

ВВЕДЕНИЕ

В.В. Лазарев

В монографии рассматриваются отраслевые вопросы, относящиеся к заключению договора и его роли в решении многообразных социально-экономических проблем. Акцент делается скорее на юридической стороне дела, на инструментально-правовой ценности договора. И здесь спрос на договор велик, а в перспективе демократического развития общества и государства он будет неуклонно возрастать.

На первое место выдвигаются проблемы международных договоров и их соотношения с Конституцией РФ и внутренним законодательством, по отношению к которому конституционно закрепляется первенство международных договоров. В связи с этим логично рассматривать затем договоры в конституционном праве.

Большая часть издания посвящена типам и видам договоров в гражданском праве России, однако интерес для компаративистов представляет и исследование современных тенденций развития договорного права в отдельных зарубежных государствах. В цивилистическом разделе представлен материал о совершенствовании договорного регулирования, о договоре как средстве легитимации способа защиты и возможного ограничения гражданских прав, о балансе публичных и частных, финансовых и иных интересов в разного рода контрактах.

Продолжают оставаться актуальными вопросы земельно-правового регулирования, договорных способов регулирования водопользования, проблемы развития договорных отношений в области обращения с отходами.

Неординарна в сравнении с классическими представлениями постановка вопроса о договорных формах в уголовном праве и уголовном процессе (гл. 7).

Следует определить некоторые реперные точки исследования по договорной проблематике, чтобы, во-первых, наметить его направления и, во-вторых, содействовать восприятию методологических аспектов крайне важной в практическом отношении темы.

Проблема договора отечественными юристами традиционно относится к частному праву. В Гражданском кодексе РФ договор определяется как «соглашение двух или более лиц об установлении, из-

менении или прекращении гражданских прав и обязанностей». Но кругозор юриста не должен ограничиваться собственно правовой, тем более догматической, легистской теорией. Это обедняет исследования. Есть общеправовое и социальное видение проблемы, есть аспекты философии и теории права и государства. Ж.-Ж. Руссо писал «Общественный договор», рассматривая договорные отношения как основание формирования государственности. На этой почве складывались моральные теории и этические суждения, на этой основе развивалась политическая теория, в том числе и в том варианте, в каком она связана с классами и классовой борьбой. У Руссо, в частности, богатые, пренебрегая всеми моральными принципами, обманули бедных, прибрав богатства и власть к своим рукам.

Но независимо от политических воззрений ключевым моментом в понимании договора и договорного отношения является признание частного интереса в качестве первичного, самостоятельного и автономного ценностного фактора. Без него не будет договора. Публичный интерес есть, его нельзя игнорировать, более того — в идеале он обеспечивает реализацию договора, но договор зиждется на согласии сторон, преследующих свои разного рода выгоды. Следует согласиться с тем, что деонтологические теории не дают исчерпывающего ответа на вопрос о том, почему мы *вообще* должны быть моральными, нравственными и «в столь же малой степени политические теории могут дать ответ на вопрос, почему граждане демократического общества должны в борьбе за принципы совместной жизни ориентироваться на общее благо, вместо того чтобы удовлетвориться ориентированным на реализацию рациональных целей и достигаемым путем взаимных уступок *modus vivendi*»¹.

Акцентируя внимание на частном интересе, имеющем место и в публичной сфере, мы выходим (через призму единичного и особенного) на широкий спектр общих вопросов, без осмысления которых, в свою очередь, нельзя правильно оценивать договорно-правовую практику. Ее успех обеспечивается атмосферой общего согласия по принципиальным вопросам развития общества.

Принимавший участие в дискуссии по книге А.А. Аузана «Договор-2008» (М.: ОГИ, 2007), проходившей 14 июня 2007 г. в лите-

¹ Хабермас Ю. Будущее человеческой природы / пер. с нем. М., 2002. С. 9. Автор исповедует теорию коммуникативного действия, в центре внимания которой находится понятие коммуникативной рациональности и в качестве практического содержания «постепенно улучшающаяся институционализация способов разумного коллективного формирования воли, которое не могло бы нанести никакого ущерба конкретным целям участников процесса» (с. 50).

