



## МЕСТО ДОГОВОРА В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА УКРАИНЫ

Андрей ДРИШЛЮК,

кандидат юридических наук, доцент, судья  
Апелляционного суда Одесской области

### Summary

The article is devoted to the location of agreement in the modern system of sources of civil law of Ukraine. On the basis of researching of scientific sources, current civil legislation of Ukraine author drawn a conclusion about the necessity of rethinking of essence of civil agreement and its place on the system of sources of civil law of Ukraine. Author paid attention, that one of factors, which determining the process of rethinking of place of agreement in the system of sources of civil law is acceptances of the Civil code of Ukraine; another – development of civil legal doctrine. Author makes a conclusion about key role of understanding of law during forming the system of sources of civil law. The orientation of applying law mechanism foremost on the normatively envisaged sources, and also prevailing of normative approach during investigation properties of source of law, that is one of obstacles to confession of agreement the source of civil law.

**Key words:** sources of law, system of sources of civil law, agreement, understanding of law, court practice, civil rights and duties, civil legal doctrine.

### Аннотация

Статья посвящена определению места договора в современной системе источников гражданского права Украины. На основании проведенного исследования научных источников, действующего гражданского законодательства Украины сделан вывод о необходимости переосмысления сущности гражданского договора и его места в системе источников гражданского права Украины. Обращено внимание, на то, что одним из факторов, детерминирующим процесс переосмысления места договора в системе источников гражданского права, наряду с развитием гражданско-правовой доктрины стало принятие Гражданского кодекса Украины. Обоснован вывод о ключевой роли правопонимания при формировании системы источников гражданского права. Констатируется ориентация правоприменительного механизма, прежде всего, на нормативно закрепленные источники, а также доминирование нормативиского подхода при изучении свойств источника права, что является одним из препятствий к признанию договора источником гражданского права.

**Ключевые слова:** источники права, система источников гражданского права, договор, правопонимание, судебная практика, гражданские права и обязанности, гражданско-правовая доктрина.

**Постановка проблемы.** После распада СССР в процессе реформирования постсоветского гражданского законодательства профессором А.С. Довгертом был поставлен вопрос о необходимости пересмотра роли и места договора в регулировании гражданских отношений и его соотношения с нормативным актом [5, с. 59–60; 6, с. 26; 7]. Дополнительным толчком для активизации попыток отнесения договора к источникам гражданского права стало принятие Гражданского кодекса Украины (далее – ГК Украины). Структурный анализ ГК Украины, в частности расположение ст. 6 и ее содержание, позволяет сделать вывод, что с принятием этого нормативного акта договор получил закрепление в качестве источника гражданского права. Вместе с тем традиционный подход ограничивается констатацией регулятивной функции гражданского договора при установлении правил поведения между субъектами гражданских отношений [9, с. 151].

**Актуальность темы исследования.** Несмотря на то, что прошло 10 лет с момента вступления в силу ГК Укра-

ины, анализ судебной практики свидетельствует, что при разрешении гражданско-правовых споров лишь в последние годы наметилась тенденция к соблюдению приоритета норм гражданского договора в соотношении с законом. Особенно показательна в этом плане трансформация судебной практики при рассмотрении дел, связанных с заключенными до финансового кризиса 2008 года кредитными договорами, где также можно проследить крайности в принятии/ непринятии судом установленного сторонами договорного регулирования. Инерционное восприятие договора как продолжения закона, неверная трактовка воли и волеизъявления сторон породило многочисленные отмены судебных решений, длительные судебные разбирательства и, главное, социальное недовольство деятельностью судов. Для стабилизации судебной практики явно не хватает осознания правоприменителями изменений, внесенных законодателем как в ходе кодификации гражданского законодательства, так и во время последующего его совершенствования. Кроме того, усатри-

вается необходимость в устранении разрыва между теорией и судебной практикой при помощи обновленной доктрины источников гражданского права Украины.

