

### ДОГОВОРНОЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВО КАК ИНСТРУМЕНТ КООРДИНАЦИИ В ПРАВОВОЙ СФЕРЕ

Рассмотрение правовой сферы сквозь призму постулата правового плюрализма приводит к необходимости выявления и объяснения процесса правового регулирования и его соотнесения с проблемой правовой координации. Важнейшую роль здесь играет договорной акт, который выступает центральным звеном координации в правовой сфере, определяет ее механизм, эффективность и согласованность. В то же время недостаток внимания к договору как общеправовой категории в отечественной юриспруденции определяет парадоксальную ситуацию, когда изучение договора фактически ограничивается рамками его отраслевого рассмотрения.

Вопросам правовой природы, признаков и действия договоров посвящены работы А. В. Демина, В. В. Иванова, Н. В. Миронова, Н. Н. Пархоменко, Ю. А. Тихомирова. Нормотворчество как правовое явление изучалось И. И. Лукашук, А. В. Мицкевичем, А. С. Пиголкиным и рядом других ученых. В то же время следует отметить, что договорное правотворчество не рассматривалось в качестве средства координации в правовой сфере.

Координацию в правовой сфере можно понимать как форму необходимого согласия — компромисса, при котором стороны устанавливают модель правового поведения и ее регуляцию, которая будет действовать с целью достижения взаимовыгодных интересов.

Необходимо обозначить, что предложенное понимание компромисса в правовой сфере предполагает формирование определенных правовых нормативов, с согласованным договорным содержанием. Данные правовые установления могут иметь индивидуальное и нормативное наполнение. Договоры с индивидуальным содержанием являются, на наш взгляд, более изученными в рамках рассмотрения отраслевой проблематики, учитывая это, акцент исследовательского интереса следует перенести на рассмотрение договоров с нормативным содержанием. Из всех определений понятия нормативного договора, предложенных в юридической науке, наиболее правильным является определение А. В. Демина: «Нормативный договор можно определить как договорный акт, устанавливающий правовые нормы (правила поведения), обязательные для многочисленного и формально неопределенного круга лиц, рассчитанный на неоднократное применение, действующий независимо от того, возникли или прекратились предусмотренные им конкретные правоотношения» [1, 84].

По нашему мнению, любой договор есть правовой акт, в котором на основании принципа взаимной ответственности отобразено согласованное волеизъявление субъектов права о желаемом регулировании правоотношений между ними. Опираясь на такое понимание природы договора, считаем нужным дополнить это определение. Нормативный договор — это совместный правовой

акт, виражающий согласованные волеизъявления субъектов правотворчества, направленный на установление правовых нормативов для формально неограниченного круга лиц. Сам термин «нормативный договор» предполагает исследование договора как акта правотворчества, акта, устанавливающего определенное нормативное поведение его участников.

Общее определение понятия и признаков правовых норм как нормативных установлений и нормативных предписаний является ключом для понимания природы договорных нормативных установлений и договорных нормативных предписаний. Нормативные договоры содержат правила поведения, регулирующие поведение не столько непосредственно участников договора, сколько иных коллективных и индивидуальных субъектов. Здесь важен тезис о множественности и неопределенности субъектов нормативных договоров, расчёт на их длительное действие и неоднократное применение [2, 18]. Заметим, что договорные нормы представляют собой вид правовых нормативов и обладают всеми соответствующими свойствами и признаками.

С другой стороны, следует выделить специфический признак договорной нормы, детерминированный самой природой договорных правовых актов как актов волеизъявления. Дело здесь даже не столько в том, что установление нормативов совместно осуществляется несколькими (как минимум двумя) субъектами правотворчества, сколько в обособленности, самостоятельности их нормоустановительных волеизъявлений и в этом состоит специфика договорных норм.

Таким образом, признаки договорных нормативных предписаний отличны от принципов законодательных предписаний. Однако, учитывая современное правопонимание, конфликта в терминологии не происходит. В договорных актах-документах употребляются обороты «стороны договорились», «стороны условились», «стороны обязуются» и т. п. Таким образом внешне проявляется согласительная природа договорных нормативных установлений.