ратурном кафе "Bilingua" в рамках проекта «Публичные лекции "Полит.ру"»,¹ писатель М. Арсенин сказал: «...Спроса на общественный договор нет, в парламент можно привести лошадь, мост можно построить вдоль реки. Можно его вообще не строить, потому что в условиях замены откатов распилами можно вообще не строить». Речь шла о договоре как о соглашении об общественном согласии. Полагаем, целесообразно акцентировать внимание на том, что исследование о договоре не исчерпывается юридической догматикой. Это важнейшая социальная и политическая проблема, в свете которой только и возможно исследование всех вопросов отраслевой юридической науки.

«Договор» по определению представляет собой и свободу, и компромисс, и взаимную выгоду, и многое из того, что заключает в себе понятие «справедливость», поэтому не следует ограничиваться в характеристике договора гражданско-правовыми ценностями. Здесь имеется прямой выход на конституционные нормы и принципы. А если это так, то первый шаг состоит в характеристике договора как социальной и политической ценности.

Методологически договор следует рассматривать как нечто особенное, в чем присутствует все то общее, что свойственно ценности вообще. Проблема соизмерения ценностей, таким образом, решается на уровне единичного и особенного. Но в общесоциальном аспекте согласимся с тем, что «первая из таких ценностей... это договороспособность»².

В преамбуле Конституции РФ указаны исторически сформировавшиеся гражданские и общественные ценности, основополагающие для обеспечения благополучия граждан России и безусловные для устройства демократического государства. Конституция провозглашает народовластие в качестве важнейшей основы конституционного строя России, закрепляет природу российского государства как демократического, федеративного, правового, с республиканской формой правления, с принципом разделения властей, социального и светского, провозглашает такие ценности, как политическое многообразие и плюрализм, предполагая существование разнообразных объединений граждан, их участие в управлении общественными и государственными делами.

¹ URL: <http://www.polit.ru/lectures/2007/06/28/dogovor2008.html>

² Аузан А. Национальные ценности и конституционный строй // Новая газета. 2008. № 4. 21 января.

Утверждение добра и справедливости напрямую связано с правом, а право само по себе является одной из определяющих конституционных ценностей. На правовой основе возрождается суверенная государственность России и утверждается незыблемость ее демократических принципов. Именно правовое и социальное государство способно обеспечить благополучие и процветание России. В основе любого государства лежит общественный договор. Теория договорного происхождения государства (независимо от того, заключался ли договор в действительности) наиболее продуктивна в развитии государства на перспективу. Конституция РФ объявила человека, его права и свободы высшей ценностью. Но именно договорная теория государства вменяет в обязанность государству признание, соблюдение и защиту прав и свобод человека и гражданина.

Граждане России соединены общей судьбой на своей земле, и государство должно способствовать этому единению, утверждая права и свободы человека, гражданский мир и согласие. Исторически сложившееся государственное единство — одно из ценностных явлений, разрушение которого чревато негативными последствиями. Базовыми ценностями, на которых зиждется в том числе и единство государства, являются общепризнанные принципы равноправия и самоопределения народов. Российская Федерация исторически в своей основе имеет договорные начала. Вместе с тем положения Конституции РФ действуют в случае несоответствия положениям Конституции РФ положений Федеративного договора — Договора о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти суверенных республик в составе Российской Федерации, Договора о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти краев, областей, городов Москвы и Санкт-Петербурга Российской Федерации, Договора о разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти автономной области, автономных округов в составе Российской Федерации, а также других договоров между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, договоров между органами государственной власти субъектов Российской Федерации.

Преамбула Конституции РФ возводит в ценностную категорию ответственность за свою Родину перед нынешним и будущими по-

колениями. В эпоху глобализации в условиях, когда миру угрожают природные и техногенные катастрофы, эта ценность приобретает особое значение: поведение всех и каждого в отдельности определяет единую судьбу мирового сообщества. И здесь договорный инструментарий (международные договоры) далеко не исчерпал своих возможностей.

