

УДК 347

А.А. Орозалиева

Кандидат юридических наук, Кыргызский национальный университет имени Ж. Баласагына,  
Кыргызская Республика, г. Бишкек  
e-mail: aorozalieva@yahoo.com

### О юридической природе договора

В статье рассматриваются теоретические вопросы договора, юридическая природа договора, признаки договора. Договор – это соглашение двух или нескольких лиц, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских правоотношений. Договоры принято считать разновидностью сделок, к договорам применяются правила о двух- и многосторонних сделках. Только двухсторонняя или многосторонняя сделка, в которой происходит взаимное согласование волеизъявления двух или более лиц, будет договором.

**Ключевые слова:** договор, соглашение, воля, свобода договора.

А.А. Orozalieva

#### On the legal nature of the contract

This article discusses the theoretical issues of the contract, the legal nature of the contract, signs the contract. Agreement – is an agreement between two or more persons, aimed at the establishment, modification or termination of civil relations. Contracts is considered to be a kind of deals, and agreements on the rules of bilateral and multilateral transactions. Only bilateral or multilateral transaction in which there is mutual agreement of expression of two or more persons will contract.

**Key words:** contract, agreement, will, freedom of contract.

А.А. Орозалиева

#### Мәміле заң табиғаты туралы

Мақалада теоретикалық мәміле сұрақтары, мәміле түрлері, мәміле белгісі, заң табиғаты қарастырылады. Мәміле – азаматтар мен заңды тұлғалардың азаматтық құқықтары мен міндеттерін белгілеуге, өзгертуге немесе тоқтатуға бағытталған әрекеттері. Азаматтық құқықта мәмілелер көп, сондықтан да оларды жіктеу қажет. Мәмілелерді түрлерге бөлу бірнеше белгілер бойынша жүргізіледі. Сонымен, мәміле дегеніміз – тараптардың азаматтық құқықтар мен міндеттерді белгілеуге, өзгертуге және тоқтатуға бағытталған әрекеттері. Екі жақты немесе көп жақты жасалған мәміле шарт деп аталады.

**Түйін сөздер:** шарт, келісім, бостандық, шарт еркіндігі.

В исторических правовых источниках «договор является соглашением двух или нескольких об одном и их согласиём» [1, с. 257].

В работе Ю. Барона «Система римского гражданского права» договор охарактеризован как соглашение двух или нескольких сторон о возникновении, прекращении, сохранении, изменении какого-либо права» [2, с. 106-107]. В законодательстве стран Европы договор всегда был представлен соглашением, в частности, такое определение имеется Гражданском кодексе Франции [3, с. 432]. Г.Ф. Шершеневич также

рассматривал договор через соглашение воли двух или более лиц, направленное к установлению, изменению или прекращению юридического отношения [4, с. 502]. Не менее известное определение Б. Новицкого и Л.А. Лунца об обязательствах, когда договор можно определить как соглашение двух или нескольких (граждан или юридических) лиц об установлении, изменении или прекращении каких-либо прав и обязанностей [5, с. 95].

В юридической энциклопедии «Договор – соглашение двух или большего числа лиц об

осуществлении определенных действий и установлении регулирующих такие действия взаимных прав и обязанностей, исполнение которых обеспечивается возможностью государственного организованного принуждения» [6, с. 263].

В учебнике «Гражданское право Кыргызской Республики» (Бишкек. 2010) под редакцией члена-корреспондента НАН КР Ч.И. Арабаева договор определен как соглашение, выражающее согласованную волю сторон для возникновения гражданских прав и обязанностей на достижение определенной цели.

В Гражданском кодексе КР в статье 381 договор определяется через соглашение. Это определение выводится через ближайший род и видовое отличие. Ближайшим родовым понятием к понятию «договор» выступает понятие «соглашение», а видовым отличием является признак, выражающийся словами «об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей».

