – равенство субъектов, равенство их волеизъявлений. На наш взгляд, это самый противоречивый признак. Говоря о равенстве, мы имеем в виду лишь формальное, юридическое, но не фактическое равенство. Примеры фактического статусного неравенства договаривающихся субъектов в истории права бесчисленны.

Далеко не последнюю роль играет фактор зависимости (потенциального работника от работодателя, производственного предприятия от транспортных и энергетических монополий, государства, нуждающегося в кредитах от иностранных государств и международных организаций), когда одна сторона фактически более заинтересована в установлении договорных отношений, чем другая. Насущная потребность, необходимость порождает зависимость, которая, в свою очередь, вынуждает вступать в договор на заведомо неравных условиях.

Формальное равенство субъектов автоматически означает, что их волеизъявления могут носить только формально равноправный характер. При определении договорных условий может иметь место диктат статусно или экономически превосходящего субъекта. И последствиями договора могут быть отношения как фактического, так и юридического неравенства\*.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* См.: Александров Н.Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений. // Ученые записки ВИЮН. 1946. Вып.VI. С. 81-82.

В действительности, равенство сторон в договоре воплощается лишь в равных "внутридоговорных" правах (на инициацию изменений и дополнений условий договора, на инициацию пролонгации договора и т.д.) и обязанностях (согласовывать свои инициативы с другим субъектом, согласовывать инициативы другого субъекта)\*.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Существуют, однако, и договоры, стороны которых не равны не только фактически, но и юридически. Так, во Франции административные договоры между государственными органами и частными лицами и организациями могут заключаться с предоставлением государственному органу права в одностороннем порядке изменять условия договора и даже расторгать договор. При этом степень свободы определения договорных условий для негосударственных субъектов существенно сужена (См.: Бьеи Ж.-П., Лашон Ж.-Ф., Верпо М. Юридические средства административной деятельности во Франции. М., 1994. С. 75; Ведель Ж. Административное право Франции. М., 1973. С. 164-185) Подобные договоры известны и российскому праву – достаточно упомянуть государственные контракты (См.: Демин А.В. Государственные контракты (публично-правовой аспект) // Хозяйство и право // 1997. № 9. С. 106-107).

Заключение договоров было бы бессмысленно без намерения сторон исполнять их условия. Поэтому обязательность исполнения договорных условий также составляет универсальный признак договоров.

Квинтэссенцией этого признака обоснованно считается классический императив "pacta sunt servanda" – "договоры следует выполнять" ("договоры должны соблюдаться"). Речь идет об исполнении договорных условий, в первую очередь программных, а также "внутридоговорных" обязанностей. Договорные условия, договорные обязанности есть продукт согласия сторон. Субъект, согласившись с условиями другого субъекта, признает обязательность для себя совместно установленных на основе этого согласия общих условий. Можно даже сказать, что участники договора должны рассматривать согласованные волеизъявления друг друга как "руководство к действию".

Вместе с тем принцип pacta sunt servanda корректируется доктриной clausula rebus sic stantibus (оговорка о неизменности обстоятельств).

В публичном праве, в первую очередь в международном публичном праве, ссылка на изменение обстоятельств в обоснование отказа от исполнения заключенного договора используется, что называется, с незапамятных времен. Нередко государства откровенно злоупотребляли этой оговоркой для прекращения договоров, переставших быть для них выгодными. В таких условиях говорить о стабильности международного правопорядка было достаточно сложно. (Между тем отдельные ученые видели в этом реализацию некоего динамического принципа, дающего возможность приспосабливать право к новым условиям жизни\*.) Вполне естественно, что одним из приори-тетных направлений развития права международных договоров стало создание институциональной базы, обеспечивающей строгое и добросовестное выполнение договоров субъектами международного права\*\*.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* См.: Байков А.Л. Правовое значение оговорки rebus sic stantibus в междувластных отношениях. М., 1916.

\*\* См.: Венская конвенция о праве международных договоров. Комментарий. М., 1997. С. 64-66, 169.

В сфере частного права, напротив, практика, а вслед за ней и законодатель, суды все чаще отходят от принципа "святости" договорных условий (в США даже разработана концепция "efficient breach of contract" - "эффективного нарушения договора")\*.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* См.: Государственно-монополистический капитализм и буржу-азное право / Отв. ред. С. А. Иванов. М., 1969. С. 3; Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада / Избранные труды. М., 1997. С. 271-279.

