

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОЕ  
УЧРЕЖДЕНИЕ  
«ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СРАВНИТЕЛЬНОГО  
ПРАВОВЕДЕНИЯ ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ  
ФЕДЕРАЦИИ»

На правах рукописи

ЕВСТИГНЕЕВ  
ЭДУАРД АЛЕКСАНДРОВИЧ

**ИМПЕРАТИВНЫЕ И ДИСПОЗИТИВНЫЕ НОРМЫ В  
ДОГОВОРНОМ ПРАВЕ**

Специальность 12.00.03 – гражданское право, предпринимательское право,  
семейное право, международное частное право

ДИССЕРТАЦИЯ  
на соискание ученой степени  
кандидата юридических наук

Научный руководитель -  
к.ю.н. Егоров А.В.

Москва – 2015

## СОДЕРЖАНИЕ

<b>ВВЕДЕНИЕ</b> .....	4
<b>ГЛАВА I. Содержание и характеристика подходов к разделению норм гражданского права на императивные и диспозитивные</b> .....	16
§ 1. Содержание и характеристика подходов к разделению норм гражданского права на императивные и диспозитивные в системе континентального права.....	16
§ 2. Содержание и характеристика подходов к разделению норм гражданского права на императивные и диспозитивные в системе общего права.....	48
§ 3. Содержание и характеристика российского подхода к разделению норм на императивные и диспозитивные .....	58
<b>ГЛАВА II. Разделение норм на императивные и диспозитивные в российском договорном праве</b> .....	74
§ 1. Общая характеристика современного договорного права в связи с разделением норм на императивные и диспозитивные.....	74
§ 2. Современные подходы к преодолению презумпции императивности норм договорного права. Законодательная презумпция диспозитивности норм договорного права.....	93
§ 3. Преодоление презумпции императивности норм договорного права в условиях независимости императивного или диспозитивного характера норм от формальных признаков.....	130
<b>ГЛАВА III. Выявление императивных и диспозитивных норм российского договорного права посредством толкования</b> .....	155
§ 1. Основания выбора императивного или диспозитивного характера норм договорного права при их толковании в судебной практике.....	155
§ 2. Алгоритм определения императивного или диспозитивного характера норм договорного права с помощью толкования.....	176

§ 3. Общая характеристика мер по стимулированию выявления императивных и диспозитивных норм российского договорного права посредством толкования.....	200
<b>ЗАКЛЮЧЕНИЕ</b> .....	212
<b>БИБЛИОГРАФИЯ</b> .....	215

## ВВЕДЕНИЕ

### **Актуальность темы исследования**

Во многих областях правового регулирования мы имеем дело с предписаниями, которые должны быть непременно соблюдены. Отчасти подобное утверждение справедливо и применительно к гражданским правоотношениям. Однако лишь отчасти. Особенностью гражданско-правовых (частных) отношений, как известно, является то, что они строятся не по принципу власти и подчинения, а основаны на равенстве и автономии воли. Именно этими обстоятельствами и определяется регулирование Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК), предусматривающего наличие как императивных норм, которые должны соблюдаться участниками гражданских правоотношений в любом случае, так и диспозитивных, которые действуют лишь при условии, что участники не выразили волю на иное регулирование.

Подобная специфика регулирования частных отношений влияет и на правоприменение. Например, она находит непосредственное отражение в нормах о недействительности правовых сделок, так как недействительной признается только та сделка, которая нарушает требование закона, установленного в публичных интересах, то есть противоречит императивной норме. Однако сложность здесь кроется в том, что подобный вопрос – установлен закон в публичных интересах или нет – практически невозможно решить, основываясь лишь на его тексте. В связи с этим в доктрине и судебной практике постоянно возникает проблема, как применить то или иное положение закона. В российском праве ее решение осложняется еще и особенностями самой правовой системы.

При этом основная проблема заключается не в отсутствии каких-либо предложений по решению возникающих проблем. Большим недостатком, как представляется, выступает то, что подобные предложения не могут в достаточной мере учесть многообразие проблем, связанных с разделением

норм на императивные и диспозитивные. Сказанное вытекает из того обстоятельства, что в нашем праве отсутствуют четкие представления о принципах, на которых основывается разделение норм, а также о факторах (философско-правовых, исторических, политических и многих других), под влиянием которых формируется и функционирует такое разделение.

К тому же вопросы о разделении норм на императивные и диспозитивные соприкасаются с категориями, интерес к которым не утихает. В частности, речь идет о принципе свободы договора. Интерес к нему был актуализирован еще в XVIII веке, в период буржуазных революций (в первую очередь, стоит вспомнить о Войне за независимость в США и Великой французской революции), главными идеалами которых были равенство и свобода. Недаром девиз французских революционеров – «Свобода! Равенство! Братство!». Более того, истории было угодно, чтобы созвучно подобным идеям был сформирован такой феномен цивилистики, как Гражданский кодекс Франции (далее – ФГК, ГК Франции), принятый в окончательном варианте в 1804 г. Определяющую роль в нем играли положения, выраженные в Декларации прав человека и гражданина 1789 г., а в ней основное место уделялось именно идее свободы. Роль этого документа была настолько сильна, что из ст. 4 Декларации «подпитывался» принцип свободы договора, не выраженный ни в Конституции, ни в тексте самого ГК Франции<sup>1</sup>.

При таких обстоятельствах именно в описанный нами период времени абсолютно логично возникли и свобода договора, и диспозитивное регулирование; в частности, диспозитивные нормы<sup>2</sup>. Причем подобные категории имеют очень устойчивую взаимосвязь, что обуславливает их

---

<sup>1</sup> Вот что по этому поводу указано в тексте российского комментария к ст. 1101 ФГК, закрепляющей определение договора: «...законодатель не вправе поступать таким образом, что это нанесло бы институту договоров и соглашений настолько серьезный вред, что тем самым был бы явно нарушен принцип свободы, сформулированный в ст. 4 Декларации прав человека и гражданина 1789 года» (Французский гражданский кодекс: учебн.-практич. комментарий. – М.: 2008. С. 433).

<sup>2</sup> Употребление понятия «диспозитивные нормы» содержит определенную долю условности, по крайней мере, до рассмотрения нами категории правовой нормы. До этого момента будем рассматривать использование соответствующей терминологии как попытку направить мысли читателя в необходимое русло и преимущественно применять термин «диспозитивное регулирование».

влияние друг на друга. Можно даже сказать, что свобода договора является первично необходимой предпосылкой развития диспозитивного регулирования.

Неопровержимым доказательством нашего умозаключения о развитии диспозитивного регулирования служит ФГК. В его тексте применительно к договорному инструментарию мы обнаруживаем достаточное количество норм, отступление от которых допускается самим Кодексом при условии, что стороны достигли соглашения об ином порядке поведения. Но, надо полагать, ФГК не был первооткрывателем в формировании таких норм. Как следует из его структуры, в качестве своего базиса он использует наработки римского права. А римское право, как показывают источники, знало регулирование посредством законов, от правил которых допускалось отступить соглашением сторон<sup>3</sup>.

Из римского права мы можем усмотреть и корни современного разделения норм на а) допускающие отступление в договоре от правила, установленного нормой; б) не предусматривающие возможности для сторон отступить от закрепленного нормой правила. Таким образом, применительно к ФГК мы можем говорить именно о развитии диспозитивного регулирования.

Однако подобное развитие связано не только с возобладанием идеи свободы. Вторым фактором, сыгравшим свою роль в развитии диспозитивного регулирования посредством формирования указанных правил, послужила кодификация права (его выражение посредством текста). Она явилась тем инструментом, который позволил законодателю перенести возобладавшие идеи в право. Специфика кодификации заключается в а) урегулировании большого количества отношений посредством правовых норм; б) формировании норм с помощью специальных юридико-технических приемов. Представляется, что при кодификации права идея свободы нашла

---

<sup>3</sup> Барон Ю. Система римского частного права: В 6 кн.: кн. 1 / Предисловие кандидата юридических наук В.В. Байбака. – СПб: Издание Р.Асланова «Юридический мир Пресс». 2005. С 74.

как свой круг отношений, так и свои юридико-технические приемы, позволяющие сторонам отходить от правил, установленных законодателем.

При всем вышесказанном не стоит упускать из виду и такой фактор, как зарождение идей позитивизма, несомненно повлиявших на формирование ФГК. В итоге мы приходим к выводу, что развитие диспозитивного регулирования стало возможным благодаря превалированию идеи свободы, а также кодификации права, использующей – для донесения правил поведения до конкретных лиц – свойственные ей юридико-технические приемы. Помня о выделенной нами взаимообуславливающей связи свободы договора и диспозитивного регулирования, отметим, что свобода договора в момент своего мощного развития получила непререкаемый авторитет и практически неограниченное применение<sup>4</sup>, чем, в свою очередь, значительно повысило роль диспозитивного регулирования для участников оборота.

Однако актуальность настоящей работы обусловлена не только наличием глубоких исторических корней и связью с фундаментальными правовыми категориями. В настоящее время вопросы определения вида нормы договорного права приобретают одно из центральных мест в различных дискурсах, причем не только правовых. В частности, вопросы об определении императивного и диспозитивного характера норм договорного права и о необходимости закрепить законодательную презумпцию их диспозитивности были одними из самых дискуссионных при подготовке не только Концепции развития гражданского законодательства, но и проектов федеральных законов, основанных на Концепции. Остается этот вопрос актуальным и сейчас, так как проект, посвященный обязательственному праву, так и не дал ответов на спорные вопросы. Проблемы разделения норм договорного права на императивные и диспозитивные приобрели еще

---

<sup>4</sup> См., например, Ллойд Д. Идея права / Перевод с английского: М.А. Юмашев. Изд. 4-е. М.: «Книгодел», 2007. С. 163.

большую актуальность в связи с принятием 14 марта 2014 года Пленумом ВАС РФ Постановления № 16 «О свободе договора и ее пределах».