На наш взгляд, понятия «договор» и «соглашение» тождественные. У них один и тот же предмет. В доказательство этому, в Словаре русского языка И. Ожегова «договор» и «соглашение» толкуются одинаково и являются синонимами [7, с. 263]. Также в Русско-кыргызском толковом словаре юридических терминов и понятий «договор» (келешим) и «соглашение» (макулдушуу) используются как синонимы [8, с. 170, 627]. Таким образом, равнозначными являются понятия «договор» и «соглашение».

В статье 5 ГК КР термин «соглашение» употребляется «в случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 статьи 1 ГК КР отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон и отсутствует применимый к ним обычай делового оборота, к таким отношениям, если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона)». В этой норме термин «соглашение» имеет значение, тождественное договору. И если бы в этой норме соглашение заменить на договор, то ее юридический смысл не изменился бы. При желании в отдельных случаях можно установить, почему законодатель использует термин «соглашение», а не «договор».

Так, если между сторонами уже существуют договорные отношения, то другие, связанные с ними, договоры законодатель именуется соглашениями (например, соглашение об изменении и

расторжении договора – п. 1 статьи 411 ГК КР). Вместе с тем не имеется каких-либо установлений в употреблении термина «соглашение», каких-либо значимых признаков соглашений, отличающих их от договоров, которые, в свою очередь установить невозможно, так как их попросту нет. Таким образом, законодатель не делает различия между договорами и соглашениями, и фактически уравнивает эти понятия.

Договор в законодательной практике европейских стран определялся как вид соглашения, при котором согласие двух или нескольких лиц, направлялось на установление между ними обязательства либо на прекращение или изменение возникшего ранее обязательства, а под договором тот вид соглашения, который направлялся на возникновение обязательства [9, с. 4]. Такой взгляд на соотношение договора и соглашения не однозначно был воспринят цивилистической наукой. Тем более он неприемлем сейчас, когда легальное определение относит к договорам соглашения, направленные как на возникновение, так и на изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей (статья 381 ГК КР).

Попытку соподчинить договор и соглашение как вид и род сделал М.И. Брагинский, определив, что объемы понятий «договор» и «соглашение» не всегда совпадают. Если договор – это соглашение, то не всякое соглашение представляет собой договор» [10, с.116]. Однако аргументировать этот тезис ему не удалось, так как в явное противоречие с этим тезисом вступило утверждение другого автора «совершенная в виде соглашения, тем самым может быть только договором» [11, с.116]. Отсюда следует, что понятия договор и соглашение в гражданском праве идентичны, а стало быть, определение договора через соглашение не верно, как отмечает ряд ученых. По их мнению, оно приводит к неверному представлению о логическом соотношении договора и соглашения как вида и рода. Определение договора через соглашение дезориентирует относительно юридической природы договора. Если законодательное определение относит договор к роду соглашений, то уместно предположить, что договор по своей юридической природе является соглашением (юридическим соглашением).

Одной из важнейших функций доктринального определения какого-либо правового феномена является отражение юридической природы этого феномена. Это предположение не проясняет

юридическую природу договора, поскольку соглашение не занимает определенного особого места в системе явлений гражданского права и права вообще, кроме того, соглашение занимает в гражданском праве то же место, что и договор.

Как уже ранее отмечалось, соглашение и договор суть равнозначные явления в гражданском праве. С другой стороны, определение договора через соглашение не вполне согласуется с принципиальными положениями статьи 172 ГК КР и теории гражданского права, согласно которым гражданско-правовые сделки подразделяются на два вида: односторонние сделки и двух- или многосторонние сделки (договоры). Из них следует, что договор является видом сделки, причем понятие гражданско-правовой сделки является ближайшим родом по отношению к понятию гражданско-правового договора. Относя договор к роду сделок, статья 172 ГК КР, тем самым законодательно определила правовую природу договора как сделки.

Понятие сделки в отличие от понятия соглашения занимает в гражданском праве свое определенное место, причем такое же значительное, как другие категории (закон, правовая норма, гражданское правоотношение). Поэтому прослеживается непоследовательность законодателя, сначала в статье 172 ГК КР, отметив договор как разновидность сделки, а затем в статье 381 ГК КР, определив договор через соглашение. Если законодатель сам назвал сделку ближайшим родовым понятием договора, то логично было бы и развернутое легальное определение договора дать через понятие сделки. Полагаем, что законодатель осознал означенную непоследовательность, но все же отдал дань традиционному определению договора.