Усложнение экономических, социальных, политических отношений привело, помимо всего прочего, к существенному увеличению количества случаев, когда исполнение договорных обязанностей должно осуществляться уже в новых условиях, которые субъекты не предвидели и не могли предвидеть при заключении договора. И необходимость исполнения договора вступает в коллизию с целесообразностью и здравым смыслом.

Вообще, clausula rebus sic stantibus, как и любая другая оговорка, точнее право на оговорки непосредственно следуют из имманентной обособленности волеизъявлений участников договора. Поэтому, вероятно, возможность одностороннего отказа от исполнения договорных условий в случае изменения обстоятельств, при которых был заключен договор, надлежит рассматривать не как исключение из принципа "святости" договоров (и, разумеется, не как его отрицание), но именно как дополнение. Да, согласованные волеизъявления субъектов договора устанавливают обязательные для них условия. Но когда изменились обстоятельства, а значит, возможно, и интересы сторон, породившие эти условия, выполнение договорных обязанностей действительно теряет смысл. И субъект может отказаться от них. При этом, разумеется, следует учесть наличие прямых или косвенных ограничений на такой отказ.\*

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* В статье 62 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, к примеру, установлен закрытый перечень оснований для применения оговорки о неизменности обстоятельств.

Участник договора в принципе должен иметь право на отказ от исполнения договорных обязанностей при изменении обстоятельств, даже если это прямо не предусмотрено в соответствующих актах, регулирующих договорные отношения. Это логически вытекает из природы договорных волеизъявлений. В этой связи мы полагаем возможным вывести пятый признак договора на основе синтеза принципа pacta sunt servanda и доктрины clausula rebus sic stantibus. В итоге это дает нам формулу "предполагаемое обязательное исполнение договорных условий"

Исполнение договорных условий обеспе- чивается посредством различных институтов и процедур, которые можно подразделить на относящиееся к внешнему обеспечению и самообеспечению.

Внешнее обеспечение исполнения договоров осуществляется, как правило, государствами и их органами, а также межгосударственными организациями и их органами. Здесь используется самый разнообразный правовой инструментарий: от норм-деклараций о признании принципа "святости" договоров, устанавливаемых международными\* и внутригосударственными актами до тщательно проработанных мер юридической ответственности за нарушение договорных условий, процедур судебной (и внесудебной) защиты договоров.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Принцип рacta sunt servanda закреплен в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (ст. 26), Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями 1986 года (ст. 26), Заключительном Акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (ст. X) и во многих других международных актах

Немалое значение имеет поддержание соответствующего уровня правовой культуры, составной частью которой является традиция соблюдения и исполнения договоров.

Самообеспечение исполнения договоров предполагает установление участниками форм и мер взаимной ответственности за невыполнение или ненадлежащее выполнение договорных условий, т.е. договорной ответственности. В большинстве случаев это означает проекцию общих норм об ответственности, содержащихся в законодательных и иных актах. Тогда самообеспечение оказывается вторичным по отношению к внешнему обеспечению. (Важно обратить внимание на то обстоятельство, что в отдельных нормативных внутригосударственных договорах вообще отсутствуют положения об ответственности сторон\*. Это связано с недостатком теоретических и практических законодательных разработок в данной области.)

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* См.: Демин А.В., Иванов В.В. Договоры о компетенции в правовой системе России // Российский юридический журнал. 1997. № 2. С. 12.

Большинство известных нам авторов при описании общей природы договоров используют те или иные комбинации из четырех признаков – свободы договора, согласия сторон, равенства сторон и обязательности договорных условий. Эти признаки зафиксированы и во многих законодательных актах в качестве априорных характеристик договорных актов.

Следовательно, мы всегда должны обнаружить указанные признаки, пусть с теми или иными несущественными изъятиями, у любого договорного акта. Однако обнаружим ли?