**Состояние исследования.** Проблемы договорного регулирования гражданских отношений всегда привлекали внимание исследователей. В дореволюционной, советской, украинской и российской цивилистике к разным аспектам договора обращались такие выдающиеся ученые, как М.Г. Александров, И.П. Покровский, С.С. Алексеев, Р.О. Халфина, А.В. Дзера, В.В. Луць, Н.С. Кузнецова, И.В. Спасибо-Фатеева, М.М. Сибилев, М.И. Брагинский, В.В. Витрянский и многие другие. Попытка изучить гражданский договор на базе обновленной украинской правовой доктрины и гражданского законодательства в контексте правоприменительного механизма была предпринята С.А. Погребным [17, с. 188]. Исследователь также затронул дискуссионный вопрос о признании договора источником гражданского права. Кроме того, Р.А. Майданником в контексте рассмотрения общих вопро-



сов гражданского права были изучены подходы современников к проблематике договора и его места в системе источников [14, с. 330–331]. Вместе с тем определение места договора в системе источников гражданского права Украины до настоящего момента остается дискуссионным.

**Целью статьи** является исследование места гражданско-правового договора в системе источников гражданского права Украины. Основным методом проводимого автором исследования в пределах данной публикации был избран метод системного анализа.

#### **Изложение основного материала.**

Договор был основной правовой формой, в которой осуществлялся товарооборот и обеспечивалась хозяйственная жизнь еще в Древнем Риме. Римляне создали систему договоров, обеспечивавшую им надежную правовую основу для деловых отношений как между римскими гражданами, так и с иностранцами. Римское договорное право классического и постклассического периодов – результат длительного развития, вдумчивого анализа и отбора практики преторов. При этом многие виды договоров были не только реципированы средневековыми экономическими формациями, но и затем были приспособлены к иным типам производства и сохранились в современном праве отдельных европейских стран. Такая ситуация связана с тем, что договор, будучи результатом согласованного волеизъявления двух и более участников гражданских отношений, был тем единственным «законом», который на ранних этапах развития государственности определял поведение участников гражданских отношений. Не удивительно, что почти все исследователи договора не зависимо от того, к какому направлению правопонимания они относились, делали акцент именно на волевом характере договора и его направленности. Так, например, позитивист Г.Ф. Шершеневич определял договор как соглашение двух или больше лиц, направленное на установление, изменение или прекращение юридических отношений [20, с. 80]. Похожее определение договора приводил и сторонник природного подхода к праву Д.И. Мейер, который считал, что «договор (*contractus, pactum*) является соглашением двух или нескольких лиц, порож-

дающее право на чужое действие, имеющее имущественный интерес» [15].

Вместе с тем подход к договору, существовавший еще в римском гражданском праве, давал возможность рассматривать его с трех точек зрения: как основание возникновения правоотношений, как непосредственно правоотношение, возникающее из этого основания и, наконец, как форму, которую соответствующие правоотношения приобретают. Многозначное представление о договоре было представлено и в советской юридической литературе. Так, О.С. Иоффе обращал внимание на то, что договор может выступать 1) в качестве соглашения, то есть определенного юридического факта; 2) в качестве самого обязательства, которое возникает из такого соглашения; 3) в качестве документа, фиксирующего факт возникновения обязательства по воле его участников [11, с. 26].

Такой подход к изучению договора был широко представлен и в советской, и в постсоветской литературе [3, с. 73; 2, с. 296].

Сущность, а также значение гражданско-правового договора наиболее ярко проявляются в его функциях. Основная функция договора, определяющая его сущность и социальную ценность, заключается в том, что это – инструмент организации и функционирования товарного оборота [13, с. 258]. В целом, в литературе выделяют регулятивную, инициативную, программно-координационную, информационную, гарантийную, защитную функции гражданско-правового договора [12, с. 16; 16, с. 148].

Ст. 626 ГК Украины характеризует договор как юридический факт, поскольку в ней отмечено, что договором является договоренность двух или больше сторон, направленная на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. Однако по содержанию этого же кодекса термин «договор» употребляется и в других значениях.