Таким образом, проблемы, связанные с разделением норм договорного права на императивные и диспозитивные, имеют не только глубокие исторические корни, но и приобретают все большую значимость в настоящее время. Учитывая все вышеизложенные обстоятельства, нами и была выбрана тема диссертации.

### **Степень разработанности проблем в научной литературе**

В российской юридической литературе отсутствуют исследования, специально посвященные анализу принципов, на которых основывается разделение норм на императивные и диспозитивные, факторов, влияющих на формирование и функционирование указанного разделения, а также алгоритм определения вида норм в договорном праве. Некоторые проблемные аспекты, связанные с выделением в современном российском гражданском праве императивных и диспозитивных норм, исследуются у М.И. Брагинского, А.Г. Карапетова, О.Н. Садикова, Д.И. Степанова, в совместной работе А.Г. Карапетова и А.И. Савельева. Частично затрагиваются отдельные проблемные аспекты в Концепции совершенствования общих положений ГК РФ и в Постановлении Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 года № 16 «О свободе договора и ее пределах».

Особо следует отметить работу А.Г. Карапетова и А.И. Савельева («Свобода договора и ее пределы. Т. 1 и 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве». – М.: Статут, 2012). До нее все исследования носили фрагментарный характер и не содержали глубокого анализа проблем, связанных с разделением норм договорного права по юридической силе. В данной же работе достаточно последовательно анализируются исторические предпосылки тех проблем, с которыми столкнулось современное частное право в этой области. Также работа содержит подробный анализ негативной судебной практики последних лет по

применению презумпции императивности норм договорного права. Нельзя обойти вниманием и то обстоятельство, что в ней подробно освещены подходы европейского законодательства и доктрины к решению проблем, связанных с разделением норм на императивные и диспозитивные.

При этом, к сожалению, работа А.Г. Карапетова и А.И. Савельева в основном посвящена иным аспектам, а именно – положению и основам функционирования принципа свободы договора и общим основаниям его ограничения. Проблемам разделения норм договорного права на императивные и диспозитивные уделяется не так много внимания. А в той части, где речь идет о разделении норм, исследование в основном сосредоточивается на обосновании обязательного введения в договорное право законодательной презумпции диспозитивности норм. Однако, несмотря на то, что установление подобной презумпции будет требовать от судов толкования положений законодательства, работа не предлагает пути, по которому оно должно осуществляться. Иными словами, рассматриваемый труд не содержит никакого алгоритма определения вида норм договорного права с помощью толкования.

В ходе исследования было также установлено, что в правовой доктрине существует два подхода к решению проблем, связанных с наличием императивных и диспозитивных норм в области юридических сделок. Один из них имеет основой предложение Концепции совершенствования общих положений ГК РФ о необходимости изменить нормы о недействительности сделок таким образом, чтобы недействительность сделок влекло нарушение только запретительной нормы<sup>5</sup>. Второй подход основан на предложении установить презумпцию диспозитивности в области договорного права<sup>6</sup>.

В целом констатируем довольно слабую степень разработанности в российской литературе проблем разделения норм договорного права на

---

<sup>5</sup> П.п. 1.1.1, 1.1.2, 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3 пар. 2 разд. 5, Концепции совершенствования общих положений ГК РФ. Текст Концепции см.: [http://www.privlaw.ru/files/concep\\_11\\_2009.pdf](http://www.privlaw.ru/files/concep_11_2009.pdf)

<sup>6</sup> Карапетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права / Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 11. 2009. С. 118-124; Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т. 2. – М.: Статут, 2012. С. 47-62.

императивные и диспозитивные. Сказанное контрастирует с тем значительным вниманием, которое уделяется этим вопросам в доктрине зарубежных правопорядков.

**Предметом исследования** являются нормативно-правовые акты, действующие в РФ и в зарубежных правопорядках, теоретические взгляды российской и зарубежной доктрины, наиболее важные нормативно-правовые акты, принятые в различные периоды истории РФ, российская и зарубежная судебная практика. При этом достаточно много внимания уделяется исследованию нормативно-правовых актов и взглядов доктрины XIX и XX веков как в России, так и за рубежом в связи с их заметным влиянием на существующие положение современных правовых систем.

#### **Задачи и цели исследования**

Основная цель исследования заключается в проведении комплексного анализа проблем проявления различных норм договорного права на императивные и диспозитивные в договорном праве. При этом особо изучаются а) принципы функционирования различных норм; б) факторы, влияющие на указанное разделение; в) действующая судебная практика и ее подходы к разделению норм на императивные и диспозитивные. Также повышенное внимание уделяется исследованию доказательств независимости разделения норм договорного права на императивные и диспозитивные от формальных признаков.

Для достижения указанной цели были поставлены следующие задачи:

- рассмотрение научных подходов зарубежных правопорядков при формировании императивных и диспозитивных норм;
- исследование сферы применения императивных и диспозитивных норм;

– комплексный анализ проблем формирования и исторического развития диспозитивных и императивных норм в российском договорном праве как дореволюционного, так и современного периодов;

– формулирование основных недостатков российского подхода к решению вопроса разделения норм договорного права на императивные и диспозитивные;

– анализ недостатков и преимуществ установления законодательной презумпции диспозитивности норм договорного права;

– исследование доказательств независимости разделения норм договорного права на императивные и диспозитивные от формальных признаков;

– комплексный анализ российской судебной практики с целью определить основания перехода норм договорного права из одного вида в другой;

– разработка оптимального, наиболее сбалансированного алгоритма определения вида норм договорного права;

– выявление и анализ мер, стимулирующих определение императивного или диспозитивного характера норм договорного права с помощью толкования.

### **Методологическая и теоретическая основа диссертации**

При написании работы применялись логический, исторический, системно-правовой и сравнительно-правовой методы. Данные методы применялись в комплексе и были направлены на максимально полное и всестороннее исследование проблем, связанных с разделением норм договорного права на императивные и диспозитивные.

Основой проведенного исследования являются научные труды таких ученых, как: К.Н. Анненков, Ю. Барон, М.И. Брагинский, Е.В. Васьковский, В.В. Витрянский, Ю.С. Гамбаров, Д.В. Дождев, А.Г. Карапетов, К. Малышев, Д.И. Мейер, О.Н. Садиков, Степанов Д.И., С.А. Хохлов, П.П. Цитович, Б.Б.

Черепяхин и другие. Также в работе использовались монографии многих зарубежных авторов: Г. Брокс, А. Гарро, Е. Годэмэ, Р. Давид, К. Ларенц, Б. Маркезинис, Л.Ж.Де ла Морандьер, Б. Ульрицы, Дж. Унгер, М. Хесселинк, Р. Циммерманн, Ф. Эндеманн, О. Эрлих и др.

### **Научная новизна**

Диссертация является одной из первых работ, посвященных вопросам комплексного анализа: сферы применения императивных и диспозитивных норм; основных принципов функционирования доктрины разделения норм на императивные и диспозитивные; факторов, влияющих на формирование доктрины о разделении норм на императивные и диспозитивные; связи между формальными наборами реквизитов нормы и ее видом, а также алгоритма определения императивного или диспозитивного характера норм договорного права. Проведенное исследование позволило сформулировать и обосновать следующие основные положения и выводы, выносимые на защиту.

1. Традиционно считается, что диспозитивный или императивный характер нормы обязательственного права должен выводиться из внешних признаков данной нормы, в частности, из наличия или отсутствия в ней фразы «если иное не предусмотрено законом». Однако такой подход является недостаточно гибким и не соответствует развитым имущественным отношениям.

Возможности законодателя по определению императивного или диспозитивного характера норм договорного права в тексте самой нормы существенно ограничены, так как разработчики норм не могут предвидеть всех жизненных ситуаций, в которых эти нормы будут применяться. В итоге норма, которая выглядит как императивная, в определенных случаях может применяться на практике как диспозитивная, и наоборот.

В действительности многие нормы обязательственного права не могут быть абсолютно (окончательно) императивными или диспозитивными.

2. С точки зрения юридической техники для определения императивного или диспозитивного характера норм обязательственного права нельзя использовать законодательную презумпцию диспозитивности таких норм, так как законодатель рискует упустить множество жизненных ситуаций, при которых одна и та же норма может получать как императивный, так и диспозитивный характер. Более того, закреплением такой презумпции будет поддержан позитивистский подход к определению характера норм договорного права, из-за которого в настоящий исторический период и возникли основные проблемы, связанные с разделением норм договорного права на императивные и диспозитивные.

3. На данный момент нет необходимости проводить ревизию норм договорного права и переформулировать их с целью указания на диспозитивную или императивную принадлежность. В условиях, когда текст нормы договорного права и буквальное толкование не определяют такой принадлежности, действующий текст ГК не препятствует правильному и справедливому определению императивного и диспозитивного характера норм договорного права. Более того, даже если подобная ревизия будет проведена, она не сможет однозначно на будущее решить вопрос о виде норм договорного права.

4. В условиях, когда отсутствует прямая связь между текстом нормы и ее видом, решающую роль при определении императивной или диспозитивной принадлежности нормы договорного права необходимо отводить толкованию правовых предписаний.

Анализ европейских правовых систем показывает, что решающая роль толкования в подобных случаях оптимальна; это – финальный результат масштабной и длительной работы по разделению императивных и диспозитивных норм.

5. Алгоритм определения императивного или диспозитивного характера норм договорного права должен строиться следующим образом.

*На первом этапе* определяется сфера регулирования нормы.

Если норма связана с установлением критериев по вступлению субъектов в обязательственное правоотношение соответствующего типа, то она всегда является только императивной. Дальнейший ее анализ не требуется.

*На втором этапе* анализируется позиция законодателя относительно императивного или диспозитивного характера нормы с помощью системного толкования или применения иных оснований, построенных на системном толковании.

*На третьем этапе* происходит учет обстоятельств конкретных отношений, сложившихся на практике.