В сфере частного права с начала столетия наблюдается устойчивая тенденция к стандартизации содержания договоров. Огромное количество индивидуальных договоров заключается на основе различных "общих условий заключения сделок", "типовых договоров", "договоров присоединения" и т.п. Одни субъекты, пользуясь статусным или экономическим превосходством, зависимостью своих потенциальных клиентов-контрагентов откровенно навязывают им унифицированные договорные клише\*. Для обозначения подобных явлений даже появилось специальное выражение: "inequality of bargaining power" - "неравенство переговорных возможностей". Конечно, условное согласие в таких договорах присутствует, но согласование как таковое ему не предшествует\*\*, равноправие сторон - самое что ни на есть формальное. Превращается в фетиш и договорная свобода, и автономия волеизъявлений.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* См.: Халфина Р. О. Договор в английском праве. М., 1959. С. 75-76; Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х томах. Т. II. М., 1998. С. 19-39; Шапп Я. Основы гражданского права Германии. М., 1996. С. 234- 237.

\*\* Евг. Годэмэ писал, что в "договорах присоединения" нет согласия, а есть лишь сопоставление двух волеизъявлений (Годэмэ Евг. Общая теория обязательств // Ученые труды ВИЮН. 1948. Вып. XIII. С 54.)

Ф. Кесслер, перефразируя Г. Мэйна, аттестует подобную эволюцию как поворот "от договора к статуту"\*. С. Карбонье и М. Верп видят в происходящих процессах одно из проявлений "социализации гражданского права", вытеснения индивидуалистического договора договором проник-нутым духом коллективизма\*\*. Г. Ерши констатирует распространение убеждения о вырождении договоров\*\*\*.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Kessler F. Contract of Adhesion / Some Thoughts About Freedom of Contract // Columbia Law Review. 1943. P. 640-641.

\*\* Carbonier S. Thйorie des obligations. P., 1963 P. 75; Werp M. Die Grenzen der Abdingbarkeit des dispositiven Gesetzrechts indisbesonder beim Kauf und Werkvertag. Heidelberg, 1969. S. 4.

\*\*\* Eцrsi G. Comparative civil (private) law. Law types, law groupes, the roads of legal developments. Budapest. 1979. P. 264.

Одновременно законодательство многих стран (в том числе и России) развивается в сторону предельной регламентации всех аспектов договорных отношений. Основной целью провозглашается защита "слабых" участников договорных отношений. Однако это также ведет к ограничению свободы договоров, к стандар-тизации их содержания. Типовые договорные модели исходят не от "сильных" сторон, а от государства. Не удивительно, что стали высказываться предложения дополнить или вообще заменить принцип договорной свободы принципом "справедливости договоров".\*

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правове-дение в сфере частного права. Т. II С. 16.

Трудно было говорить о согласовании, а также о свободе волеизъявлений субъектов в договорных актах, предусматривавшихся советским гражданским законодательством. В большинстве случаев гражданско-правовые договоры (среди которых выделялась особая группа хозяйственных договоров) заключались на основании и в развитие плановых актов, т.е. были откровенно вторичны. Существовал даже термин "плановый договор"\*. В советской правовой практике применялись и типовые договоры и различные "общие условия".

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* См.: Брагинский М.И. Общее учение о хозяйственных договорах. Минск, 1967. С. 102-128; Договоры в социалистическом хозяйстве / Отв. ред. О.С. Иоффе. М., 1964. С. 12-31; Можейко В.Н. Хозяйственный договор в СССР. М., 1962. С.90-144; Советское хозяйственное право / Под ред. И.Г. Побирченко. Киев, 1985. С. 187-190; см. также: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1998. С. 201-206.

Все сказанное относиться в основном к частно-правовым договорам. Что касается договоров в публичном праве, то их стремительное распространение ведет к появлению все новых прецедентов "несвободных" и "неравноправных" договоров (в конституционном, административном, финансовом, налоговом праве). Специфика отдельных сфер публично-правовых отношений такова, что "традиционная" договорная свобода или договорное равенство там просто невозможны. Однако договоры в этих сферах применяются и порой достаточно активно (к примеру, соглашения о реструктуризации налоговых задолженностей).