Юридическая ценность договора прослеживается в ходе его анализа в качестве правоотношения¹. И в этом случае в анализ вовлекается состав правоотношения (договора): субъекты, заключающие соглашение; объект — то, по поводу чего возникает правовая связь; объективная сторона — содержание данной связи; субъективная сторона, то есть те мотивы, которые положены в основу соглашения с обеих сторон, явные и скрытые намерения участников договора.

Договоры имеют видовое отличие в зависимости от сферы общественных отношений и отрасли права, которая их регулирует, а также от субъектного состава (двусторонние и многосторонние). Однако названные элементы состава правоотношения так или иначе должны получить свое выражение. Например, предмет договора обязательно присутствует, равно как и содержание. Но цена договора явно обозначается в гражданско-правовом соглашении и может не просматриваться в административно-правовом. Особенностью последнего является правоспособность органа управления, принявшего решение о заключении договора, а в гражданско-правовой сфере — правоспособность и дееспособность представителя стороны по договору. Форма и структура договоров могут быть разными (не в каждом из них, например, обязательна преамбула, не каждый содержит заключительный раздел), но титул договора, место и время подписания обязательны. Важное значение имеет исполнение договора, и потому в самом договоре содержатся, как правило, основные условия на этот счет.

В последние годы отраслевые науки часто берут на себя функции теории государства и права. Здесь не место рассматривать вопрос, в каких исследованиях наиболее эффективно разрешать конфликты, доходящие до Конституционного Суда РФ, но одно бесспорно: без обращения к теории это невозможно. Ключевая тема в этом отношении — договор как источник права. Для того чтобы понять его в этом качестве, надо иметь системное межотраслевое знание о видах договора, его роли в разных жизненных сферах и соотношении с

¹ См.: Серков П.П. Правоотношения. Теория и практика современного правового регулирования. М., 2018.

иными источниками. Того же требуют вопросы пределов использования договора, его ограничения в пользу иных способов правового регулирования.

Полагаем, следует обратить внимание на необходимость теоретического осмысления общих положений о правовой основе договорной практики (соотношение закона, правительственных актов, судебных и корпоративных актов), об обязательствах и их исполнении (сроках), о содержании и форме договоров (порядок заключения договоров, их действие и их толкование), о сторонах договора в зависимости от его вида и организационно-правовой формы (праводееспособность), о юридических лицах и управленческих структурах в реализации договора (юридическая ответственность), о межотраслевом подходе к оценке договоров. Требуется внимания теоретиков проблема недействительности договора, новые отношения в связи с денежными обязательствами, с появлением криптовалюты и т.д. Обозначается проблема самоисполнимости договора. Выход на общую теорию и философию права просматривается в изучении рисков договорных отношений¹.

Приведенный перечень не является полным. Проблемы, которые возникают в договорной практике, многообразны, а ценностные свойства договора в любой частноправовой и публично-правовой сфере определяются в конечном счете сущностными характеристиками государственно-правовой системы. Исследовательский потенциал в анализе договорных процессов далеко не исчерпан, теория договора и договорная практика как в юридическом, так и в экономическом аспекте дискуссионны и требуют практически выверенных выводов.

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Юридическое прогнозирование: научно-практическое пособие. М., 2018. С. 70–75.

Глава 1

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОГОВОРЫ

§ 1. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ДОГОВОР И МЕЖДУНАРОДНЫЙ ПРАВОПОРЯДОК: НЕКОТОРЫЕ КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ПОДХОДЫ

А.Я. Капустин

Современный период развития человечества характеризуется глобализацией всех наиболее важных мировых процессов, в том числе и укрепления международного правопорядка. Несмотря на то что глобализация иногда влечет противоречивые социальные последствия и затрудняет решение ряда международных проблем, в международном сообществе растет понимание необходимости использования международно-правового потенциала для противодействия угрозам глобальной стабильности. Важную роль в этом играет формирование международного правосознания, признающего важную роль норм и принципов международного права, получающих закрепление и развитие в международных договорах и других международных нормах. Об этом свидетельствует позиция государств — членов ООН, заявляющих о своей неизменной приверженности международному порядку, основанному на верховенстве права и международном праве, что наряду с принципами справедливости необходимо для мирного сосуществования и сотрудничества государств¹.