Для этого проводится оценка, не нарушает ли согласованное условие сделки прав и интересов какой-либо стороны, прав и интересов третьих лиц, публичных интересов, прав и интересов добросовестного контрагента или иных заслуживающих защиты законных интересов.

Для признания буквально диспозитивной нормы императивной – указанные нарушения должны иметь место. Для изменения буквально императивной нормы на диспозитивную – указанные нарушения должны отсутствовать.

### **Научная и практическая значимость исследования**

Проведенное исследование позволяет использовать положения диссертации для совершенствования действующего законодательства и упорядочивания правоприменительной практики, а также для разработки доктринальных подходов с целью решения проблем по определению вида норм договорного права, для учебных пособий и методических рекомендаций. Выводы и предложения диссертационного исследования могут быть использованы при проведении дальнейших научных исследований в области гражданского права.

### **Апробация результатов исследования**

Основные положения диссертации используются в научной и практической деятельности диссертанта. В частности, положения диссертации были апробированы при прочтении в 2013-2015 гг. курса лекций по обязательственному праву студентам Государственной классической академии имени Маймонида и Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). Все ключевые выводы диссертации, их аргументация и обоснование отражены в опубликованных автором статьях.

### **Структура работы**

Структура диссертации обусловлена предметом, целями и задачами исследования, а также содержанием исследуемых автором проблем. Диссертация состоит из введения, трех глав и библиографии.

## ГЛАВА I

**СОДЕРЖАНИЕ И ХАРАКТЕРИСТИКА ПОДХОДОВ К РАЗДЕЛЕНИЮ  
НОРМ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА НА ИМПЕРАТИВНЫЕ И  
ДИСПОЗИТИВНЫЕ****§ 1. Содержание и характеристика подходов к разделению норм  
гражданского права на императивные и диспозитивные в системе  
континентального права.***Проявление императивности и диспозитивности в догме римского права*

В части разделения правовых предписаний по их силе система континентального права приобрела специфику благодаря решению формулировать правовые предписания в писанных, абстрактно сформулированных актах. Беря указанную нами черту за базисный ориентир в поиске исторического основания градации предписаний по их силе в континентальном праве, необходимо учитывать, к чему привело решение о регулировании отношений посредством абстрактных норм. Всеобъемлющая объективизация права привела к необходимости выражения правил на нормативном языке. При этом правила, подлежащие закреплению, на тот момент представляли собой не только, например, какой-то устоявшийся обычай или норму поведения для конкретной ситуации и для определенных сторон, но и их возможную корректировку, в том числе и посредством судебной практики. При формировании правила представлялось необходимым учесть множество пограничных случаев и, по возможности, интересы максимального количества сторон, а также веяния времени – укрепление категории свободы и опосредующей ее автономии воли. В том, что в кодифицированных актах гражданского права появляются предписания, дающие сторонам возможность урегулировать свои отношения по иному, нежели это предписано в норме, видится, в первую очередь,

технический момент, посредством которого законодатель пытается достичь описанных нами задач.

Однако подобное техническое решение неизбежно порождает ряд вопросов, которые и представляют для нас научный интерес. При этом наибольший интерес представляет вопрос, откуда было заимствовано техническое решение или, если оно заимствовано не было, то какие обстоятельства натолкнули законодателя на подобное решение?

Источники дают справедливые основания считать, что деление правовых предписаний по их силе возникло в римском праве. К такому выводу нас приводят работы романистов, в частности, Ю. Барона, указывающего на существование в римском правопорядке принудительного (абсолютного) права – *jus cogens* (*leges cogentes, jus publicum*<sup>7</sup>) и дополнительного, опосредующего, уступчивого, дозволительного права, так называемого *jus dispositivum*<sup>8</sup> (некоторые исследователи наряду с термином *jus dispositivum* используют как равнозначное понятие *leges permissivae*<sup>9</sup>). Указание на подобное деление в римском праве встречается и у других исследователей<sup>10</sup>.

Рассмотрим более подробно, что представляли *jus cogens* и *jus dispositivum*<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> В данном случае необходимо отметить, что ряд авторов несколько различают *jus cogens* и *jus publicum*. В частности, Ю. Барон (Барон Ю. Система римского частного права: В 6 кн.: кн. 1 / Предисловие кандидата юридических наук В.В. Байбака. – СПб.: Издание Р.Асланова «Юридический мир Пресс». 2005. С. 74) отмечает, что понятие *jus publicum* является более широким и включает в себя *jus cogens*. Следовательно, их содержание должно иметь определенные различия. Однако многие, в том числе и указанный автор, при рассмотрении *jus cogens* оперируют текстами, в которых речь идет исключительно о *jus publicum*. В результате какие-либо четкие отличительные черты указанных категорий в литературе не сформулированы. На основании этого, в рамках настоящего исследования предполагаемые различия *jus cogens* и *jus publicum* воспринимаются как несущественные, а указанные понятия рассматриваются в качестве синонимов.

<sup>8</sup> Барон Ю. Там же.

<sup>9</sup> См., напр., Дормидонтов Г.Ф., Система римского права. Общая часть. – Казань, 1910 // Allpravo.Ru – 2005, Мейер Д.И. Русское гражданское право. Часть 1. – М.: Статут, 2000. С. 49.

<sup>10</sup> См., например, Garro А.М. Codification Technique and the Problem of Imperative and Suppletive Laws // 41 La. L. Rev. 1980–1981. P. 1007.

<sup>11</sup> Для более полного понимания дальнейшего хода рассуждений необходимо отметить, что наше исследование сосредоточено на источниках классического и постклассического периодов.

*Характеристика jus dispositivum. Соотношение jus dispositivum с предписаниями, позволяющими изменять правовое положение посредством воли сторон*

Принудительное право состояло из предписаний, обязательных для исполнения. Важность этих положений не позволяла каким-либо образом отступать от них, в том числе посредством договора<sup>12</sup>. Наличие таких предписаний вполне естественно для любой правовой системы. К ним мы еще вернемся. Однако, наряду с обязательными правилами, существовали предписания, которые предоставляли лицам возможность влиять на сферу своих прав и обязанностей. Они несли в себе функцию управомочивания лица, наделяли его возможностью совершать волевое действие, в результате чего его правовое положение изменялось. К ним, в первую очередь, стоит отнести предписания, устанавливающие право заключать различного рода договоры. Данные правонаделющие предписания, будучи частью правовой системы, имели в определенных случаях соотношение с предписаниями публичного характера. Приведем пример из наследственной сферы. Так, в случае смерти лица к наследникам усопшего переходит его имущество в соответствии с правилами, определенными законом. Однако наряду с этим ему как наследодателю дозволяется составить завещание, предусматривающее наделение имуществом совсем других лиц, нежели предусмотрено законом<sup>13</sup>. В случае, если завещание не будет составлено, наследование производится в соответствии с правилами, предусмотренными законом. Как мы видим из данного примера, соотношение правонаделющего предписания с публичным приводит к тому, что лицо, реализуя свое право, предусмотренное законом, создает дополнительное конкурирующее правило; регулируя идентичный вид отношений, оно поднимается на тот же уровень, на котором находится норма закона. И в такой ситуации установленное волей

---

<sup>12</sup> Об этом свидетельствуют положения Дигест Юстиниана: «Публичное право не может быть изменяемо договорами частных лиц» (De ras. 2.14.38 Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. – М.: Статут, 2002. С. 287). Как мы покажем ниже, это положение не стоит понимать буквально.

<sup>13</sup> De her. 1.3.5, 3.3.5. Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. 2. – М.: Статут, 2002. С. 85.

субъекта правило отодвигает на второй план предписание публичного характера в силу того, что оно, являясь предусмотренным правовой системой изъятием из публичного предписания, приводится в действие волей субъекта, поименованного в законе.

Вместе с тем правонаделяющее предписание может и не конкурировать с предписанием публичного характера. Например, у лица есть право на заключение договора. Если он воспользуется подобным правом, то его будут связывать предписания, характерные для данного вида договора. Если нет, то правоотношение просто не возникнет и к нему, что очевидно, не будут применимы какие-либо правовые предписания, касающиеся возможного вида договорной модели.

На наш взгляд, сфера применения *jus dispositivum* в качестве права дозволительного охватывает как первый описанный случай конкуренции между предписанием публичного характера и предписанием, возымевшим силу в результате реализации права, предусмотренного правонаделительным положением, так и второй, когда никакой конкуренции между указанными предписаниями нет. Другими словами, *jus dispositivum* есть совокупность различного рода правонаделяющих норм (конкурирующих и не конкурирующих с публичными нормами)<sup>14</sup>. Таким образом, предписания, возымевшие силу в результате реализации права, предусмотренного правонаделительным предписанием, и отодвигающие на второй план предписание публичного характера, представляют собой лишь часть положений, которые составляют *jus dispositivum*.

При этом подобные предписания не составляют единого нормативного материала, единой нормы, а выступают скорее как результат интерпретации отдельно существующих правовых положений. Дело в том, что римское право не содержало предписаний, которые позволяют отходить от

---

<sup>14</sup> В свете сделанного вывода отметим, что достаточно большой интерес представляют также причины, по которым в римском праве сложилась система из публичных и правонаделительных предписаний. На наш взгляд, подобное разделение обусловлено требованиями «эквивалентности и соразмерности дозволенного и запрещенного, которые мыслятся в данном обществе как правильные и справедливые» (Дождев Д.В. Римское частное право: учебник / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Норма. 2008. С. 105).

закрепленного содержания соответствующей части закона. Вместе с тем устранение предписания публичного характера происходит не потому, что оно само это допускает, а в результате возникновения правовой коллизии между одновременно действующими положениями, в рамках которой совершается выбор. Таким образом, *jus dispositivum* получает реализацию при помощи иных правовых принципов и логики, нежели как это происходит в настоящее время.