ГК Украины заложил принципиально новую парадигму гражданско-правового договора. С.А. Погребной в связи с этим обратил внимание на то, что договор рассматривается ГК Украины, прежде всего, не как правовая сделка, правоотношения или документ, а как регулятор гражданских отноше-

ний. Причем такой статус договора закреплен в статье, размещенной законодателем в разделе I «Основные положения» ГК Украины, то есть в разделе, включающем общие, принципиальные предписания и подчиняющие себе не только все другие положения самого ГК Украины, но и нормы других актов гражданского законодательства Украины. В первую очередь имеется в виду ст. 6 ГК Украины, в соответствии с ч. ч. 1 и 2 которой стороны могут урегулировать в договоре гражданские отношения, не урегулированные актами гражданского законодательства. Однако весомее в названной статье является ч. 3, в соответствии с которой «стороны в договоре могут отступить от положений актов гражданского законодательства и урегулировать свои отношения на свое усмотрение». Более того, свобода договора признается ГК Украины одним из общих принципов гражданского законодательства Украины (п. 3 ст. 3 ГК Украины). Другими словами, договор рассматривается действующим ГК Украины как регулятор не только тех отношений, которые не урегулированы самим Кодексом, но и как способ замены участниками гражданских отношений государственного регулирования саморегулированием. Следовательно, договор в настоящее время выступает как регулятор договорных обязательственных гражданских отношений. Причем он является таким регулятором в любом случае, кроме случаев, которые прямо предусмотрены абз. 2 ч. 3 ст. 6 ГК Украины, в соответствии с которым стороны в договоре не могут отступить от положений актов гражданского законодательства при одном из следующих условий: когда в актах законодательства прямо указано на невозможность отступления от их положений; когда обязательность положений актов гражданского законодательства вытекает из их содержания – несоблюдение требований актов гражданского законодательства обуславливает ничтожность правовой сделки или когда обязательность положений актов гражданского законодательства вытекает из сути отношений между сторонами [17, с. 188].

Следует отметить, что большинство исследователей при изучении проблематики делают акцент на противопоставлении норм договора и нормы



закона. Так, например, И.С. Зыкин отмечает, что и при признании договора источником права нет оснований расширения на него характеристик, которыми в теории традиционно наделяется право, которое возводится, кстати, чаще всего в нашей доктрине лишь к нормативным актам. Принятие же расширенной концепции права, необходимое для объявления договора правом, не колеблет относительную самостоятельность таких правовых явлений, как закон и контрактное регулирование, не дает оснований для их смешивания» [10, с. 110–111]. Сторонником этой точки зрения был и В. М. Горшенев, который писал, что «в отличие от регулирования, осуществляемого на основе нормативных актов, являющееся определяющим, регулирование на основе актов применения и договоров является производным, дополнительным и с точки зрения юридической природы является как бы поднормативным» [4, с. 170–171].

Те ученые, которые противопоставляют договорное и нормативное регулирование гражданских отношений, относительно договорного регулирования употребляют разные термины: это и «поднормативное регулирование» (В. М. Горшенев), и «автономное регулирование» [1, с. 162], и «индивидуальное регулирование» [8, с. 411–412], и «ненормативное юридическое регулирование» [18, с. 62].

Анализируя проведенные другими учеными исследования проблематики, С.А. Погребной справедливо обратил внимание на то, что все они содержат выводы о том, что условия договора отличаются от правовой нормы, главным образом, двумя принципиальными особенностями. Первая связана с происхождением правил поведения: договор выражает волю сторон, а правовой акт – волю его принявшего органа. Вторая различает пределы действия того и другого правила поведения: договор непосредственно рассчитан на регулирование поведения только его сторон; для тех, кто не является сторонами, он может создать права, но не обязанности. В то же время правовой или иной нормативный акт порождает, в принципе, общее для всех и каждого правило, а любое ограничение круга лиц, на которых распространяет свое действие нормативный акт, им же и определяется. Указанные особенности

характеризуют именно гражданско-правовой договор. В договорах, в которых отмеченные особенности отсутствуют (публичные договоры), грань, отличающая его от нормативного акта, стирается [17, с. 188].

