

УДК 340.12:347.133

*З. М. Юдин*

## ПОНЯТИЕ И ОСНОВАНИЯ ПРАВОВОГО КОНТРАКТИВИЗМА

Для современной общетеоретической юриспруденции характерна тенденция пересмотра универсальных правовых констант, особенностей их интерпретации и применения в период постмодерна. В этих условиях следует отметить, что степень изученности категории «договор» в целом неадекватна его положению и значению в праве. Наблюдается явный дисбаланс, в рамках которого договор исследуется в основном как отраслевое или межотраслевое понятие. Между тем, в современных условиях диспозитивное регулирование воспринимается участниками правовых отношений менее напряженно, чем императивное. Несмотря на все это, ощущается недостаток фундаментальных исследований по договорной тематике в рамках общетеоретической юриспруденции.

Делу концептуального обоснования договоров посвятили свои работы многие представители различных юридических наук, в частности, в международном праве — В. Ансон, К. Бергбом, В. И. Евинтов, И. И. Лукашук, Г. Трипель, В. Л. Чубарев; в гражданском праве — А. С. Комаров, О. А. Красавчиков, Н. О. Саниахметова, Е. О. Харитонов. На уровне общетеоретической юриспруденции проблематику договоров исследовали В. В. Иванов, А. Д. Корецкий, В. А. Ойгензихт, Н. Н. Пархоменко, Р. О. Халфина и др. В то же время можно заметить, что традиционно договор и связанная с ним проблематика рассматриваются по трем направлениям: как источник права (при рассмотрении нормативных договоров); как акт реализации права (при анализе индивидуальных договоров); как правовой институт (при изучении всего разнообразия отраслей и специфик договорного права).

Цель данной статьи — определить специфику договора как универсального правового явления, определить его общетеоретический характер, обозначить изменения его роли в механизме действия права. Учитывая, что договорная проблематика объединяет целый комплекс теоретико-правовых вопросов, можно утверждать необходимость выделения

обособленной сферы общетеоретического знания о праве — правового контрактивизма.

Сегодня актуализируется вопрос об институциональных основах формирования договора. Здесь продуктивна позиция В. В. Иванова, согласно которой, изначально проблема договора находится в плоскости исследования форм выражения волеизъявлений субъектов права в правовых процессах [1, с. 73]. Действительно, внешними выражениями правовой активности субъектов права являются такие правовые акты, как акты правотворчества, правоприменения, толкования, акты реализации прав и обязанностей. К общим свойствам правовых актов следует отнести: а) волевой характер; б) правовую направленность волеизъявления; в) внешний характер выражения. Таким образом, правовой акт представляет собой волеизъявление субъекта права, совершенное в определенной форме.

Характерен также тезис о том, что с волеизъявлением субъектов права связано возникновение определенного правоотношения. При этом сам процесс возникновения правоотношения оказывается вне поля зрения. Между тем волеизъявление и возникновение правоотношения — не тождественные явления. Волевое отношение — это отношение, возникающие по воле людей, в том числе в результате одностороннего волеизъявления. При этом волевое отношение будет иметь конкретный, обособленный характер [2, с. 112]. Правоотношение в этом случае является правовой формой такого волеизъявления, а при известной степени типичности волеизъявления формулируется его шаблон — правовой норматив.

Характерно, что большинство авторов при описании общей природы договоров используют комбинацию четырех его признаков: свободы договора, согласия сторон, формального равенства сторон и обязательности выполнения договорных условий. Эти признаки предлагается на уровне юридической науки, законодательства и правовой практики зафиксировать в качестве априорных характеристик договорных актов. Следовательно, указанные признаки всегда должны быть обнаружены, может быть, с несущественными изъятиями, но у любого договорного акта. Однако так происходит далеко не всегда.