Эти выводы очень интересны в свете российского разделения норм на императивные и диспозитивные. В отечественном праве диспозитивными именуется нормы, содержащие для участников регулируемых отношений возможность самостоятельно выбрать наиболее целесообразный вариант поведения<sup>15</sup>. Однако, как нами было выявлено, диспозитивными являлись не только предписания, возымевшие силу в результате реализации права, предусмотренного правонаделительным положением, и отодвигающие на второй план предписания публичного характера, но также предписания, которые были только правонаделительными, без конкуренции с другими нормами. Поэтому, а также с учетом указанного нами содержания понятия *jus dispositivum* (существовавшего в понимании римских юристов), использование термина «диспозитивная норма» в российском праве не соответствует его историческому пониманию. Подобное относится и к большинству правопорядков континентального права<sup>16</sup>. Осознание ошибочности существующего терминологического положения приводит нас к выводу о том, что до настоящего времени большая группа норм не имеет наименования, адекватного своему содержанию. Но вернемся к исследованию конструкций римского права.

Как видно из изложенного выше, римское право не имело такого правового инструмента, который был предложен при проведении кодификации европейского гражданского права. Более того, отличие

---

<sup>15</sup> Гражданское право: В 4 т. Общая часть: Учебник. Т. 1, 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. Е.А. Суханова, М.: Волтерс Клувер, 2008 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>16</sup> Подробнее об этом – см. ниже.

римского *jus dispositivum* от норм, позволяющих регулировать отношения по иному, чем это указано в правовом предписании, проявляется ещё более ярко, когда мы видим, что *jus dispositivum* также находило выражение в ситуациях, где не было сторон (двух и более лиц) правоотношения и, следовательно, необходимости их согласованной правовой воли (как это полагается в классической диспозитивной норме). Например, при наличии завещания, меняющего очередность наследников.

Однако основы появления норм, позволяющих изменять правовое предписание посредством воли сторон, на наш взгляд, все же усматриваются именно в римском праве. В частности, определенные схожие принципы функционирования нынешних норм, позволяющих регулировать отношения сторон посредством их соглашения, и описанной нами выше системы предписаний, существовавшей в римском праве, можно проследить через источники. В результате их анализа удастся установить, что имел место (так же, как и сейчас) личный (относительный) характер конкурирующего правила, возникающего в результате реализации правонаделительного предписания. Это означало, что если стороны договора, воспользовавшись своим правом, установили иной порядок, нежели предусмотренный законом, такое изменение произошло только для них, никак не касаясь третьих лиц. Наглядно данный вывод демонстрирует следующий отрывок из Дигест: «Спрашивает Нераций: если тот, кто дал женщине приданое, обеспечил стипуляцией, что две части приданого будут ему возвращены, а третья останется у мужа и при этом есть соглашение, что муж не платит (из этой части) за похороны, — отвечает ли муж по похоронному иску? И Нераций говорит, что, если сам стипулятор похоронит женщину, действует соглашение, и похоронный иск для него бесполезен; если же похоронил кто-то иной, то он может привлечь мужа, поскольку это соглашение не может быть сильнее публичного права» (*De rel. 11.7.20*)<sup>17</sup>. При более подробном

---

<sup>17</sup> Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. 2. – М.: Статут, 2002. С. 611.

исследовании источников легко можно установить иные схожие черты между существующей и существовавшей системами предписаний.

Таким образом, несмотря на отсутствие конструкции, которую можно было бы в первоизданном виде перенести из римского права, существовавшая система предписаний в рамках кодификации все же легла в основу правил, позволяющих, посредством реализации автономии воли сторон, регулировать отношения по-иному<sup>18</sup>.

### *Характеристика и оценка jus cogens*

Как нами было указано выше, принудительное право состояло из предписаний, обязательных для исполнения. В большинстве случаев оно касалось интересов всего общества, что позволяет сделать вывод о схожести характера этих предписаний с нормами публичного права. В силу важности принудительных положений не допускалось каким-либо образом отступать от предусмотренных ими правил. Об этом, напомним, свидетельствуют положения Дигест Юстиниана: «Публичное право не может быть изменяемо договорами частных лиц»<sup>19</sup>.

Как при таком положении в римском праве *jus cogens* соотносится с современными предписаниями, которые обязательны для исполнения в рамках гражданских правоотношений? Чтобы ответить на этот вопрос, представляется необходимым обратиться к известной классификации законов, выделенной Ульпианом. Его классификация строилась на разделении законов в зависимости от санкции, вытекающей из нарушения

---

<sup>18</sup> На наш взгляд, в пользу того, что прообразом «диспозитивных норм» являются конструкции римского права, указывают еще две причины. Во-первых, ориентация европейских кодификаций на конструкции римского права (О заимствовании из римского права при французской кодификации – см., напр., Pothier R. *Traité élémentaire du contrat de société*: Paris. 1861. Ещё более основательно рецепция римского права была проведена в Германии. Говоря о ее масштабе, достаточно упомянуть только факт появления такого феномена как пандектика. Об этом см., напр., Windscheid, B. *Lehrbuch des Pandektenrechts Band 1*, Düsseldorf 1862. S. 65). Во-вторых, необходимость выражения правил на нормативном языке, что предполагает их четкое и удобное применение.

<sup>19</sup> De рас. 2.14.38 Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. – М.: Статут, 2002. С. 287.

соответствующего предписания закона<sup>20</sup>. Согласно тексту поздней эпитомы (Ulp., Reg., 1,1 – 2), он выделял следующие три вида законов: *leges perfectae* (законы совершенного вида), которые предусматривают ничтожность запрещенного акта; *leges minus quam perfectae* (законы менее чем совершенного вида), которые устанавливают наказание (обычно штраф) за нарушение, но не лишают противозаконный акт силы; *leges imperfectae* (законы несовершенного вида), которые не предусматривают никакой санкции: ни ничтожности акта, ни наказания<sup>21</sup>. Впоследствии к данной системе были отнесены законы *plus quam perfectae* (законы более чем совершенного вида), которые и лишают противоправный акт силы, и устанавливают наказание за нарушение<sup>22</sup>. Указанные виды законов в полной мере нашли отражение в различных европейских правопорядках. В частности, в качестве современного примера *leges minus quam perfectae* можно рассматривать п. 2 § 671 ГГУ, который регулирует случай расторжения договора поручения со стороны поверенного. Указанная норма устанавливает, что расторжение должно осуществляться при условии, что доверитель имеет возможность принять иные меры для осуществления порученных действий, за исключением наличия уважительной причины. Если поверенный расторгнет договор немедленно и без уважительной причины, то он обязан возместить доверителю причиненные этим убытки. В качестве примера *leges imperfectae* можно рассматривать немецкий запрет на продажу товаров в воскресный день<sup>23</sup>. В свою очередь, современный пример *plus quam perfectae* можно отыскать в рамках российского правопорядка, где ст. 169 ГК предусматривает не только недействительность

---

<sup>20</sup> Подобная классификация была основана на том, что «формулировка принятых законов распадалась на три части: а) надпись (*praescriptio*), указывающая имена инициаторов закона, вид народного собрания и обстоятельства, вызвавшие издание закона; б) *rogation* – содержание самого закона, и в) санкция (*sanction*). Последняя содержала гарантии соблюдения закона» (Краснокутский В.А. Римское частное право: учебник / В.А. Краснокутский и др.; под ред. Проф. И.Б. Новицкого, проф. И.С. Перетерского. – М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 28).

<sup>21</sup> Дождев Д.В. Указ. соч. С. 105. Ссылка на подобную классификацию имеется и у Гарсия Гарридо М.Х. Римское частное право: казусы, иски, институты / Пер. с испанского; отв. ред. Л.Л. Кофанов. – М.: Статут, 2005. С. 64.

<sup>22</sup> Дождев Д.В. Там же.

<sup>23</sup> См., напр., Larenz, K. *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*: 7, neubearb. Aufl. – München. 1989, S. 31.

сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности, но и взыскание всего полученного по сделке в доход государства<sup>24</sup>.

Одновременно некоторые из исследователей отмечают, что римское право знало деление *jus cogens* на право повелительное и запретительное, «смотря по тому, формулировано оно положительно или отрицательно»<sup>25</sup>. Как мы увидим далее, подобное деление принудительных предписаний существует сегодня как во Франции, так и в Германии. При этом правила о недействительности современных повелительных предписаний, которые не указывают последствия их несоблюдения, также, на наш взгляд, имеют корни в римском праве. В частности, как отмечает В.А. Краснокутский, «с V в. при сомнении всякий воспрещающий закон считался *lex perfectae*»<sup>26</sup>, то есть влекущим ничтожность предпринятого акта.

Таким образом, в части принудительных предписаний современные правовые системы континентального права имеют значительное сходство с конструкциями римского права, что предопределяет понимание истоков решений, принятых в рамках европейских кодификации.

В то же время мы не будем в нашем исследовании вдаваться в подробности, почему в римском праве сложилась такая система принудительных предписаний с различными санкциями<sup>27</sup>. Однако при этом нельзя обойти вопрос соотношения выделенных видов законов с пониманием *jus cogens* как принудительного права. В отношении *leges perfectae* не вызывает сомнений необходимость соблюдения указанных предписаний, ибо, в противном случае, совершенный правовой акт будет ничтожным. Между тем законы *minus quam perfectae* и *imperfectae* с точки зрения своей принудительности не выглядят столь бесспорно. Можно ли говорить о

---

<sup>24</sup> Другой вопрос, что в таких случаях должно попадать в доход государства. Дело в том, что предметом сделок, недействительных в рамках ст. 169 ГК, могут выступать весьма специфические вещи. Например, трупы людей или животных. Думается, что их вряд ли можно и нужно обращать в доход Российской Федерации.

<sup>25</sup> См., напр., Барон Ю. Там же.

<sup>26</sup> Краснокутский В.А. Указ. соч. С. 29.

<sup>27</sup> На наш взгляд, наилучшее объяснение этому содержится у Дождева Д.В. (Дождев Д.В. Указ. соч. С. 104, 105).