Саморегулирование является характерным для сферы частного права, которой в свою очередь свойственно регулирование всех имущественных и личных неимущественных отношений, основанных на юридическом равенстве, свободном волеизъявлении и имущественной самостоятельности субъектов. Действительно, сегодня механизм гражданско-правового регулирования не одномерен. Наряду с нормативным регулированием он включает в себя поднормативное, в том числе индивидуальное регулирование, то есть осуществляемые в установленных законом пределах волевые действия субъектов гражданского права по упорядочиванию своего поведения. Важнейшими средствами индивидуального регулирования являются договоры. Поэтому неудивительно, что большинство исследователей определяют место договора в механизме гражданско-правового регулирования, учитывая его регулятивное влияние на общественные отношения. С таких позиций договор выступает в качестве самостоятельного элемента механизма регулирования, располагающегося между нормами права и правоотношениями. По регулирующей силе договор находится в одном ряду с нормами права, но не может быть отнесен к нормативной основе отрасли, потому что, во-первых, установленные ими правила поведения, хотя и обязательны для участников конкретных отношений, но не являются общими для всех субъектов права, во-вторых, механизм формирования договорами прав и обязанностей другой, чем у норм права и, в-третьих, сам договор становится средством индивидуального регулирования в силу признания этого факта в нормах отрасли. Последний аргумент особенно иллюстрирует «нормативистскую традиционность» в подходе к легитимации источников права.

Вместе с тем еще М.М. Сибилевым было обращено внимание на то, что внешнее регулирование должно быть дополнено внутренним правовым регулированием (саморегулированием),

а существующий механизм правового регулирования нуждается в определенном реформировании, связанном как с изменениями характера самого регулирования, так и с местом договора в нем [19, с. 108]. Уже сегодня, по мнению Р.А. Майданника, гражданско-правовой договор можно рассматривать как источник гражданского права с учетом того, что нормативность условий договора заключается не в деперсонификации их адресатов, а в установлении правил, то есть вида и меры надлежащего поведения, не зависимо от того, на однократное или неоднократное применение конкретными или неконкретными субъектами они рассчитаны [14, с. 332]. Разделяя позицию указанных ученых, считаем необходимым обратить внимание на то, что отнесение социального регулятора к источникам гражданского права зависит от понимания исследователя. Несмотря на отказ от позитивизма как единственно правильного подхода к определению сущности и природы права, существенных изменений в гражданско-правовой доктрине с точки зрения системы источников права не произошло. Не последнюю роль в процессе торможения развития гражданско-правовой доктрины играет ориентация правоприменительного механизма на нормы действующего позитивного законодательства. Отсюда и консерватизм науки, что в совокупности приводит к тому, что осмысление природы отдельных институтов, в нашем случае – гражданского договора, производится с позиции формально отрицаемого позитивизма. Соответственно, все попытки осмысления системы источников права упираются в установление (подтверждение) регуляторной силы права, а, для гражданского договора увязываются с характерной и выверенной годами категорией «нормативности». Отсутствие нормативности приводит к невозможности отнесения договора к источникам права. Вместе с тем, если исследовать систему источников гражданского права с позиции естественного – правового – подхода к природе права, то ситуация принципиально меняется, поскольку отсутствие нормативности у источника (не признание его позитивным законодательством в качестве такого) не лишает его регулятивной силы.