В сфере частного права с начала XX столетия возникла и развивается, приобретая устойчивый характер, тенденция к стандартизации и унификации договоров. Подавляющее большинство индивидуальных договоров заключается на основе различных «общих условий заключения сделок», «типовых договоров», «договоров присоединения» и т. п. А отдельные субъекты, пользуясь статусным или экономическим превосходством, зависимостью своих потенциальных клиентов-контрагентов, откровенно навязывают им унифицированные договорные клише [3, с. 20]. Это ведет к ограничению свободы договора, несмотря на то, что одной из основных целей при этом провозглашается защита «слабых» участников договорных отношений. Отсюда понятно предложения

дополнить или вообще заменить принцип договорной свободы принципом справедливости договоров. Хотя достаточно часто имеет место заключение договоров между изначально неравными участниками общественных отношений, навязываются презумпции их формального равенства.

В то же время не всегда можно говорить и о справедливости договора. Бесспорно, справедливость должна быть основой правовой ценностью, однако на практике не все договоры можно назвать справедливыми, и не в каждом договоре можно проследить корреспондирующий согласию компонент справедливости. Так, нередко одна из договаривающихся сторон вынуждена идти на нарушение справедливости в силу тех или иных причин, при этом равенство субъектов не вызывает сомнений. Это имеет место, к примеру, при договоре о кредитовании, когда кредитор, пользуясь своим особым положением, лазейками в банковском законодательстве, статусом заёмщика, с целью минимизации рисков, устанавливает более высокую, чем того требует реальное положение вещей, процентную ставку кредита, либо устанавливает его чрезмерное обеспечение. В данном случае о справедливости говорить не приходится, поскольку одна сторона де факто диктует условия данного договора.

Учеными предлагаются три пути выхода из сложившегося положения. Первый, наиболее радикальный, состоит в полном исключении всех «неправильных» договоров из предмета исследования и отказе им в «праве» называться договорами. Второй предлагает перманентно ссылаться на отраслевую специфику, порождающую «исключения, подтверждающие правило». Третий, разделяемый большинством представителей доктрины, состоит в признании объективного факта эволюции договора в современном праве, что выдвигает перед юриспруденцией задачу выделения новых конституирующих, сущностных критериев отличия договоров от иных правовых актов [4, с. 201–206].

На этом пути рядом ученых предлагается констатировать, по их мнению, единственный не оспоренный практикой признак договора — обособленность субъектов, точнее, обособленность их волеизъявлений [5; 13]. В основе аргументации лежит понимание того, что любой совместный акт, в котором мы обнаруживаем обособленность волеизъявлений субъектов, есть договор. Предлагается сохранить все остальные признаки договора, внося в традиционные формулировки определенные оговорки, к примеру, не просто «обязательное исполнение договоров», а «предполагаемое обязательное исполнение договора» и т. д. Признается также существование действительно свободных или равноправных договоров, которые составляют определенную часть существующего договорного массива [5, с. 115–117]. Несмотря на то, что данный подход сегодня достаточно популярен и активно обсуждается в научной литературе, следует подчеркнуть зыбкость самого понятия «обособленность волеизъявления». Показательно, что под обособленностью в этом кон-

тексте понимают то, что воля исходит от конкретного лица (физического либо юридического) и направлена к другому такому же конкретному лицу. Однако такая же обособленность волеизъявления обнаруживает себя и в ряде других правовых актов, к примеру, нормативно-правовом. Кроме того, волеизъявление вообще может быть только обособленным, ведь вне субъекта, то есть своего источника, воля немыслима. В этой связи принцип обособленности волеизъявления сложно признать тем методологическим основанием, которое позволяет дать универсальное понимание договора. Однако данный критерий можно использовать как дополнительный, но с некоторым уточнением — в договорах имеет место обособленность волеизъявлений всех его участников.