принудительности законов в том случае, когда нарушение запрета даже если и влечет наложение штрафа, то не отменяет последствия совершенного акта? Видимо, вряд ли. При этом, учитывая тот факт, что норма запрета обходится посредством реализации автономии воли (норма уступает автономии воли), определенной корректировке может подвергнуться соотношение *jus cogens* и *jus dispositivum*. В таком случае *jus cogens* как общеобязательная категория будет составлять только предписания, несоблюдение которых влечет ничтожность совершенного акта, а сфера *jus dispositivum* расширится за счет включения в него предписаний, которые хоть и сформулированы как запреты, но отступают в случае проявления автономии воли. При этом подобные предписания нельзя отнести к *jus dispositivum* в том смысле, который мы обозначили выше, в связи с чем они будут занимать особое место как негативно сформулированные предписания, уступающие случаям проявления автономии воли. Их отличие от правонаделительных норм, конкурирующих с другими предписаниями, будет заключаться в том, что в случае, когда автономия воли сторон относительно нормы-запрета не проявлена, поведение субъектов права не будет урегулировано положительно, и у них не возникнет необходимости совершать какие-либо действия для соблюдения правила.

Именно так нам видятся истоки решений, принятых в период кодификации гражданского права в европейских странах. Теперь обратимся к более детальному рассмотрению систем предписаний в странах, принявших самое активное участие в процессе кодификации.

## ***Франция***

### *Основания разделения норм*

Первой кодификационную работу провела Франция, что увенчалось в 1804 г. принятием фундаментального акта гражданского права – Code Civil (далее – ФГК). Во введении мы показали, на основе каких идей он

формировался. Полагаем, что в первую очередь именно идеи свободы и равенства преобладали у создателей ФГК над всеми иными идеями и постулатами. Однако при этом нельзя было не понимать, что свобода имеет свои границы и заканчивается там, где начинается свобода другого лица. В результате итогом компромисса между различными частными и публичными интересами стала ст. 6 ФГК, согласно которой нельзя нарушать частными соглашениями законы, затрагивающие публичный порядок и добрые нравы<sup>28</sup>. Видится, что подобное положение ФГК является его базовой идеей, которой должен быть пронизан весь текст Кодекса. На наш взгляд, именно эти обстоятельства послужили основой для рассуждений, что создатели ФГК пытались четко разделить предписания на те, которые могли быть изменены посредством действия автономии воли, и которые были к такому воздействию индифферентны.

Предполагается, что это разделение было проведено текстом закона: присутствие в формулировке нормы запрещения («не может» или его эквивалент) или глагола будущего времени (заменяющего императив) неизменно указывало на обязательную или принудительную природу текста, в то время как использование формы (какого-то показателя) настоящего времени или любой другой формы глагола без отрицания, предполагало текст, от которого можно отступить<sup>29</sup>. Подобное решение представляется достаточно изящным. Закон, употребляя форму будущего времени, тем самым показывал, что хочет сохранить положение и в дальнейшем; напротив, если закон оперировал настоящим временем, то он лишь обозначал существование определенного положения в настоящий момент без претензии на подобный порядок в будущем.

Однако практика применения закона показала нежизнеспособность жестких конструкций, которые не могли видоизменяться в зависимости от

---

<sup>28</sup> Перевод статьи приведен по Французскому гражданскому кодексу: учебн.-практич. комментарий. – М.: 2008. С. 18. Нетрудно заметить, что формулировка данной статьи непосредственно пересекается с формулировкой, содержащейся в Дигестах Юстиниана, согласно которой публичный закон не может быть изменен частным соглашением.

<sup>29</sup> Garro A.M. Op. cit. P. 1016.

условий жизни общества и его социальных ориентиров. Понимая это, современная доктрина ставит под сомнение наличие намерений у законодателя на формирование жестких конструкций в праве и предоставляет значительный простор в усмотрении судебной практике<sup>30</sup>. В такой ситуации законодателю остается лишь указывать направления, в которых стоит рассуждать, определяя вид нормы, поскольку последнее слово он оставляет за судебной практикой. Это, в свою очередь, ставит вопрос, правомерно ли считать, что во Франции деление норм по их силе относится к области законодательной техники. Одновременно нельзя не отметить, что в последнее время французский законодатель вновь недвусмысленно старается устанавливать в законах обязательную силу предписаний, оставляя меньше простора судебной практике<sup>31</sup>. Правда, эта практика пока не носит масштабного характера.

При таких обстоятельствах для понимания того, как происходит разделение правовых норм по их силе, ст. 6 ФГК является ключевой. Она представляет собой своеобразный рубеж, отделяющий интересы индивида (частный интерес) от интересов общества. И в зависимости от того, на какой стороне находится норма, она относится или к тем, которые непререкаемы и не могут быть отклонены, или к имеющим меньший авторитет для публичного порядка, то есть к тем, в отношении которых позволено иное регулирование. Первые из них во французской доктрине получили наименование *lois imperatives* (далее – императивные нормы), вторые – *lois suppletives (de volonte)* (далее – неимперативные нормы)<sup>32</sup>.

#### *Характеристика императивных и неимперативных норм:*

##### *Неимперативные нормы*

К неимперативным французская доктрина относит две категории норм: восполнительные (интерпретационные) и диспозитивные. Восполнительные

---

<sup>30</sup> Garro A.M. Op. cit. P. 1017.

<sup>31</sup> Hesselink M.W. Non-Mandatory Rules in European Contract Law // 1 European Review of Contract Law. 2005. P. 57.

<sup>32</sup> Ibid.

нормы «устанавливаются позитивным правом для интерпретации, толкования предполагаемой воли частных лиц<sup>33</sup>. ...Они предлагают частным лицам готовые образцы поведения, но их применение может быть в каждом отдельном случае устранено соглашением частных лиц»<sup>34</sup>. Иными словами, это те нормы, на которые стороны согласились, заранее зная, что их можно изменить. Диспозитивные нормы, в свою очередь, «не основываются на предполагаемой воле заинтересованных лиц. Они устанавливаются государством потому, что оно считает их соответствующими потребностям общества. Но соображения, из которых исходят эти нормы, не представляются настолько непрекаемыми, чтобы в интересах общественного порядка нельзя было допустить отступлений от них со стороны частных лиц»<sup>35</sup>. Оба вида неимперативных норм являются итогом реализации принципа автономии воли в гражданском праве. Сферой, где подобные нормы находят применение, является договорное право, большинство норм которого неимперативно<sup>36</sup>, а также имущественные отношения супругов<sup>37</sup>. В зарубежной литературе при этом отмечается, что истинное содержание неимперативных норм составляют лишь диспозитивные нормы<sup>38</sup>. Однако, как мы видим, несмотря на различное функциональное назначение двух видов норм, для участников соглашения обе разновидности по своей сути представляют нормы, которые применимы только в том случае, если стороны не договорятся об ином. Разница состоит лишь в том, что стороны, пытаясь изменить диспозитивную норму, будут вынуждены каждый раз оценивать норму с точки зрения общественного

---

<sup>33</sup> Здесь идет речь, видимо, о несколько иной предвидимой воли сторон, нежели как понимается этот термин в странах общего права. Применительно к использованию термина в смысле общего права во французской доктрине отношение было достаточно критичное (см., напр., Годэмэ Е. Общая теория обязательств. М., 1948. С. 216, 217).

Здесь и далее ссылка на переводную французскую литературу дается исключительно для удобства. То, что в указанной литературе содержится актуальная для французского права позиция, следует из ранее приводимых современных источников: Garro A.M. *Op. cit.* P. 1015-1019; Hesselink M.W. *Op. cit.* P.57.

<sup>34</sup> Де ла Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции: в 3 т. Т. 1. М., 1958. С. 43.

<sup>35</sup> Там же.

<sup>36</sup> Годэмэ Е. Общая теория обязательств. М., 1948. С. 211.

<sup>37</sup> Де ла Морандьер Л.Ж. Там же.

<sup>38</sup> Подробнее об этом см.: David R. The Distinction Between *Lois Imperatives* and *Lois Suppletives* in Comparative Law // 22 Rev. Jur. U.P.R. 1952–1954. P. 154ff.

порядка, прежде чем решиться на её изменение. Выделение подобного рода норм связано с тем, что, как было указано выше, вид нормы может меняться в зависимости от изменений в жизни общества и его социальных ориентиров. Таким образом, мы наблюдаем во французском праве комбинацию неимперативных норм, пытающуюся преодолеть проблему отсутствия четкого разделения норм по их силе. Одновременно выделенная классификация позволяет четко определить назначение неимперативных норм. Оно выражается в выстраивании справедливого, соответствующего потребностям общества регулирования в тех случаях, когда стороны не в полной мере используют свободу договора и автономию воли, предоставляемую в рамках гражданского права.

В связи с подобной классификацией неимперативных норм необходимо отметить ещё одну важную особенность французского права. Как мы видим из приведенной классификации, характер норм в гражданском праве определяется по отношению к лицам, которые уже вступили в соответствующие гражданско-правовые отношения посредством использования на это своего права. Французская доктрина, в отличие, например, от немецкой, не пытается смотреть на вид нормы с тех позиций, что лицо, не пользуясь правом, например, на заключение договора соответствующего вида, может таким образом исключить применение императивных правил, относящихся к определенному виду договора. Это не делает выделенную классификацию неверной, но в некоторой степени затрудняет её понимание. Однако у французского права, возможно, свой путь познания сути различных видов норм, который связан с уже упоминавшейся ст. 6 ФГК. Видимо, применением критериев, содержащихся в данной статье, и обусловлено признание норм, связанных со статусом лица, его гражданским состоянием, основными правами в качестве императивных<sup>39</sup>.

С учетом отмеченной особенности интересным представляется посмотреть на содержание неимперативных норм, выделяемое французской

---

<sup>39</sup> В Германии на этот счет несколько иной подход. Об этом см. ниже.