Вопрос об определении соглашения юридическая наука практически не исследует. В юридической литературе были высказаны различные точки зрения на то, что есть соглашение вообще. По мнению И.Б. Новицкого, оно представляется, как «выражаемая каждой из сторон воля, соответствующая одна другой так, что можно признавать, что в договоре выражается согласованная воля сторон».

М.К. Сулейманов, Б.В. Покровский, В.А. Жакенов отмечают, что «договор – общий волевой акт его сторон» [12, с. 55]. Однако М.И. Брагинский, В.В. Витрянский предложили свети представления о договоре к двум вариантам. Так, согласно одним представлениям, необходи-

мо акцентировать внимание на сущности (согласии воль сторон), согласно другим – на внешней форме, которую соглашение принимает (имеется ввиду единый волевой акт) [13, с.17].

По нашему мнению, договор является соглашением сторон, а соглашение по внешней форме представляет собой волевой акт, т.е. волеизъявление, результат волевого процесса. Еще римские юристы отмечали, что «без соглашения (consensus) вообще не может быть договора» [14, с. 295].

Волевой момент в соглашении основной, поэтому необходимо, чтобы в договоре была выражена воля сторон. Именно этот элемент выражает соглашение сторон договора. «Соглашение – это согласие, совпадение воль сторон, направленных на одну цель» [1, с. 3]. Совпадение воль сторон не говорит об их тождестве. Основным признаком соглашения является согласие воль сторон. Это утверждение подтверждается существующими в литературе определениями договора. Я.М. Магазинер определил следующее «договор есть согласие по крайней мере двух воль, направленных на тот или иной правовой результат» [1, с.112].

В свою очередь, Р.О. Халфина указывала, что договор есть «соглашение сторон, их согласованное волеизъявление, направленное на достижение правового результата» [17, с. 127]. По мнению Д.И. Мейера, единства воли недостаточно, «бытие договора начинается лишь с момента соглашения воль». Согласно данной точке зрения необходимо, чтобы согласие воль субъектов было одновременным.

В научной литературе встречаются две основные точки зрения о согласованности воль. Сторонники первой точки зрения придерживаются мнения, что воли субъектов, заключающих договор, путем слияния нескольких воль образуют единую общую волю, которая выражается в форме совместных волеизъявлений субъектов права. Г. Гегель считает что «сферу договора, составляет не только субъективная воля, но и другая воля, следовательно, некая общая воля. Определение этой воли в договоре остается, но в общности с некоей другой волей. Признавая существование в договоре общей воли, он также отмечает, что «в этом тождестве воль содержится также и то, что каждая воля есть и остается не тождественная другой, для себя своей волей то, в чем необходимость понятия реальна, есть единство воль».

Сторонники другой точки зрения в частности Д.И. Мейер считают, что в договоре происходит не слияние воли, а их согласование, воли субъектов остаются обособленными и выражаются в форме односторонних единоличных волеизъявлений субъектов. «Если нет такого момента, то и нет договора, потому что каждая воля существует отдельно, не совпадая с другой» [18, с. 511].

На наш взгляд, следует придерживаться именно данной точки зрения. После согласованности воли мы можем говорить о том, что стороны достигли соглашения между собой. Автономия воли или свобода воли участников договорных отношений предполагают свободу договора, которая является одним из наиболее важных принципов, начал частного права. Участники частноправовых отношений, опосредованных договором, свободны относительно того, вступать им в договорные отношения или нет, с каким именно контрагентом, на каких условиях, в случае, не противоречия законодательству [19, с. 66].