Обращаясь к вопросу о равноправии сторон и справедливом содержании договора, следует признать, что эти классические признаки договора не могут в полной мере считаться его атрибутами, поскольку на практике зачастую заключаются неравноправные и несправедливые договоры. Возникает закономерный вопрос — что же выступает конститутивным признаком договора? Рассматривая проблему соотношения свободы (в качестве предпосылки равенства) и справедливости как философских категорий, Б. А. Канке утверждает, что сложно выступать против требований свободы и справедливости, учитывая многовековую позитивную историю. Вместе с тем хорошо известно, что попытки последовательно осуществить идеал справедливости неожиданно приводят к всеобщей «уровнировке», в то время как прагматическое следование идеалу свободы ведет к изоляционизму, асоциализации и отторжению. Но даже вне этих крайностей, по утверждению философа, справедливость и свободу крайне сложно согласовать друг с другом. Используя положения герменевтики М. Хайдеггера о том, что человек уже в силу самого факта своего существования вынужден вопрошать и не только находить ответы на вопросы, но и ответствовать в экзистенциальном смысле, Б. А. Канке, следом за Гансом Йонасом, утверждает о синтезе свободы и справедливости в этике ответственности [6, с. 153].

Представляется, что данный вывод может быть применим к договору; то есть можно говорить об обязательной взаимной ответственности договаривающихся сторон.

Отсюда определяющими признаками договора в современном обществе являются: 1) то, что договор предстает как совместный правовой акт; 2) имеет место обособленность волеизъявлений его участников (как их индивидуализация); 3) стороны выступают как взаимно ответственные.

Подчеркнем, что воля как основание возникновения договора важна не только в качестве определяющего фактора возникновения совместного правового акта, но и как выражение эмоционального отношения субъекта к желаемой модели правового регулирования. Так, А. И. Овчинников отмечает, что понимание права человеком связано не столько с его знаниями о праве, сколько с видением им образа желаемого права,

имеющее эмоционально-волевое, интуитивное происхождение [7, с. 160—161]. В этой связи важно признать, что регулятивный потенциал договора обладает спецификой установления не просто правового регулирования отношений между договаривающимися субъектами, а именно — взаимно желаемого регулирования.

Заметим, что понятие правового регулирования сегодня претерпевает значительные изменения в части понимания его содержания, механизмов воздействия на поведение субъектов права. Многие правоведы кризис классических моделей правового регулирования напрямую связывают с кризисом самого права, его ценностных оснований, цивилизационных оснований и т. д. [8]. Отметим, что такую позицию едва ли можно признать конструктивной, поскольку проблема механизма и видов правового регулирования сегодня связана с тем, что классическая схема понимания правового регулирования как осуществляемого государством при помощи права и совокупности правовых средств упорядочения общественных отношений, их юридического закрепления, охраны и развития [9] содержит в себе ярко выраженный субординационный критерий, который все в большей степени уступает позиции координации.

Между тем важнейшим предназначением права в настоящую эпоху представляется обеспечение общественного компромисса, предупреждение и разрешение социальных конфликтов. Как отмечает Ю. Н. Оборотов, причины конфликта поддаются нормативному регулированию как со стороны мотивации конфликта, так и с точки зрения влияния на объективные обстоятельства, способствующие его появлению. Право оказывает воздействие на причины конфликта, его возникновение (конфликтную ситуацию), развитие и разрешение, а также на последствия конфликта, их влияние на участников конфликтного столкновения [10, с. 8].

Представляется, что разрешение социальных конфликтов напрямую связано с координацией в правовой сфере, основополагающим инструментом которой выступает договор. Координация в правовой сфере обусловлена методами правового регулирования, более того, часто ее называют специфическим методом автономии и равенства сторон [11, с. 221], что еще раз подтверждает тезис о том, что договор, по сути, выступает непосредственным инструментом координации, а сама координация есть не что иное, как согласование интересов и воля субъектов.