Неизбежен вопрос: можно ли вообще считать соnsensus, договорную свободу, равноправие и обязательность договорных условий универсальными признаками договоров? И как следует поступать, обнаруживая явные несоответствия между теоретическими конструкциями и практическими моделями? Мы полагаем, что существует, как минимум, три выхода. Первый (радикальный) - вообще исключить все "неправильные" договоры из предмета исследования, отказав им в праве называться договорами. Второй – до бесконечности списывать наблюдаемые несоответствия на "отраслевую специфику", порож-дающую "исключения подтверждающие правило". Третий - согласиться с непреложным фактом эволюции договора в современном праве, который ставит перед наукой задачи выделения новых сущностных критериев отличия договоров от иных правовых актов. У каждого варианта, безусловно, есть свои преимущества, но мы предпочитаем последний. Ученый должен познавать реальность, а не скрывать ее.

По нашему мнению, единственным неоспоренным признаком договора остается обособленность субъектов, обособленность их волеизъявлений. Можно даже сказать, что любой совместный акт, в котором мы обнаруживаем обособленность волеизъявлений субъектов, есть договор. Что до остальных признаков, то все становиться на свои места, если внести в традиционные формулировки определенные оговорки: не просто "договорное равноправие", а "формальное договорное равноправие", не "обязательное исполнение договоров", а "предполагаемое обязательное исполнение договора" и т.д. При этом мы вовсе не утверждаем, что более не существует действительно свободных или равноправных договоров; напротив, такие акты по-прежнему составляют значительную часть известного договорного массива.

Заранее предвидим упреки в разрушении самой основы категории договора. И все же предлагаемая нами ревизия неизбежна. Иначе юридической науке придется признавать не менее значительный массив актов, основанных на обособленных волеизъявлениях, "недоговорами" либо "неправильными договорами" со всеми вытекающими отсюда последствиями. И неизвестно еще, что окажется разрушительнее...

Суммируя все изложенное, мы выделяем следующие универсальные признаки договорных актов: а) обособленность волеизъявлений субъектов, б) согласованность волеизъявлений субъектов, в) автономия волеизъявлений субъектов, г) формальное равенство субъектов, д) предполагаемое обязательное исполнение субъектами условий договора.

Нельзя не отметить, что отдельные авторы выделяют и другие признаки договоров. Так, Ю. А. Тихомиров относит к числу общих признаков (помимо согласия, свободы волеизъявления, равенства волеизъявлений и взаимной ответственности субъектов) эквивалентный, чаще всего возмездный характер и законодательное обеспечение договоров, придающее им юридическую силу\*. На эквивалентность, как на универсальный признак договоров, указывают также Д. Н. Бахрах и А. В. Демин\*\*.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Тихомиров Ю.А. Публичное право. М., 1995. С. 182.

\*\* Бахрах Д.Н. Административное право. М., 1999. С. 171.

Подобные утверждения мы полагаем не совсем верными. Эквивалентный, а тем более возмездный характер свойственен, в основном, лишь договорам-сделкам. И даже в гражданском праве мы обнаружим договоры, конструкция которых не содержит элементов эквивалентности или воздмездности (договор дарения).

Что касается тезиса о "законодательном обеспечении договоров", то он представляет собой характеристику не собственной природы договора, а одной из его взаимосвязей с другим правовым актом – законом. Действительно, законы играют важнейшую роль в обеспечении исполнения договоров, законами может быть ограничена договорная свобода и договорное равенство и т.д. Между тем известны примеры нормативных договоров, имеющих большую юридическую силу, чем законы, договоров, регулирующих вопросы законотворческой деятель-ности. Но вряд ли наука теории государства и права не сможет вывести из этих фактов новый признак закона.

Сказанное позволяет определить договор, договорный акт в самом широком смысле как совместный правовой акт, оформляющий выражение обособленных согласованных автономных волеизъ-явлений двух или нескольких формально равных субъектов права, устанавливающий условия, исполнение которых предполагается обязательным.

Сопоставим наше определение договора с опреде-лениями договора, предложенными А. Д. Корецким. Данный автор описывает т.н. "фактический" договор – "объективированные вовне, свободносогласованные намерения нескольких лиц совершить субъективно возможные юридические либо фактические действия в отношении друг друга в целях реализации личных интересов и "юридический" договор – "объекти-вированные свободносогласованные, юридически значимые, дозволяемые и охраняемые зако-нодательством намерения нескольких лиц совершить в отношении друг друга юридические либо фактические действия в целях реализации своих интересов\*.

"Фактические" договоры не представляет для нас интереса, поскольку они, как следует из пояснений А. Д. Корецкого, не имеют правовой природы и находятся вне правового поля\*\*. (Указанный автор совершенно напрасно относит к их последствиям "юридические" действия – это уже явно прерогатива "юридического" договора.)