Так, благодаря тому, что в основе гражданского законодательства лежат диспозитивные

нормы, субъекты гражданского права могут реализовывать свою правоспособность по своему усмотрению, приобретать субъективные права или не приобретать их, выбирать конкретный способ их приобретения, регулировать по своему усмотрению содержание правоотношения, субъектами которого они являются, распоряжаться принадлежащими им субъективными правами, прибегать или не прибегать к мерам защиты нарушенного права [20, с. 23].

Таким образом, говоря о свободе договора, необходимо говорить о свободе волеизъявления участниками договорного отношения. Наличие свободы воли в договоре предполагает не только свободное вступление в договорные отношения субъектами частного права, но и свободное волеизъявление по поводу определения условий договора. Вместе с тем, применительно к договору в сфере частного права уместно скорее говорить не о соглашении, а о согласии как соглашении сторон, участников договора по всем существенным вопросам будущего договорного отношения.

#### Литература

1. Дигесты Юстиниана: Избранные фрагменты в переводе и с примечаниями И.С. Перетерского / Отв. ред. Е.А. Скрипилев. М.: Наука, 1984. – С. 60 (D.2.14.1.2); Дигесты Юстиниана. Т. 1. Пер. с лат.; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут, 2002. – С. 257.
2. Ю. Барон. Система римского гражданского права. – М., 1898. – С.106, 107
3. Code Napoleon. Edition originale et senle officielle. – Paris: De L' imprimerie Imperial. 1808. – 432 s.
4. Г.Ф. Шершеневич. Учебник русского гражданского права. — Изд. 10-е. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1912. – С. 502. См. также: В. Нечаев. Договор // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. – СПб., 1893. Т. ХА(20). – С. 847, 848.
5. И.Б. Новицкий, Л.А. Лунц. Общее учение об обязательстве. – М.: Госюриздат, 1950. – С.95; М.Ф. Казанцев. Докторская диссертация. Концепция гражданско-правового договорного регулирования. Екатеринбург.2008.
6. Б.И. Пугинский. Договор // Российская юридическая энциклопедия / Под ред. А.Я. Сухарева. М.: Изд. дом «Инфра-М», 1999. – С. 263.
7. С.И. Ожегов. Словарь русского языка. – Изд. 8-е, стереотип. М.: Сов. энциклопедия, 1970. – С. 165, 732165, 732; Словарь русского языка. В 4 т. / Под ред. А.П. Евгеньевой. – Изд. 3-е, стереотип. М.: Рус. яз. – Т. 1. – 1985. – С. 415; Т. 4. – 1988. – С. 179; Словарь синонимов русского языка: В 2 т. – Л.: Наука, 1970. – Т. 1. – С. 293,294.
8. Русско – кыргызский толковый словарь юридических терминов и понятий. Бишкек. 2006.- С. 170, 627.
9. Pothier. Traite des obligations. Oeuvres de Pothier, contenant les traits du francais. – P., 1824. – Т. I. – С. 4.
10. М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Договорное право: Общие положения. – М.: Статут, 1997. – С. 116.
11. Там же.
12. М.К. Сулейманов, Б.В. Покровский, В.А. Жакенов. Договор в народном хозяйстве: вопросы общей теории. Алма-Ата, 1987. -С. 55; Ю.И. Гревцов. Очерки теории и социологии права. – СПб.: Лига-Разум, 1996. – С. 147.
13. М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Договорное право Кн. 2. – С. 17.
14. И.Б. Новицкий, И.С. Перетерский. Римское частное право: учебник. – М.: Новый Юрист, 1997. – С. 295.
15. В.А. Ойгензихт. Воля и волеизъявление: очерки теории, философии и психологии права. Душанбе, 1983. – С. 3.
16. Я.М. Магазинер. Общая теория права на основе советского законодательства//Правоведение. 1998. №4. – С. 112
17. Р.О. Халфина. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1954. – С. 127.
18. Д.П. Мейер. Русское гражданское право. – С. 511.
19. С.С. Алексеев. Право: азбука-теория-философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. – С. 66.
20. С.Н. Братусь. О предмете советского гражданского права// Советское государство и право. 1940. № 11. – С. 23.