Установление (создание, санкционирование, изменение, отмена) правовых нормативов охватывается понятием — правотворчество. По своему фактическому содержанию правотворчество представляет собой систему организационно-процессуальных действий. В этой связи А. С. Пиголкин в свое время предложил более конкретные определения — «правотворческая деятельность» и «правотворческий процесс» [3, 6].

В отечественной общетеоретической юриспруденции правотворчество обычно понимают как деятельность государства по установлению правовых норм, независимо от того, каким путем происходит такое установление. Представляется, что связывать правотворчество исключительно с деятельностью государства не совсем верно. Правотворчество — это система организационно-процессуальных действий субъектов права (государственных и негосударственных), направленная на установление (создание, изменение, отмену) правовых нормативов. Необходимо также сказать, что правотворческая деятельность осуществляется в формах и способами, обеспечивающими результативность этого правового процесса.

Традиційно виділяють чотири основні форми правотворчої діяльності: а) неопосередковане державне правотворчество; б) референдумне правотворчество; в) санкціоноване недержавне правотворчество; г) спільне правотворчество державних і недержавних суб'єктів.

Що стосується способів правотворчої діяльності, то можна назвати законотворчество, підзаконне правотворчество, прецедентне правотворчество (судебне, адміністративне) і договірне правотворчество [4, 77]. Договори не тільки встановлюють права і обов'язки сторін, але можуть бути направлені на встановлення правових нормативів, якими зобов'язуються підкорятися їх учасники.

Необхідно відзначити, що дана диспозитивна модель правового регулювання і оснований на ній договірний спосіб правотворчества, в межах сучасних уявлень про правовий контрактизм набуває все більше сторонників. Подібний універсалізм несомнісно ускладнює вивчення природи договірної правотворчої діяльності. Неудивительно, що до сих пор комплексні дослідження по загальнотеоретическим питанням договірної правотворчої діяльності відсутні. Разом з тим опубліковано багато робіт по проблемам правотворчества в окремих галузях права. В частині, достатньо детально описано договірний нормотворчий процес в міжнародному праві. Навіть найповерховніший аналіз змісту правотворчого процесу в міжнародному, державному, адміністративному, трудовому праві показує, наскільки різними бувають практикувані правотворчі процедури. При цьому, звичайно, на специфіку самих форм правотворчества накладається ще і галузева специфіка.

Тем не менше, сформулювати загальне визначення договірної правотворчої діяльності можливо. Якщо правовий акт, що представляє собою оформлення вираження узгоджених волевищів, встановлює узгоджені правові нормативи, то сам процес встановлення також потрібно охарактеризувати, роблячи акцент на його узгоджувальній природі. Звідси випливає, що найбільш близьким синонімом (договірної правотворчої діяльності) буде «узгоджувальне правотворчество».

В загальному плані можна виділити три стадії договірної правотворчої діяльності: а) підготовка і узгодження проекту договору; б) підписання договору; в) введення договору в дію.

Підготовка і узгодження проекту договору — перша стадія договірної правотворчої діяльності. Ініціатива підготовки проекту договору може бути висунута як одним, так і декількома суб'єктами передбачуваного договору. Розробка початкового тексту проекту також може бути виконана однією з сторін самостійно, але більш продуктивною представляється все ж спільна розробка. Чим більш відповідально суб'єкти віднесуться до узгодження взаємних позицій, і їх втіленню в словесні, формулювання тексту проекту, тим більше ймовірно, що їх бажана модель втілиться в формальні встановлення, які не будуть в подальшому предметом розв'язання конфлікту волі і волевищів сторін після підписання договору. Тем більше

что конечный вариант проекта в любом случае будет выработан на основе различных согласительных процедур (консультаций, переговоров и т. п.), и будет нуждаться в его правильном закреплении.

На стадии заключения договора происходит подписание соответствующих документов, что является выражением согласия, достигнутого сторонами договора. Возможны и другие формы выражения согласия — к примеру, обмен документами, образующими договор (в международном договорном правотворчестве).

Третья стадия договорного правотворчества — введение договора в действие — включает различные процедуры, совершаемые с уже заключенными договорами для вступления их в юридическую силу: ратификация, утверждение, принятие — для международных договоров; ратификация, регистрация — для отдельных видов внутригосударственных договоров и т. п., а также официальное опубликование или иные способы доведения содержания его норм до адресатов.