доктриной, с точки зрения римских конструкций. Сопоставление приводит нас к выводу, что она не соответствует выделенному нами содержанию *jus dispositivum*. Дело в том, что в структуре французских неимперативных норм вообще не предусматриваются правонаделительные нормы (которые не имеют конкуренции с публичными предписаниями). Там оставлено место лишь для тех норм, которые могут быть изменены посредством реализации сторонами их автономии воли в договорных отношениях (при этом добавлены туда и восполнительные нормы). Поскольку в доступной нам литературе отсутствуют обоснования сложившейся структуры неимперативных норм, достаточно трудно установить, что послужило этому причиной. Допускаем, что подобное может вытекать из ст. 6 ФГК, ставящей границу между частным и публичным интересами, и, следовательно, между не подверженными изменению волей сторон (императивными) и уступающими воле сторон (неимперативными) нормами.

### *Императивные нормы*

Теперь обратимся к императивным нормам, которые располагаются по другую сторону ст. 6 ФГК, в области публичного порядка. Они также делятся на два вида: повелительные и запрещающие. В доктрине эти нормы относятся, прежде всего, к публичному порядку; иначе говоря, их целью является обеспечение примата коллективных интересов и организации общества перед чисто личными интересами<sup>40</sup>. В связи с этим они не могут быть подвергнуты изменению посредством соглашения. Любое соглашение, направленное на изменение императивной нормы, ничтожно<sup>41</sup>. Однако различие между выделенными императивными нормами все же имеется. Оно заключается в том, что нарушение повелительной нормы не рушит сделку, а условие, согласованное сторонами, заменяется на то, которое установлено правовым предписанием (это правило стороны должны исполнять в силу

---

<sup>40</sup> Де ла Морандьер Л.Ж. Там же.

<sup>41</sup> Французский гражданский кодекс: учебн.-практич. комментарий. – М.: 2008. С. 18.

вступление в соответствующие отношения). В свою очередь, нарушение запрещающей нормы ограничивается ничтожностью предпринятой сделки. При этом французское право, как и римское, выделяет такую разновидность предписаний, нарушение которых может повлечь лишь санкцию, без признания сделки, нарушившей норму, недействительной<sup>42</sup>. К императивным французская доктрина относит практически все вещное право, семейное, за исключением имущественных отношений супругов, а также нормы, регулирующие статус лица, его гражданское положение, объем правомочий<sup>43</sup>.

Таким является разделение норм во Франции, представителе романской системы права. Теперь обратимся к германской системе права и наиболее яркому её правопорядку – германскому.

## *Германия*

### *Основания и сфера применения разделения норм*

В доктрине Германии еще до принятия ГГУ обсуждалось разделение права на так называемое императивное (принудительное) и неимперативное (непринудительное) (*das zwingende und nichtzwingende Recht*)<sup>44</sup>. Например, Б. Виндшайд выделял императивное и условно-обязательное право. К первому он относил положения, которые исключают всякое личное усмотрение и применяются вне зависимости от наличия иного правила, предусмотренного сторонами. Во второе он включал положения, позволяющие по-иному регулировать отношения между сторонами и получающие силу в случае отсутствия усмотрения сторон<sup>45</sup>. Сходную позицию занимал Ф. Регельсбергер<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Там же.

<sup>43</sup> Де ла Морандьер Л.Ж. Указ. соч. С. 56, 67, 77.

<sup>44</sup> Иногда в литературе оно именуется как уступчивое право – *nachgiebiges Recht*.

<sup>45</sup> Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. Düsseldorf, 1862. S. 65.

<sup>46</sup> Regelsberger F. Pandekten. Leipzig, 1893. S. 130, 131.

Подобное внимание к указанному делению права объясняется тем, что период, предшествовавший принятию ГГУ, был ознаменован всплеском интереса к римскому праву; это даже послужило основанием для появления в науке такого направления, как «пандектное право». Представляется, что именно на влиянии римского права основаны идеи и труды ученых того периода. При этом ни в коем случае нельзя сбрасывать со счетов французскую кодификацию, которая была проведена на сто лет раньше и перед которой стояли те же проблемы, что и перед кодификацией немецкой. Мы полагаем, что ее идеи, несомненно, повлияли на решения немецких законодателей, однако каких-либо прямых свидетельств влияния французской кодификации на немецкую нам установить не удалось.

Между тем наиболее подробную разработку деление права на императивное и неимперативное получило по завершении работы над ГГУ. Исследованию ученых подверглись основополагающие вопросы, касающиеся указанного нами деления.

В частности, О. Эрлих ставил вопрос о сфере применения дихотомии императивных и неимперативных норм (далее – дихотомия). Основанием для исследования послужили различные позиции, занятые Б. Виндшайдом и Дж. Унгером. Как указывал О. Эрлих, основываясь на приведенной нами позиции Б. Виндшайда, согласно господствующему мнению, речь идет о противопоставлении, которое действует для всех правовых норм, а не только для отдельных юридических категорий<sup>47</sup>. Иного мнения придерживался Унгер. Он достаточно ясно указывал, что стоит говорить «не о свойствах правовых норм как таковых, а об отношении правовой нормы к правовой сделке», и констатировал, что «характер неимперативных норм состоит в дополнении неопределенной или невысказанной воли сторон»<sup>48</sup>. Исходя из этого, О. Эрлих заключал: если мнение Дж. Унгера верно, мы имеем дело с противоположностью, которая не может относиться ко всем правовым

---

<sup>47</sup> Ehrlich E. Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena, 1899. S. 1.

<sup>48</sup> Ibid. S. 1.

нормам, а ограничена только такими нормами, которые регулируют право юридических (правовых) сделок<sup>49</sup>. Таким образом, в своей работе О. Эрлих исследовал вопрос о том, стоит ли распространять дихотомию на все правовые нормы ГГУ или же следует ограничиться только сферой, регулирующей юридические сделки.

Подвергнув исследованию практически все нормы ГГУ, О. Эрлих пришел к выводу, что все частное право можно признать неимперативным. Свое мнение он основывал на следующем: частное право построено таким образом, что лицо практически всегда может изменить правовые последствия норм, воспользовавшись отказом от своих прав или их отчуждением. При этом О. Эрлих считал, что нельзя даже ставить вопрос о возможном разделении права, так как здесь речь идет не об изменении нормы (возможности ее изменения), а о действительности отказа или отчуждения права. В качестве примера он приводит отказ от наследства, где, на его взгляд, происходит не изменение норм наследственного права, а отчуждение права на приобретение<sup>50</sup>. Исходя из этого, О. Эрлих справедливо пришел к выводу, что выделение дихотомии норм теряет всякий смысл для частного права<sup>51</sup>. Говоря несколько иными словами, О. Эрлих выводил неимперативность всех норм из того факта, что лицо само решает, будет ли оно вступать в соответствующее правоотношение и тем самым распространять на себя определенные правовые последствия. При таком понимании частное право действительно не содержит практически никаких ограничений. Стоит еще раз отметить, что О. Эрлих связывал подобное понимание с вышеприведенной позицией Б. Виндшайда<sup>52</sup>.

Однако сам О. Эрлих не видел рациональности в таком понимании неимперативных норм. Он в большей мере склонялся к мнению Дж. Унгера, который предлагал определять неимперативность норм, опираясь не на

---

<sup>49</sup> Ibid. S. 2.

<sup>50</sup> Ibid. S. 7, 8.

<sup>51</sup> Ibid. S. 10.

<sup>52</sup> Ehrlich E. Op. cit. S. 7.

характер нормы, а на ее отношение к правовой сделке<sup>53</sup>. На наш взгляд, это означает, что вопрос об императивности или неимперативности норм фактически переносился с фазы вступления в правоотношения на фазу, когда лицо уже является участником правоотношений и требуется определить содержание правила, регулирующего поведение данного лица. Если придерживаться подобного понимания, то дихотомия приобретает вес, так как не все нормы частного права допускают изменение собственного содержания лицом, подпадающим под действие нормы.

В основном придание решающего значения воле сторон характерно для сфер договорного права, формирования имущественных отношений супругов, наследования. Указанное понимание сферы применения дихотомии стало преобладающим в германской доктрине<sup>54</sup> и не претерпело изменений до настоящего момента.

#### *Соотношение императивных и неимперативных норм*

Сразу же после принятия ГГУ доктрина отмечает одну из главных проблем разделения правовых предписаний – проблему отношения между нормами дихотомии<sup>55</sup>. Тот же О. Эрлих отмечал, что границы, в пределах которых должны вводиться в действие императивные нормы, определить трудно: «Свобода договора без весомых оснований не может быть сужена, однако если избегать необходимого принуждения, то деловая практика ведет к осуществлению права, которое для отдельного лица обременительно и может существенно мешать единству права»<sup>56</sup>. Видимо, понимали это и разработчики ГГУ, так как решение о разделении всех его норм было отвергнуто Комиссией по ревизии предварительного проекта ГГУ в 1896 г.<sup>57</sup> В итоге последнее слово в определении вида нормы было признано за

---

<sup>53</sup> Ibid. S. 1.

<sup>54</sup> См., например: Endemann Fr. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl., unveränd. Abdr. der 5. Aufl. Berlin, 1899. S. 33.

<sup>55</sup> Отметим, что эта проблема отмечается уже при понимании того факта, что дихотомия применима только к отдельным сферам частного права (договорное, частично наследственное, имущественные отношения супругов).

<sup>56</sup> Endemann Fr. Op. cit. S. 34.

<sup>57</sup> Garro A.M. Op. cit. P. 1020, 1021.