Не ставя задачи всеобъемлющего исследования роли международных договоров в упрочении международно-правовых основ международного сообщества, остановимся на международно-правовой концепции международных договоров, различные интерпретации которой позволяют выявить риски для международного правопорядка, основанного на Уставе ООН и других общепризнанных принципах и нормах общего международного права.

Речь идет о так называемой концепции автономных режимов (self-contained regime), которая в последние годы не перестает быть

¹ См.: Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 72/119 от 7 декабря 2017 г. / Дос. ООН A/Res/72/119, 18 December. 2017.

объектом внимания в научной литературе. Появление данного термина в современном научном обороте связывают с деятельностью специального докладчика Комиссии международного права ООН Х. Уолдока, который в своем третьем докладе о проекте конвенции о праве международных договоров обратился к предыдущей межгосударственной практике. Х. Уолдок, исследуя тему третьей стороны международного договора, задумался о возможности влияния так называемого объективного режима, установленного международным договором, на третьи государства.

В качестве примера он обратился к докладу 1920 г. Комитета юристов, созданного Лигой Наций, для определения возможности распространения на Швецию, которая не была участником Парижского договора 1856 г., обязательства по этому договору, устанавливающего демилитаризацию Аландских островов.

Кроме того, Х. Уолдок привлек в качестве примеров договоров, устанавливающих объективные режимы, договоры о гарантиях нейтральных государств, соглашения, устанавливающие международные сервитуты, которые, например, предусматривали свободу навигации по международным каналам. Дело в том, что положения подобных соглашений имели характер *erga omnes*, который в отношении международных каналов был признан в Заключительном акте Венского конгресса 1815 г. Эта оценка характера подобных договоров была подтверждена позднее в решении Постоянной палаты международного правосудия Лиги Наций (далее — ППМП) в деле парохода «Уимблдон» в 1923 г. В этом деле речь шла о характере *erga omnes* ст. 380 Версальского договора 1919 г., согласно которой Германия должна была допускать свободу навигации по Кильскому каналу. В тексте решения ППМП использовала выражение "*self-contained regime*", которое одни авторы переводят как «объективный режим»¹, другие как «автономный режим»². Строго говоря, оба перевода или толкования не могут быть признаны удачными. Так, объективность договорного режима устанавливается его содержанием (нормы *erga omnes*), что вовсе не подразумевает его обязательности для неучаст-

¹ См., например: Лукашук И.И. Современное право международных договоров: в 2 т. Т. 1. Заключение международных договоров. М., 2004. С. 261–270; Salerno F. Treaties establishing objective regimes // Cannizzaro E. The law of Treaties Beyond the Vienna Convention. Oxford, 2011. P. 225–243.

² См.: Crawford J. Chance, Order, Change: The Course of International law. General Course on Public International Law. The Hague, 2014. P. 303–308; Focarelli C. International law as social construct. The struggle for global justice. Oxford, 2012. P. 289–291 etc.

вующих государств, потому что они могут соблюдать соответствующие нормы как обычно-правовые. «Автономность» договорного режима¹ в его максималистском понимании может восприниматься как нечто обособленное от международного права, что противоречит правилам элементарной логики². Тем не менее эти термины широко восприняты в научном обороте.

Что касается концепции международных договоров, устанавливающих «объективный режим», то профессор И.И. Лукашук различает два вида подобных договоров. К первому виду он относит договоры, с помощью которых государства определяют режим территорий, находящихся под их суверенитетом (договоры о судоходстве по международным рекам, морским каналам, договоры о демилитаризации и нейтрализации территории и ряд других), ко второму — договоры, которые касаются международных пространств (Договор об Антарктике, Договор о запрещении ядерного оружия в Латинской Америке).