Н. Н. Пархоменко приводит три случая действия договора как источника права: а) межгосударственные отношения; б) централизация государства — «договоры между родами, племенами, общинами, сословиями, суверенами»; в) «при сильно развитой государственной власти и упрочившейся монополии государственного законодательства» предусматриваемые диспозитивными законодательными нормами возможности для субъектов права определить свои отношения взаимным соглашением [5, 67–68]. Хотя в последнем случае и можно говорить об использовании договора при санкционированном негосударственном правотворчестве, нам представляется, что ограничивать случаи действия договора как источника права конкретными количественными рамками вряд ли уместно.

Специфика договорного правотворчества, определяющаяся характером договорного акта как оформления выражения согласованных волеизъявлений субъектов права, актуализирует вопрос о классификации нормативных договоров по составу субъектов. Здесь можно выделить равностатусные и разностатусные (неравностатусные) договоры. Первые заключаются между субъектами права, обладающими формально или фактически равным правовым статусом: между государствами, между субъектами федеративных государств, между государственными органами. Вторые — между субъектами права, изначально неравными по своему статусу: между федеративным государством и его субъектом, между субъектом федеративного государства и муниципальным образованием, между государственным органом и профессиональными союзами и т.п.

В качестве оснований классификационного разграничения также возможно использование различных критериев, отражающих те или иные аспекты действия договорных актов. По предметному действию нормативные договоры можно разделить на учредительные (Соглашение о создании СНГ 1991 г.), статусно-компетенционные (Устав ООН 1945 г.), процессуальные (Венская конвенция о праве международных договоров 1969 г.) и т. п., в зависимости от того, какой именно аспект деятельности тех или иных субъектов права регули-

руется нормами договоров. Но данная классификация предельно условна, поскольку договором, как и любым иным нормативным актом, могут быть одновременно установлены и нормы-правила, и учредительные нормы, и организационно-компетенционные нормы и т. д.

При изучении нормативных договоров и договорного правотворчества важной является проблема соотношения нормативного договора и нормативного правового акта, а в широком смысле договора и закона.

Существует позиция в рамках которой представляется, что по соглашению сторон может быть установлена такая норма, которая прямо противоречит закону, если все высшие учреждения, которые имеют право возражать против подобных соглашений, молчаливо в них участвуют или на них соглашаются, то эта норма будет действовать и будет иметь силу не только в том случае, для которого она специально создана, но и на будущее время. Такая позиция является актуальной для конституционного права, когда договор рассматривается как экстраординарная форма установления правовых нормативов. То есть, по сути, характеризует независимость договора.

Следует обратить внимание на концепцию Ю. А. Тихомирова, однажды назвавшего закон «отцом договора» [6, 29], договор предстает зависимым правовым актом. Закон, по мнению указанного автора: а) признает договор как нормативно значимый способ регулирования общественных отношений в разных сферах государственной и общественной жизни; б) определяет «договорное поле», то есть типологию вопросов, для регулирования которых используются договоры или, напротив, где использование договоров нежелательно; в) допускает договорное регулирование за пределом сферы собственно законодательного регулирования; г) устанавливает конкретные виды и формы договоров; д) вводит процедуры заключения договоров, их признания, исполнения; е) вводит судебную защиту прав и интересов партнеров по договорам в суде.

Тезис о «зависимости» нормативных договоров от законов находит подтверждение на примере международных договоров.

В государствах существуют разные порядки взаимодействия международного и внутреннего права, и во всех случаях они определяются правом страны. В теории международного права принято выделять три основных подхода к рассмотрению соотношения юридической силы законов и международных договоров, закрепляемых в конституциях и законах государств: а) установление примата международного договора над внутригосударственным законом (Украина); б) установление примата внутригосударственного закона над договором (Ирландия); в) признание равной юридической силы закона и договора (США).