При выяснении сущности координации и, следовательно, соответствующего определения природы конфликта, необходимо обратиться к тезису о том, что корень любого конфликта лежит в плоскости нарушения основополагающего принципа эквивалентности воздаяния, либо же необходимости предупреждения такого нарушения. Отметим при этом, что социальный конфликт в данном контексте мыслится в широком смысле — как любое столкновение воли и интересов субъектов права, имеющее правовое значение. «Эквивалентность воздаяния» в данном

случае понимается не столько в смысле эквивалентности ответственности, сколько в контексте эквивалентности исполнения обязанности в ответ на правомочие противоположной стороны, причем, как правильно замечено, если бы не существовало необходимости в эквивалентности, то стороны конфликта бросились бы в объятия друг к другу, не прибегая к помощи посредника или суда. При этом, с одной стороны, «решение вопроса об эквивалентности в праве тождественно понятию справедливости», а с другой — «эквивалентность воздаяния — именно тот признак, который отграничивает правовое мышление от морального мышления» [7, с. 52–53].

Выдающийся русский философ и правовед Н. Н. Алексеев, рассматривая проблематику правовых ценностей, обосновал, что справедливость выступает особой, собственно-правовой ценностью. Он предлагал проводить разграничение права и нравственности по линии уровня переживания интуитивного чувства справедливого, выводя категорию договора на понимание юридически оформленного обещания [12]. Следует отметить, что концептуальная связка «справедливость — договор» достаточно часто используется в теоретико-правовых и философско-правовых исследованиях. В то же время понимать ее следует не как прямое следствие (если есть договор, то он справедлив), а как социальную предпосылку договора (если нужно обеспечить справедливость, то необходимо заключить договор). При таком подходе удается сохранить, с одной стороны, справедливость в качестве предпосылки договора, не включая ее в договор в качестве признака, а с другой — обозначить наличие ответственности за нарушение справедливости. Отметим, что принцип взаимной ответственности является ключевым при достижении справедливости и, следовательно, компромисса.

В целом же, исходя из изложенного, договор можно определить как совместный правовой акт, в котором на основании принципа взаимной ответственности отражена согласованная воля субъектов права, закрепляющая желаемую модель правового поведения его участников.

Такое понимание договора создает иные, отличные от традиционных, предпосылки и основания для его изучения. В этой связи целесообразно выделить в системе общетеоретической юриспруденции обособленную теорию правового контрактивизма, в рамках которой систематизировать изучение понятия, признаков, свойств, функций, роли и значения договора в правовой системе.

Необходимо подчеркнуть, что «контрактивизация» современного общества сегодня все в большей степени заявляет о себе. В первую очередь, это является неким ответом на специфическую инертность большинства общественных структур, их неспособность быстро реагировать на стремительные изменения в общественной, в том числе и правовой, жизни. Так, контрактализм Дж. Роулза исходит из того, что договорные отношения по своей природе пронизывают все общественные институты, поскольку исключительно через договор как гипотетически

актуальное, то есть условно репрезентативное состояние консенсуса по поводу базисных конструктивных ценностей достижимо справедливое общественное устройство [14, с. 121].

Правовой контрактивизм в этой связи следует рассматривать как универсальную теорию договора, его роли и значения для правовой жизни общества. В рамках правового контрактивизма необходимо углубить изучение признаков и атрибутов договора; охарактеризовать антропологию возникновения договора как правового механизма обеспечения социальной справедливости; обосновать ведущую роль договора как основного механизма координации в праве; развить учение о договорной правосубъектности; провести систематизацию и компаративизацию договорного права; определить роль договора в эпоху постмодерна. Этот перечень не является исчерпывающим, он может постоянно обогащаться, наполняться новыми характеристиками и направлениями правового контрактивизма. Кроме того, для охвата всех перечисленных процессов и явлений, связанных с договорной тематикой, предлагается не только использовать категорию «правовой контрактивизм», но в ее содержании систематизировать и обобщить узаконенные концептуальные теоретические подходы к договору и к сложившейся практике их реализации.

Правовой контрактивизм есть смысл рассматривать не только как научную теорию, изучающую договоры и их применение в правовой жизни, но и как определенную форму существования современного права, которое все в большей степени освобождается от государства как нормотворческого монополиста, становится инструментом достижения консенсуса, взаимопонимания и признания субъектами друг друга, что особенно актуализируется на фоне утверждения правового плюрализма. Здесь ключевая роль должна быть отведена именно договору, который должен стать определяющим компонентом структуры современного права.