В то же время Ф. Салерно считает, что после принятия Венской конвенции о праве международных договоров феномен договоров, устанавливающих объективные режимы, эволюционировал, принимая во внимание новые интересы международного сообщества. К ним он относит правовой режим дна за пределами национальной юрисдикции, Соглашение 1995 г. о сохранении трансграничных запасов рыбы и далеко мигрирующих запасов рыбы, договоры в области защиты окружающей среды, договоры об обеспечении международного мира и разоружении, соглашения о борьбе с трафиком наркотиков, регулирование международных коммуникаций или установление статуса так называемых морских кладбищ³.

Поэтому Ф. Салерно полагает затруднительным или даже невозможным перечислить все различные виды договоров, устанавливающих объективный режим, в рамках единой категории⁴. Кроме того, он допускает, что Международный Суд ООН имплицитно признал,

¹ Дословный перевод термина "self-contained regime" означает «самодостаточный режим», что вызывает недоумение. Если он достаточен для государств, его создавших, то зачем требовать его соблюдения от третьих государств?

² На эту черту концепции автономного режима с долей иронии указал французский юрист П.-М. Дюпюи, называя его разновидностью нормативных монад, независимых друг от друга, каждая из которых барактается в юридической сфере, не имея структуры и субстанции, и подчиняется только собственному режиму. См.: Dupuy P.M. L'unité de l'ordre juridique international. Cours general de droit international public // RCADI (2000), vol. 297. The Hague, 2002. P. 436.

³ См.: Salerno F. Op. cit. P. 228.

⁴ Ibidem. P. 229.

что Устав ООН также устанавливает объективный режим, в своем консультативном заключении, признавшем ООН субъектом международного права.

Необходимость стремительного распространения данной концепции на столь широкий круг международных договоров вызывает сомнения и требует более детального анализа. Дело в том, что выражение «послушная машина голосования» появилось довольно давно. Договорно-творческий процесс, установленный как Венской конвенцией о праве международных договоров 1969 г., так и правилами ООН и других международных организаций, исходит из нормы о большинстве голосов (квалифицированном или простом большинстве), которые необходимы для принятия обсуждавшегося проекта международного договора. Существует также тенденция закрепления в многосторонних договорах положения о незначительном количестве ратификаций подписантов договора, необходимых для его вступления в силу.

Практически все исследователи сходятся на том, что усилия Х. Уолдока и его последователей не увенчались успехом и Комиссия международного права ООН не включила в явно выраженной форме положение о договорах, устанавливающих объективный режим, в окончательный проект Венской конвенции о праве международных договоров¹. Принимая во внимание возможные негативные последствия для стабильного развития международных отношений возможных «договорно-творческих эксцессов», связанных с попытками навязать мнение большинства не согласным с той или иной позицией государствам, особенно с достаточным потенциалом для внесения вклада в урегулирование той или иной международной проблемы, представляется возможным сделать следующее предложение: с учетом важности данного вопроса, а также совместного поиска компромиссных решений предложить Комиссии международного права ООН включить в повестку дня изучение вопроса о правовом статусе и механизмах разработки и принятия международных договоров, уста-

¹ См.: Monroy Cabra M.G. *Derecho de los tratados*, Bogota, 1978. P. 140. Однако М. Кабра допускает, что общая норма ст. 36 о договорах, предусматривающих права для третьих государств, не исключает возможности установления таких режимов. И.И. Лукашук также указывает, что ввиду дискуссионного характера концепции особого статуса договоров, устанавливающих объективный режим, Комиссия международного права ООН решила отложить этот вопрос, что было поддержано Венской конференцией. Вместе с тем сам И.И. Лукашук считает, что действительность *erga omnes* договора, устанавливающего объективный режим, может быть основана на общих положениях Конвенции о третьих государствах (ст. 34, 35, 38). См.: Лукашук И.И. *Указ.соч.* С. 269—270.