судебной практикой<sup>58</sup>. Однако для ряда положений разделение норм все же было произведено, и его не стали исключать из текста ГГУ. Для того чтобы указать, по крайней мере для некоторых случаев, когда закон подразумевает данную норму императивной, а когда – неимперативной, в ГГУ используется следующая терминология: «Императивный характер придается использованием выражения «лицо обязано» (muss) («обязательные предписания») (то же самое означает (что звучит неожиданно для обычного словоупотребления) и выражение «лицо может» (kann), в известном смысле равнозначное выражению «лицо обязано»); напротив, нормы с выражением «лицо должно» (soll) имеют инструктивный характер, их несоблюдение не делает предпринятое действие недействительным»<sup>59</sup>.

*Характеристика императивных и неимперативных норм:*

*Неимперативные нормы*

Также после принятия ГГУ в доктрине была сделана попытка раскрыть содержание императивных и неимперативных норм. Так, Фр. Эндеманн, ограничивая сферу применения неимперативного права областями договорного права, формирования имущественных отношений супругов и наследования, характеризовал свойственные им нормы как обладающие характером дополнительности<sup>60</sup>. По его мнению, «законодательное предписание не является абсолютным, безоговорочно приводимым в исполнение при наступлении определенного состава; более того, участнику правоотношения дозволено оказывать воздействие на формирование и последствия правоотношения. Тем самым такой род правовых норм приобретает свойство «резерва»: они скрываются в первую очередь за распоряжениями субъекта права и, наоборот, проявляются везде, где

<sup>58</sup> Так, Эннекцерус указывает на то, что практически все нормы договорного права признаются неимперативными (Эннекцерус Л., Кипп Т., Вольф М. Курс германского гражданского права. Т. I. Полугом 1. М., 1949. С. 173).

<sup>59</sup> Endemann Fr. Op. cit. S. 36.

<sup>60</sup> Endemann Fr. Op. cit. S. 33.

частноправовые диспозиции обнаруживают пробел»<sup>61</sup>. Подобный подход к содержанию неимперативных норм господствовал и в австрийской доктрине<sup>62</sup>.

Из указанного содержания неимперативных норм выводится и их функциональное назначение. Оно состоит в том, что законодателем принимаются правовые нормы, соответствующие принципам всеобщего блага и справедливости, которые получают свою силу в случае пробельности в регулировании соответствующего отношения сторонами<sup>63</sup>. В дальнейшем, как указывает современная литература, такие нормы стали именоваться дополняющими<sup>64</sup>.

Фр. Эндеманн относил к неимперативным нормам и те, которые в случае вступления сторон в определенное правоотношение без определения правил его регулирования, помогают интерпретировать волю сторон и сообразно этому устанавливать соответствующее регулирование<sup>65</sup> (интерпретационные нормы). На наш взгляд, выделение подобных норм связано, в первую очередь, с деятельностью судов, которые в случае отсутствия регулирования как соглашением сторон, так и законодателем были вынуждены опираться на общие положения для установления правила, как бы согласованного сторонами. Однако мы не считаем, что это оказало решающее воздействие на формирование неимперативных предписаний, как это было, например, в системе англо-американского права.

Данные виды неимперативных норм любопытно соотнести с теми, которые выделяются во Франции. На первый взгляд они в двух странах совпадают. На самом же деле между ними имеются существенные отличия. В частности, во Франции диспозитивные и восполнительные нормы выполняют одну и ту же роль – содержат правило, которое вступает в действие в том случае, если стороны не предусмотрели иного регулирования

---

<sup>61</sup> Ibid. S. 33, 34.

<sup>62</sup> Unger J. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 5., unveränd. Aufl. Leipzig, 1892. S. 53, 54.

<sup>63</sup> Endemann Fr. Op. cit. S. 34.

<sup>64</sup> Larenz K. Op. cit. S. 32.

<sup>65</sup> Ibid. S. 34.

своих отношений в соответствующей сфере. В Германии, напротив, подобную роль выполняют только дополняющие нормы. Интерпретационные нормы, хотя и относятся к категории неимперативных, имеют иное предназначение. Они закрепляют положения, на основании которых суд, исходя из сложившихся отношений и целей сторон, восполняет пробелы в договоре. Таким образом, в Германии выделяется дополнительный вид неимперативных норм, которые не содержат заранее установленного правила на случай отсутствия договорного регулирования. В связи с этим категорию неимперативных норм в Германии стоит признать более широкой по сравнению с аналогичной категорией во Франции<sup>66</sup>.

### *Императивные нормы*

Если в отношении неимперативных норм мы можем проследить лишь некоторые черты преемства римского права, то в области императивных норм подобное сходство прослеживается более четко. В частности, градацию императивных предписаний, сходную римской, восприняло кодифицированное ещё в 1811 г. близкое немецкому австрийское право. Австрийская доктрина выделяет в качестве основных императивных предписаний нормы-запреты, несоблюдение которых влечет ничтожность акта, направленного на обход запрета. Как справедливо замечается, если императивный закон все же признает наличие иных последствий действия, противоречащего запрету, то он вступает в противоречие с самим собой и перестает быть императивным<sup>67</sup>. Несмотря на это австрийский закон все же вступает в такое противоречие, так как в нем содержатся нормы: а) которые не предусматривают ничтожность акта, совершенного в нарушение запрета, а влекут лишь наложение санкции на лицо, отступившее от запрета; б) которые

---

<sup>66</sup> К сожалению, обоснование, почему именно такие виды непринудительных норм выделялись в германской доктрине после принятия ГГУ, нам установить не удалось. При этом стоит отметить, что рассматривать в качестве основы римское право можно только в отношении дополняющих норм. В свою очередь, интерпретационные нормы, на наш взгляд, стали результатом стремления законодателя делегировать суду некоторую часть правотворческих функций для устранения очевидных пробелов в только что принятом ГГУ.

<sup>67</sup> Unger, J. Op. cit. S. 56.

не предусматривают в случае отступления от запрета ни ничтожности акта, ни наказания лица за несоблюдение запрета<sup>68</sup>. Доктрина признает подобные нормы исключением из общего правила о ничтожности<sup>69</sup>. Таким образом, несмотря на то, что доктрина в Австрии видела неоднозначность данного выделения императивных норм, римская модель не претерпела существенного изменения, а для обоснованности её применения было предусмотрено исключение из общего правила. Напомним: сомнение в том, что такая модель соответствует истинному содержанию императивных норм, было высказано нами ещё применительно к конструкции *jus cogens*, существовавшей в римском праве. Между тем подобная система императивных предписаний продолжает существовать в австрийском праве до настоящего момента.

Германия также в значительной мере опирается на римский подход в делении императивных норм. Однако это находит выражение несколько иным образом. Сразу после принятия ГГУ доктрина указывает на наличие в нем двух видов императивных норм: запрещающих и предписывающих.

### *Запрещающие нормы*

В категории запрещающих норм немецкое право выделяло две разновидности: а) запрещающие нормы, которые указывают – в качестве последствия их несоблюдения – ничтожность акта, противоречащего этой норме, и б) запрещающие нормы, которые влекут за собой лишь санкцию без признания акта недействительным<sup>70</sup>.

Гражданско-правовое действие запрещающих норм, указанных первыми, определено в § 134 ГГУ (согласно тексту данного параграфа сделка, нарушающая установленный законом запрет, ничтожна, если законом не предусмотрено иное)<sup>71</sup>. Оно имеет место, когда законодатель не допускает

---

<sup>68</sup> Unger, J. Op. cit. S. 56, 57.

<sup>69</sup> Unger, J. Op. cit. S. 57.

<sup>70</sup> Ibid. S.38.

<sup>71</sup> Так, заранее достигнутое соглашение о том, что на не выплаченные по основному долгу проценты начисляются новые проценты, недействительно (§ 248 ГГУ); выполнение социальных обязанностей,

наступления последствий, запрещенных нормой. Исходя из широкого толкования § 134 ГГУ, это предписание распространяется на: 1) правовые сделки, содержание или исполнение которых нарушает законодательный запрет; 2) любой законодательный запрет, который вытекает из всеобщей, а не только содержащейся в ГГУ нормы<sup>72</sup>, нацеленной на действие запрета во всей сфере гражданского права (это, прежде всего, имеет практическое значение для установления различий с уголовным правом)<sup>73</sup>. Применять толкование в указанных случаях необходимо в связи с тем, что в ГГУ запрет практически никогда не выражен очевидно. Таким образом, создатели ГГУ не только отказались от четкого разделения в тексте закона норм на императивные и неимперативные, но и не стали ограничивать текстом закона нормы, которые содержат запрет, влекущий недействительность предпринятого акта.

Иное происходит тогда, когда речь идет о норме, нарушение которой влечет за собой лишь санкцию – без признания действия, предпринятого вопреки запрету, недействительным. В этом случае необходимо исследовать основание наказания, и только если из него следует, что соответствующая правовая сделка может быть оценена как противоречащая материальному праву (здесь можно говорить и о латентном, косвенном содержании закона), то она рассматривается также и как запрещенная гражданским правом<sup>74</sup>. Причем, сталкиваясь дело с запретом, влекущим за собой наказание, стоит иметь в виду, что наказание есть первое и достаточное средство, и не следует предполагать, что наряду с этим должна еще наступать и недействительность<sup>75</sup>. При таком положении, как нам представляется, встает вопрос о том, насколько правомерно относить такую норму, нарушение

---

возложенных на работодателя законом, не может быть отменено или ограничено договором (§ 619 ГГУ); законный, судебный или административный запрет на отчуждение (§ 135–136 ГГУ); запрет превышения самопомощи (§ 230 ГГУ); запрет самоуправства относительно владения (§ 858 ГГУ). При этом формула «лицо не может» применяется также в смысле запрета.

<sup>72</sup> Как правило, это запреты, содержащиеся преимущественно в уголовном праве. На это, собственно, и указывается в литературе (см., например: Шапп Я. Система германского гражданского права. М., 2006. С. 280).

<sup>73</sup> Endemann Fr. Op. cit. S. 39.

<sup>74</sup> Ibid. S. 39, 40.

<sup>75</sup> Ibid. S. 40.