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Корецкий А.Д. Договор в механизме правового регулирования. Автореф. канд. дисс. Ростов-на-Дону, 1999. С. 15-16.

\*\* Там же. С. 14.

Что же до определения "юридического" договора, то, во-первых, нас не может устроить отсутствие даже упоминания таких понятий как воля и (или) волеизъявление – в теории договора они играют базовую роль; во-вторых совершенно неясно в рамках чего "намерения нескольких лиц", пусть и свобод-носогласованные, порождают некие "юридические либо фактические действия". А. Д. Корецкий упускает в своем определении категорию правового акта, что фактически приводит его к неверному отождествлению договора с волеизъявлениями сторон (под "намерениями", как можно предположить, понимаются именно волеизъявления). Согласованные волеизъявления, "объективированные намерения" лежат в основе договорного акта. Сам же договор – это совместный правовой акт, оформляющий выражение согласованных волеизъявлений.

Кроме того, по нашему мнению, юридическим договором правильнее называть документально оформленный договорный акт (акт-документ). Это уже документально оформленное выражение волеизъ-явлений, документально оформленные договорные условия.

Так или иначе, но тезис А. Д. Корецкого о последствиях договоров – "юридических либо фактических действиях" актуализирует вопрос о правовом результате договорного акта.

Любой правовой акт имеет своей целью достижение некоего правового результата. При этом мы имеем в виду уже не собственные интересы каждого из субъектов. Мы имеем в виду правовой результат, который будет служить удовлетворению собственных интересов каждого из субъектов договора.

Договор традиционно рассматривается в рамках теории правоотношений и юридических фактов\*. Общим местом стало определение договоров как вида юридических фактов (актов) – правомерных действий субъектов права, совершаемых с намерением установить конкретные правоотношения.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* См. например: Агарков М. М. Обязательства по советскому гражданскому праву // Ученые труды ВИЮН. 1940. Вып. III. С. 108. Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву. М., 1949. С. 119-134; Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 95. Новицкий И. Б. Римское право. М., 1994. С. 120-121.

Но даже поверхностный анализ содержания договоров, показывает, что значение договоров выходит далеко за рамки "правомерного деяния, запускающего правоотношение". На это неоднократно обращали внимание многие отечественные правоведы. Приведем лишь несколько точек зрения.

К. Сперанская исходила из того, что "договор является организатором и хранителем всех вообще юридических сношений, а следовательно и общеправовой формой"\*. 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"\*\*. Аналогичные взгляды высказывал Н. Г. Александров: "Во всяком случае представляется бесспорно неправильным ограничивать в теории государства и права рассмотрение договора плоскостью только юридических фактов (выделено мной – И. В.) и упускать договор хотя бы при выяснении проблемы источников права…"\*\*\* Очень верная позиция сформулирована Р. О. Халфиной: "Являясь основанием возникновения, изменения или прекращения правоотношений, договор определяет и содержание этих правоотношений… Договор… непосредственно регулирует поведение сторон…"\*\*\*\*

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Сперанская К. Об административном договоре // Вестник Верховного Суда СССР. 1928. № 3. С. 18.

\*\* Кечекьян С.Ф. О понятии источника права // Ученые записки МГУ. 1946. Вып. 116. Труды юридического факультета. Кн. вторая. С. 25.; см. также: Теория государства и права / Под ред. П.С. Ромашкина, М.С. Строговича, В.А. Туманова. М., 1962. С. 425.

\*\*\* Александров Н.Г. К вопросу о роли договора в правовом регулировании общественных отношений. С. 61.

\*\*\*\* Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском гражданском праве. М., 1954. С. 106.

Согласовывая свои интересы, вырабатывая общие условия, в первую очередь программы своих действий, субъекты договора регулируют отношения. Конкретное правоотношение или множество возможных правоотношений. Правовой результат договора, таким образом, имеет регулятивную природу. Общеизвестно, что правовое регулирование осуществляется правовыми нормами, индивидуальными правовыми установлениями и интерпретациями правовых норм и индивидуальных правовых установлений.