Однако в практике большинства государств в случае коренной коллизии договора и закона «последнее слово» всегда остается за законом [7, 157]. Ведь в случае расхождения с нормой закона договорная норма не отменяет ее, а делает из нее исключение для отдельного случая, — например, расширяет или ограничивает права граждан одного государства в области торговли по сравнению с правами граждан другого государства, предусмотренными законом. Но

для всех остальных случаев законодательная норма сохраняет свою силу. Конечно, возможны ситуации, когда договорная норма делает законодательную норму неприменимой во всех случаях, но тогда речь будет идти о неприменимости нормы, но не об ее недействительности или отмене. С прекращением действия договора (договорной нормы), законодательная норма вновь применяется. Следует отметить, что в современных условиях наметились разнонаправленная динамика в понимании данных процессов. И. И. Лукашук в этой связи полагает более правильным говорить о приоритете применения договорных норм, а не об их примате. Он также считает, что в таких случаях приоритет договора носит, по сути, характер приоритета специального закона перед общим законом (*lex specialis*) [8, 42–43].

И. П. Блищенко была предложена концепция, согласно которой ратификация придает международному договору силу национального закона [9, 224]. Не признавая существования каких-либо абсолютных границ между международным и внутригосударственным правом и утверждая, что на территории государства может быть только один законодатель, указанный автор предлагал разрешать коллизии между нормами ратифицированных международных договоров и законодательными нормами (как нормами равной силы в их действии на территории государства) с применением принципа *lex posterior derogat priori* (новый закон отменяет предыдущий). Можно согласиться с тем, что ратификация, то есть выражение согласия государства на обязательность для него договорных норм путем принятия специального законодательного акта, есть своего рода признание договора национальным законом. Однако говорить о таком признании следует с известной долей условности. После ратификации договор остается договором по сути и по содержанию, а законом не становится. Он применяется наравне с законом, он может иметь приоритет перед законом, но лишь на основании акта ратификации, а также конституции и законов, регулирующих международные договорные отношения государства. Ратифицированный договор не есть «новый закон», это акт, имеющий силу закона на основании закона. Что касается тезиса об отмене действия предыдущего закона, то нам представляется более правильной позиция И. И. Лукашука, считающего возможным говорить лишь о неприменимости законодательных норм, расходящихся с договорными.

В то же время, имеет смысл говорить об обратной связи договорного и законодательного нормотворчества. Особенно ярко это проявляется в сфере международного и конституционного права. Влияние договорных норм иногда предопределяет развитие всей системы нормативно-правовых актов. В частности, ратификация Украиной Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод привела к принятию Закона Украины «Об исполнении решений и применении практики Европейского Суда по правам человека».

Можно заключить, что договорное нормотворчество является весомым инструментом координации в правовой сфере, поскольку устанавливает нормы, возникающие не как веление односторонней воли законодателя, а как результат согласия — правового компромисса. В то же время нельзя идеализи-

ровать договор. В международно-правовой сфере нередки случаи игнорирования государствами положений договоров, участниками которых они являются. Главнейшими недостатками договора в этой связи можно считать его подверженность конъюнктурным основаниям толкования, наличие института оговорок, который позволяет одной из договаривающихся сторон определять случаи действия договорных нормативов, иных негативных посылов, влияющих на выполнение его условий. Однако это еще раз подчеркивает необходимость дальнейшей разработки указанной контрактивистской проблематики с целью устранения возможных конфликтов и дальнейшего расширения использования воле-согласованных источников права, с целью более качественной координации в правовой сфере.

### Литература

1. Демин А. В. Общие вопросы теории административного договора : монография / А. В. Демин. — Красноярск : Краснояр. гос. ун-т, 1998. — 98 с.
2. Демин А. В. Нормативный договор как источник административного права // Государство и право. — 1998. — № 2. — С. 15–24.
3. Пиголкин А. С. Теоретические проблемы правотворческой деятельности в СССР : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / А. С. Пиголкин. — М., 1972. — 31 с.
4. Оборотов Ю. Н. Теория государства и права (прагматический курс) : экзаменационный справочник / Ю. Н. Оборотов. — О. : Юрид. л-ра, 2006. — 184 с.
5. Пархоменко Н. М. Договір у системі джерел українського права : дис. ... канд. юрид. наук / Н. М. Пархоменко. — К., 2006. — 211 с.
6. Тихомиров Ю. А. Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение. — 1990. — № 5. — С. 27–35.
7. Миронов Н. В. Соотношение международного договора и внутригосударственного права // Советский ежегодник международного права. — 1963. — С. 155–167.
8. Лукашук И. И. Нормы международного права в правовой системе России : учеб.-практ. пособие / И. И. Лукашук. — М., 1997. — 212 с.
9. Блищенко И. П. Международное и внутригосударственное право / И. П. Блищенко. — М. : Изд-во юрид. лит., 1960. — 224 с.