**Выводы.** С учетом сегодняшнего уровня развития гражданско-правовой науки можно констатировать, что договор является универсальным юридическим средством (элементом) механизма правового регулирования. Это не только юридический факт, но и средство саморегуляции, а главное, – одна из форм выражения права. Для восприятия такого тезиса достаточно исходить из естественно-правового подхода к объяснению природы права и его происхождения. В таком контексте утрачивает принципиальное значение признание социального регулятора в качестве источника права законодателем, а также закрепление его в таком качестве действующим законодательством. Вместе с тем обновление подхода к системе источников права предполагает не просто реформирование правоприменительного механизма, который в современных условиях работает скорее в «законоприменительном» режиме, нежели «правоприменительном». Кроме того, он предполагает прежде осознание регуляторной силы источника как его естественного свойства, используемого на благо человека самим правоприменителем, а также участником гражданских отношений. С таких позиций договор становится основным источником регулирования поведения участников гражданских отношений, поскольку позволяет максимально учесть их волю в регламентации отношений между ними.

#### Список использованной литературы:

1. Алексеев С. Механизм правового регулирования в социалистическом обществе : монография / С. Алексеев. – М. : Юридическая литература, 1966. – 187 с.
2. Брагинский М., Витрянский В. Договорное право / М. Брагинский, В. Витрянский. – М., 1998. – Кн. 1 : Общее положение о договоре. – 682 с.
3. Вердников В., Кабалкин А. Гражданско-правовые формы товарно-денежных отношений : монография / В. Вердников, А. Кабалкин. – М. : Юрид. лит., 1970. – 224 с.
4. Горшенев В. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе : монография / В. Горшенев. – М. : Юридическая литература, 1972. – 258 с.
5. Довгерт А. Новий Цивільний кодекс як кодифікація приватного права / А. Довгерт // Українське право. – 1997. – № 3 (8). – С. 59–60.
6. Довгерт А. Система приватного права та структура проекту нового цивільного кодексу України / А. Довгерт // Українське право. – 1997. – № 1. – С. 26.
7. Довгерт А. Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. проф. А. Довгерта. – К. : Український центр правничих студій, 2000. – 336 с.
8. Загальна теорія держави і права : підручник / М. Цвік, В. Ткаченко, Л. Богачова та ін.; за ред. М. Цвіка, В. Ткаченка, О. Петришина. – Харків : Право, 2002. – 370 с.
9. Зобов'язальне право України : підручник / І. Безклубий, С. Бервенко, В. Васильєва [та ін.] ; [за ред. Є. Харитоновна, Н. Голубевої]. – К. : Істина, 2011. – 848 с.
10. Зыкин И. Внешнеэкономические операции: право и практика : монография / И. Зыкин. – М. : Международные отношения, 1994. – 304 с.
11. Иоффе О. Обязательственное право : монография / О. Иоффе. – М. : Юрид. лит.-ра, 1975. – 880 с.
12. Красавчиков О. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции : // Гражданско-правовой договор и его функции. – Свердловск : УрГУ, 1980. – С. 3–20.
13. Кулагин М. Избранные труды / М. Кулагин ; редкол. : В. Ем, Н. Козлова, С. Корнеев, Е. Кулагина, П. Панкратов, Е. Суханов. – М. : Статут, 1997. – 330 с.
14. Майданик Р. Цивільне право : Загальна частина : монографія / Р. Майданик. – К. : Алерта, 2012. – Т. I. Вступ у цивільне право. – 472 с.
15. Мейер Д. Русское гражданское право : В 2-х ч. / Д. Мейер. – Изд. 2-е, испр. – М. : Статут, 2000. – 831 с.
16. Олюха В. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система : дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / В. Олюха ; Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2003. – 174 с.
17. Погрібний С. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03 / С. Погрібний. – К, 2009. – 412 с.
18. Пугинский Б. Договор в новой системе хозяйствования / Б. Пугинский // Советское государство и право. – 1988. – № 11. – С. 51–58.
19. Сібільов М. Цивільно-правовий договір в механізмі правового регулювання суспільних відносин в сфері приватного права // Юридический вестник. – 2002. – № 3. – С. 108.
20. Шершеневич Г. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Г. Шершеневич. – М. : Спарк, 1995. – 556 с.