Если рассуждать абстрактно, субъекты права могут согласовать, т.е. договориться о любом правовом результате, в том числе и об индивидуальном или нормативном установлении. Когда, конечно, они обладают необходимыми правомочиями. Объективным ограничением использования договора может быть лишь единственная возможность и (или) необходимость односторонних либо слитых волеизъявлений, детерминируемая сущностью и содержанием соответствующих правовых процессов.

В юридической науке принято выделять четыре вида правовых актов: а) акты правотворчества, б) акты правоприменения, в) акты толкования, и г) акты реализации субъективных прав и юридических обязанностей. Акты толкования и акты реализации находятся за пределами нашего исследования, поскольку, определенно, интерпретации правовых норм и индивидуальных установлений, реализация прав и обязанностей не могут быть результатом договора. Там необходимы именно единоличные и единые волеизъявления и формы их выражения – односторонние или совместные (основанные на слитых волеизъявлениях) акты\*.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* Возможно, что наше утверждение касательно интерпретационных актов излишне категорично, но в любом случае – прецеденты договорного толкования нам неизвестны и вряд ли имеют место на практике.

Что касается актов правотворчества и актов правоприменения, то одним из их видов договор может быть, поскольку в целом ряде случаев (межгосударственные отношения, федеративные отношения, отношения между работодателям и работниками и т.д. и т.п.) необходимые правовые результаты – правовые нормы и индивидуальные установления могут быть установлены только посредством согласованных (не единоличных, не слитых) волеизъявлений субъектов права. Значит, правовой результат, который порождают волеизъявления субъектов договора и который заложен в договорных условиях, составляют правовые нормы или индивидуальные установления.

Исходя из этого мы утверждаем, что договор может и должен исследоваться как акт, не только порождающий правоотношения, но и как акт, устанавливающий нормативные индивидуальные и установления, т.е. как универсальный правовой акт. Однако, данный тезис сам по себе еще ничего не объясняет. Для того чтобы понять сущность договора, необходимо обратиться к анализу положения и роли договоров в правовом регулировании\*.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

\* В данной главе мы несколько раз упомянули о "родственных" договорам совместных актах, выражающих волеизъявления нескольких субъектов права слитые в общее волеизъявление. Разумеется, в данной работе мы не будем останавливаться на них подробно. Но все же следует пояснить, что, основным признаком таких совместных актов, мы считаем "неперсонифицированность" волеизъявлений их субъектов. Нет возможности выделить волеизъявление отдельно взятого субъекта совместного акта – оно слито с волеизъявлениями других субъектов. В подобных актах никогда не предусматриваются права субъектов по внесению в каких-либо изменений или дополнений, по инициации прекращения действия акта. Слияние волеизъявлений гарантирует стабильность правовой связи и предполагает, что ее трансформация возможна только через новый правовой акт, т.е. через установление новой связи. Договорная же связь трансформируется субъектами свободно – условия договора могут быть дополнены, изменены. Каждый участник вправе реализовать свои "внутридоговорные" права.

**Хрестоматийным примером совместных правотворческих актов являются совместные постановления Совета Министров СССР и Центрального Комитета КПСС (см.:** Алексеев С.С. Общая теория права. Т. II М., 1982. С. 235-236; Мицкевич А.В. Акты высших органов Советского государства. М., 1967. С. 126-131). **Но такие акты легко найти и в современной правотворческой практике. К изданию совместных актов нередко прибегают органы исполнительной власти, чаще всего встречаются различные положения и правила, утвержденные несколькими органами исполнительной власти** (Положение о порядке организации и проведения государственной регистрации этилового спирта из пищевого сырья, алкогольной и алкогольсодержащей пищевой продукции, утвержденное Министерством сельского хозяйства и продовольствия Российской Федерации 28 декабря 1996 года, Комитетом Российской Федерации по стандартизации, метрологии и сертификации 30 декабря 1996 года, Федеральной службой России по обеспечению монополии на алкогольную продукцию 31 декабря 1996 (Российские вести. 1997. 13 февраля). **Примером совместных актов нормативного толкования могут служить совместные постановления пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего арбитражного Суда Российской Федерации. (Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 11 июня 1999 года № 41 и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11 июня 1999 года № 9** **"О некоторых вопросах, связанных с введением в действие части первой Налогового кодекса Российской Федерации"** (Российская газета. 1999. 6 июля 1999).

В.В. Иванов