### Л и т е р а т у р а

1. Иванов В. В. К вопросу об общей теории договора / В. В. Иванов // Государство и право. — 2000. — № 12. — С. 73–79.
2. Ойгензихт В. А. Воля и волеизъявление (Очерки теории, философии и психологии права) : монография / В. А. Ойгензихт. — Душанбе : Дониш, 1983. — 256 с.
3. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. II / К. Цвайгерт, Х. Кётц. — М., 1998. — 512 с.
4. Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози ; [пер. с фр. В. А. Туманова]. — М. : Междунар. отношения, 1999. — 316 с.
5. Иванов В. В. Общая теория договора : монография / В. В. Иванов. — М. : Юристъ, 2006. — 238 с.
6. Канке Б. А. Основы философии / Б. А. Канке. — М. : Логос, 2003. — 288 с.
7. Овчинников А. И. Правовое мышление: теоретико-методологический анализ : монография / А. И. Овчинников. — Ростов н/Д : Из-во Ростов. ун-та, 2003. — 344 с.
8. Алексеев С. С. Крушение права. Полемические заметки / С. С. Алексеев. — Екатеринбург : Ин-т частного права, 2009. — 32 с.

9. Скакун О. Ф. Теория государства и права / *О. Ф. Скакун*. — Х. : Консум, 2000. — 608 с.
10. Оборотов Ю. Н. Теория государства и права. Прагматический курс : экзамен. справ. / *Ю. Н. Оборотов*. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — 184 с.
11. Крестовська Н. М. Теорія держави і права : Елементарний курс / *Н. М. Крестовська, Л. Г. Матвєєва*. — Х. : ТОВ «Одісей», 2007. — 432 с.
12. Алексеев Н. Н. Основы философии права / *Н. Н. Алексеев*. — СПб : Лань, 2000. — 214 с.
13. Корецкий А. Д. Договор в механизме правового регулирования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / *А. Д. Корецкий*. — Ростов н/Д, 1999. — 30 с.
14. Ролз Дж. Теория справедливости / *Дж. Ролз* ; пер. с англ., науч. ред. и предисл. В. В. Целищева. — Изд. 2-е. — М. : Изд-во ЛКИ, 2010. — 536 с.

#### А н н о т а ц и я

**Юдин З. М. Понятие и основания правового контрактивизма.** — Статья.

В статье приводится критика существующих в современной юридической науке признаков договора. Предлагается выделение качественно новых его атрибутивных признаков, на основании которых предложено новое определение договора. Обосновано, что договор как общеправовая категория является центром целой сферы явлений и процессов в правовой реальности. Для системного их исследования предложено выделение отдельной сферы знаний о праве — контрактивизма.

*Ключевые слова:* общетеоретическая юриспруденция, договор, признаки договора, контрактивизм, правовой контрактивизм.

#### А н о т а ц і я

**Юдин З. М. Поняття та підґрунтя правового контрактивізму.** — Стаття.

У статті наводиться критика існуючих у сучасній юридичній науці ознак договору. Пропонується виділення якісно нових його атрибутивних ознак, на основі яких запропоновано нове визначення договору. Зазначено, що договір як загальноправова категорія є центром цілої сфери явищ та процесів у правовій реальності. Для системного їх дослідження запропоновано виділення окремої сфери знань про право — контрактивізму.

*Ключові слова:* загальнотеоретична юриспруденція, договір, ознаки договору, контрактивізм, правовий контрактивізм.

#### S u m m a r y

**Judin Z. M. Notion and Grounds of the Legal Contractivistics.** — Article.

The article gives a critique of existing in the modern legal science signs of the contract. The selection of its qualitatively new attributes, by which a new definition of the contract is proposed. Justified that the contract as a general legal category is the center of the entire sphere of phenomena and processes in the legal reality. For its systematic researching suggested the allocation of separate sphere of knowledge about the law — contractivistics.

*Keywords:* general theoretical jurisprudence, methodology of jurisprudence, contract, signs of a contract, contractivistics.