### Аннотация

**Юдин З. М.** Договорное нормотворчество как инструмент координации в правовой сфере. — Статья.

В статье предложено понимание договора как средства координации в правовой сфере. Сформулировано определение координации в правовой сфере. Уточнены признаки и понятие нормативного договора, определены виды, сферы и стадии договорного нормотворчества. Показано соотношение между договорным и законодательным нормотворчеством.

*Ключевые слова:* договорный акт, нормативный договор, координация в правовой сфере, договорное нормотворчество.

### Анотація

**Юдин З. М.** Договірна нормотворчість як інструмент координації в правовій сфері. — Стаття.

У статті пропонується розуміння договору як засобу координації в правовій сфері. Сформульовано визначення координації в правовій сфері. Уточнено ознаки та поняття нормативного договору, виділено види, сфери та стадії договірної нормотворчості. Показано співвідношення між договірною та законодавчою нормотворчістю.

*Ключові слова:* договірний акт, нормативний договір, координація в правовій сфері, договірна нормотворчість.

### Summary

*Yudin Z. M. Contractive Norm-Making as an Instrument of Coordination in the Legal Sphere.* — Article.

The notion of a contract as the measure of coordination in the legal sphere is proposed. The notion of coordination in the legal sphere is formulated. The features and notion of a normative contract are corrected. The types, spheres and stages of contractive norm-making are defined. The correlation between contractive and legislative norm-making is shown.

*Keywords:* Treaty Act, normative contract, coordination in legal sphere, contractive norm-making.

УДК 340.12:165.745

*О. М. Ноздрін*

### ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВОВОГО ЖИТТЯ: ФІЛОСОФСЬКИЙ АСПЕКТ

Однією з особливостей розвитку сучасної філософії права є її орієнтованість на дослідження не абстрактного суб'єкта права, а конкретної форми реалізації правосуб'єктності, на виявлення в схемах реалізації нормативності даності культури та соціального досвіду. Необхідність дослідження права як соціального процесу, що відбувається в принципово «відкритому» життєвому світі, вимагає розробки синтетичних категорій, які б конкретизували процесуальні компоненти в праві. Так, на думку В. В. Дудченко, право — не просто абстрактний комплекс норм, а «жива» і «реальна» складова соціального і економічного устрою суспільства [1].

Останнім часом у філософській і правознавчій літературі з'явилася ціла «колекція» таких понять: «правове життя», «буття права», «правове середовище», «правова дійсність», «правова реальність», «правова комунікація» і т.д.

Здається, що найбільш перспективним у цьому ряді понять є поняття «правове життя», оскільки воно, з одного боку, відбиває закономірне та випадкове, а з іншого, явні й сховані процеси в праві, тобто всю сукупність проявів права в суспільстві. У філософській і правознавчій літературі, присвяченій дослідженню поняття правового життя, переважають позитивістські трактування та прагнення виявити понятійну визначеність [2].

Звернення до життя як до феномена культури та історії обумовлене, по-перше, необхідністю збагнення споконвічного досвіду сприйняття реальності й виявлення безпосереднього, дорефлексивного знання, що передуює поділу на суб'єкт і об'єкт; по-друге, усвідомленням недостатності, неповноти абстракції чистої свідомості — логічної конструкції, в остаточному підсумку, що позбавляє людину, що пізнає, тих зв'язків, які з'єднують її з реальним світом. Звертання до феномена життя припускає розширення сфери раціонального, введення нових його типів і відповідно понять та засобів концептуалізації, а також принципів переходу ірраціонального в раціональне [3].

Подібні настанови прослідковуються у твердженнях М. М. Алексеєва: «Але той, хто людське суспільство мислить на зразок деякого правового порядку,