

## **Договор как источник права (либертарно-юридический подход)**

***Нансо Екатерина Юрьевна***

студент

Адыгейский филиал ФГОУ ВПО «Северо-Кавказская академия государственной  
службы», Майкоп, Россия

E-mail: [af\\_skags@radnet.ru](mailto:af_skags@radnet.ru)

В юридической литературе в последнее время отмечается существенное повышение роли индивидуальных договоров, их переосмысление в правовой науке. Все чаще раздаются голоса в поддержку идеи о том, что договор становится источником правового регулирования общественных отношений, иными словами, условия договора (правила поведения его сторон) – суть правовые нормы. Указанная идея натолкнулась на ожесточенную критику, ведь такой подход явно разнится с устойчивыми позитивистскими традициями отечественной юриспруденции.

Полагаем, что прежде чем проводить анализ какого-либо правового явления необходимо определиться с тем, что следует понимать под правом. Этот вопрос непосредственно связан с приверженностью к тому или иному типу правопонимания.

История и теория правовой мысли и юриспруденции пронизаны борьбой двух противоположных типов правопонимания, которые условно можно обозначить как легистский (от *lex* – закон) и юридический (от *ius* – право) типы правопонимания и понятия права. Суть такого деления состоит в соотношении таких ключевых понятий юриспруденции как право и закон. Считая себя правоведами (а не законоведами!), изложение своей позиции по теме «договор как источник права» мы будем строить в рамках юридического подхода к праву и близкой нам либертарно-юридической концепции юриспруденции, разработанной известным правоведом, профессором В.С. Нерсисянцем. Вслед за Нерсисянцем В.С. полагаем, что «право - это нормативная форма выражения свободы посредством принципа формального равенства людей в общественных отношениях» (Нерсисянц, 1998, С. 28).

Следуя подходу к праву как всеобщей мере равенства, свободы и справедливости, считаем резонными предложения юристов о пересмотре понятия договор, в том числе о наличии ряда объективных признаков, позволяющих признавать его в качестве источника права.

Принципиальным противником нетрадиционных источников права является видный теоретик, профессор М.Н. Марченко. Оппонируя профессору частного права Б.И. Пугинскому, М.Н. Марченко пишет: «С позиции традиционного права нормы индивидуальных договоров, как и сами договоры, представляют собой не что иное как акты применения правовых норм» (Марченко, 2004, С. 11). И далее: «Признание индивидуального договора правовым автоматически означало бы признание за его участниками-гражданами (физическими лицами) и юридическими лицами – статуса законодателя-правотворца» (Марченко, 2004, С. 11). Однако такая позиция автора не приемлема с точки зрения либертарно-юридической концепции юриспруденции.

«Индивид, по логике правового типа отношений и смыслу правовой формы свободы, свободен и обладает свободой воли не только как адресат действующего права, но и как его творец (совместно с другими индивидами)» (Нерсисянц, 1998, С. 32). Вышеуказанное, безусловно, не имеет целью оспаривать целесообразность существования верховной, суверенной законодательной власти за государством в лице его компетентного органа (Федерального Собрания), вместе с тем отождествлять такие понятия как правотворчество и законотворчество неверно. Думается, что процесс правотворчества многосубъектен, в силу чего, действуя на основе принципов формального равенства, свободы и справедливости, каждый индивид может участвовать в творении права. Являясь основой права, данные принципы позволяют праву оставаться объективным явлением, независимым от неправовых интересов его творцов.

Не сводя право к закону, к приказу публичной власти, обеспеченному силой принуждения, следует признать, что помимо правового закона внешней формой выражения права выступает договор (Бошно, 2003, С.82-100).

Договор как межотраслевое понятие является всегда правовым, т.к. сила договора, его норм признается только за правомерными действиями индивидов, в противном случае действия признаются правонарушением и никаких положительных последствий для сторон не влекут.

В действующем на территории Российской Федерации Гражданском Кодексе (далее ГК РФ) законодатель провозгласил в ст. 421 ГК РФ свободу договора. С этого момента началось переосмысление гражданско-правового договора в науке гражданского права.

Ссылки на нормы договора в большинстве статей ГК РФ позволяют обеспечивать не только соблюдение свободы договора – основного начала, на котором зиждется весь гражданский оборот, но и подчеркивают равенство в соотношении договора и закона.

Доктор юридических наук Л.В. Соцуро отмечает, что «договор и закон, одновременно располагаясь в определенной правовой иерархии, находятся в паритетном соотношении» (Соцуро, 2001, С.27). Ученый справедливо подчеркивает существование объективного верховенства императивных норм закона над условиями (нормами) договора (Соцуро, 2001, С.35). Вместе с тем, разве не безусловным является верховенство императивных норм Конституции – основного правового акта государства над нормами иных правовых актов?

Теоретиков права явно смущает относительность договорных правовых норм во времени и по кругу лиц. Но это обстоятельство само по себе не дает оснований отказывать договору в признании его источником права. Сфера действия некоторых публичных актов также имеет весьма ограниченный субъектный состав, а в ряде случаев и период действия.

В отечественной доктрине наиболее устоявшимся признаком правовых норм (как и права в целом) признается общеобязательность, причем, как правило, определяющаяся через такой критерий как сила (принуждение). Такая трактовка общеобязательности не может являться определяющей для оценки права, и, на наш взгляд, в большей степени призвана отражать сущность закона. Право общеобязательно для индивидов в силу его справедливости, вытекающей из формальной (объективной) свободы каждого индивида, который может рассчитывать на признание и соблюдение его субъективных прав, только при условии признания и соблюдения прав других лиц.

Резюмируя вышесказанное, заметим, что юриспруденции на данном этапе не достаёт смелости пересмотреть базовые (основные) понятия, при этом учитывая безусловные достижения прошлого, но и не отворачиваясь от настоящего.

Оставаясь на позиции либертарно-юридического подхода, полагаем, что не стоит столь категорично отвергать объективные и, несомненно, правовые характеристики договора как важной составляющей в едином механизме регулирования общественных отношений.

На основании вышеизложенного полагаем, что договор, с точки зрения либертарно-юридической концепции юриспруденции, представляет собой одну из объективно существующих форм права, являющуюся продуктом волеизъявления частных лиц, и устанавливает с помощью правовых норм, основанных на принципах формального равенства, свободы и справедливости, те или иные правоотношения при условии соблюдения требований правовых законов.

### **Литература**

1. Бошно С.В. (2003). Доктринальные и иные нетрадиционные формы права // Журнал российского права, №1.
2. Марченко М.Н. (2004). Частно-правовой договор в механизме правового регулирования // Вестник МГУ. Серия II. Право, № 2.

3. Нерсисянц В.С. (1998). Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. М.: НОРМА-ИНФРА-М.
4. Соцуро Л.В. (2001). Соотношение договора и закона // Юрист, № 2.