которой не влечет гражданско-правовой недействительности юридического акта, к категории императивных.

### *Предписывающие нормы*

Теперь обратимся ко второй категории императивных норм, выделенной в немецкой доктрине после принятия ГГУ. Как указывала доктрина, предписывающими нормами являются те, которые устанавливают необходимые признаки состава сделки, утверждая тем самым наличие действительных правовых сделок определенного типа<sup>76</sup>. При этом в литературе не определяются последствия того, что все-таки происходит с действием, направленным на отход от этих предписывающих положений. Однако, исходя из придаваемого им в литературе содержания, указанного выше, можно предположить: если стороны попытаются своим соглашением установить иное последствие, нежели то, что предусмотрено предписывающей нормой, такое соглашение просто не будет порождать желаемых правовых последствий, так как с ним закон таких последствий не связывает (например, установление владения). Здесь, видимо, стоит говорить о ничтожности или неоконченности (по российскому праву – незаключенности) того соглашения, которое направлено на изменение предписывающей нормы.

При этом, на наш взгляд, последствия ничтожности или неоконченности различны и зависят от того, какое положение стороны пытаются обойти. Если без этого условия договор не может устоять, то он полностью потеряет силу, а если речь идет об элементе состава – не приобретет ее; если же договор вполне может существовать и без данного условия, то он продолжает свое действие, но уже без такого условия. Из этого, в частности, вытекает различие между предписывающими и запрещающими нормами, которое состоит в их различном назначении для

---

<sup>76</sup> Ibid. S. 38. Это, например, § 1923 ГГУ, который гласит, что наследником может стать только тот, кто находится в живых в момент открытия наследства.

правопорядка: первые устанавливают предписания, определяющие регулирование в сфере гражданского права, а вторые (запрещающие) – ограничения, определяющие рамки действия гражданского права. При этом, несмотря на, казалось бы, одинаковые последствия (ничтожность соглашения), в случае ничтожности соглашения, предпринятого в отношении предписывающих норм, стороны во многих случаях обязаны подчиняться установленному законом порядку (правилу поведения).

Соглашение сторон не может служить основанием для изменения предписывающих норм еще и по той причине, что они имеют некую публичную значимость, которая выражается в обеспечении определенных рамок функционирования оборота. Именно этим, на наш взгляд, определяется то, что автономия воли лишена силы в части предписывающих норм. Здесь можно провести определенные параллели с нормами публичного римского права, которые не могли быть изменены соглашением сторон. В итоге видится, что в свете указанных различий предписывающие нормы имеют своим содержанием нечто большее, чем просто направленность на прямое ограничение свободы договора, выделяемую в российской литературе, которая посвящена исследованию императивных норм в Германии<sup>77</sup>.

*Подходы к разделению норм на императивные и диспозитивные в современном немецком праве*

Несколько иные черты приобрели подходы, существовавшие на момент принятия ГГУ в отношении императивных и неимперативных норм, после длительного применения положений ГГУ на практике. Несмотря на вывод О. Эрлиха о том, что впредь вопрос дихотомии необходимо рассматривать в рамках учения о сделках<sup>78</sup>, в немецкой литературе, посвященной комплексному анализу гражданского права, этот вопрос ряд ученых все же

---

<sup>77</sup> Карапетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 126.

<sup>78</sup> Ehrlich E. Op. cit. S. 10.

освещают именно при исследовании общих положений гражданского права<sup>79</sup>.

Что касается неимперативных норм, то доктринальная позиция относительно их назначения и сферы применения осталась прежней: они применяются с целью дополнить условия договора в том случае, если стороны не выразили намерений урегулировать свои отношения иным образом, а сфера их применения – преимущественно договорное право<sup>80</sup>. Не усматривается иного подхода и в отношении разновидностей неимперативных норм: в рамках данной категории также выделяются дополняющие нормы, которые получают силу, когда стороны не урегулировали отношения между собой иным образом, и интерпретационные нормы, которые используются для определения диспозиции сторон в случае отсутствия и соглашения сторон, и позитивной нормы<sup>81</sup>.

В части понимания императивных норм каких-либо существенных изменений также не произошло. Деление императивных норм сохранило свою силу и содержание: к предписывающим относятся нормы, которые регулируют предпосылки осуществления частной автономии (например, дееспособность, требования действительности волеизъявления) и, если речь идет об определенном типе сделки, регулируют допустимые типы сделок с присущими им обязательными характеристиками<sup>82</sup>; к запрещающим, в свою очередь, относят нормы, которые посредством запрета призваны исключить наступление неблагоприятного для правопорядка результата<sup>83</sup>.

В то же время, в отличие от периода принятия ГГУ, современная германская доктрина обращает особое внимание на последствия несоблюдения предписывающих и запрещающих норм, подвергая их

---

<sup>79</sup> См., например: Larenz K. Op. cit. S. 31–33; Brox H. Allgemeiner Teil des BGB. 23., neubearb. Aufl. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 1999. S. 24, 25.

В противоположность указанным авторам Д. Медикус рассматривает вопрос о дихотомии в разделе обязательственного права (Medicus D. Schuldrecht I. Allgemeiner Teil. 14. Aufl. München: C.H. Beck, 2003. S. 87, 88).

<sup>80</sup> Brox H. Op. cit. S. 24, 25.

<sup>81</sup> Larenz K. Op. cit. S. 32.

<sup>82</sup> Ibid. S. 428.

<sup>83</sup> Brox H. Op. cit. S. 151.

достаточно серьезному анализу. В частности, применительно к таким последствиям указывается: условие, противоречащее предписывающей норме, ничтожно. При этом, когда «договорное условие из-за нарушения предписывающей нормы является ничтожным, то необходимо выяснять, какое влияние это окажет на оставшийся договор. В этом случае необходимо опираться на § 139 ГГУ, который наряду с ничтожностью охватывает иные формы недействительности. В соответствии с ним недействительность отдельного условия договора ставит под сомнение действительность всего договора. Тем не менее, тотальная ничтожность (всей сделки – прим. авт.) наступает только тогда, когда не существует различимых намерений сторон в такой ситуации или определенно либо из смысла и целей законодательного предписания не вытекают иные правовые последствия»<sup>84</sup>. Далее особо отмечается, что для предписывающих норм последствие в виде ничтожности вытекает не из § 134 ГГУ, а без особых на то указаний – из самих предписывающих норм<sup>85</sup>.

В отношении запрещающих норм действие получает § 134 ГГУ, который определяет, что при нарушении запрета наступают юридические последствия в виде недействительности сделки, если иные последствия не вытекают из смысла и целей законодательного запрета. «В конечном итоге этот оценочный вопрос находит ответ посредством толкования. ...Для осуществления такого толкования имеются определенные направляющие линии. Первоначально считается, что цель запрета направлена на недействительность сделки, если законодательный запрет запрещает содержание или цель сделки. Напротив, если закон запрещает исключительно исполнение сделки при определенных обстоятельствах<sup>86</sup>, ...то нарушение этого запрета необязательно приводит к недействительности

---

<sup>84</sup> Ulrici, B. Verbotsgesetz und zwingendes Gesetz. JuS 2005, S. 1074, 1075.

Применительно к указанной работе необходимо отметить, что по ее тексту нормы, именуемые нами в качестве предписывающих, обозначены как нормы императивные. Подобная терминологическая эволюция находит отражение и в других работах. Однако в данном случае необходимо заверить, что терминологические оттенки отдельных понятий никак не повлияли на существо рассматриваемых в настоящей работе вопросов.

<sup>85</sup> Ibid. S. 1074.

<sup>86</sup> См., например, Brox H. Op. cit. S. 151, 152.

сделки, если она, например, могла быть эффективно совершена при других обстоятельствах»<sup>87</sup>. Важным дополнением, выработанным в практике Верховного суда Германии, явилось то, что теперь для признания сделки недействительной, нарушающей законодательный запрет, стало придаваться значение тому обстоятельству, что запрет касается поведения лишь одной из сторон: если предприниматель при заключении договора подряда, нанимая рабочих, нарушает закон о борьбе с нелегальным промыслом, а заказчик не знает этого, то в интересах законопослушного заказчика за ним остается право требования относительно исполнения и гарантий, в связи с чем договор не становится ничтожным в смысле § 134 ГГУ<sup>88</sup>. «...Напротив, если законодательный запрет обращен ко всем сторонам сделки или нарушенный закон должен защищать особенно важные интересы общества или третьих лиц, то это снова говорит о том, что целью запрета является недействительность предпринятой сделки»<sup>89</sup>. Определенные авторы в части запрещающих норм вообще указывают на формирование презумпции, согласно которой сделка, противоречащая запрету, признается недействительной, если из природы запрета не усматривается иных последствий<sup>90</sup>.

Таким образом, за годы применения ГГУ германская доктрина выработала достаточно четкие ориентиры для разграничения предписывающих и запрещающих норм. Особое внимание обратим на то, что разграничение указанных норм основано на толковании, а последнее слово в определении вида императивной нормы остается за судами<sup>91</sup>.

При этом важным, на наш взгляд, видится то обстоятельство, что доктрина начинает формировать презумпции применительно к различным блокам правовых норм. Так, признается, что нормы обязательственного

---

<sup>87</sup> Ulrici, B. Op. cit. S. 1075, 1076.

<sup>88</sup> Brox H. Op. cit. S. 151, 152.

<sup>89</sup> Ulrici, B. Op. cit. S. 1076.

<sup>90</sup> Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 701.

<sup>91</sup> Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford, 2006. P. 242, 243.

права в основной своей массе допускают изменение установленного правила поведения сторонами и выступают дополнением воли сторон; напротив, нормы вещного, наследственного и семейного права относятся к той категории, которая не предполагает изменения предусмотренных ими типов регулирования отношений<sup>92</sup>. Отметим здесь новый подход к наследственному праву, которое ранее считалось сферой неимперативного регулирования<sup>93</sup>. Это изменение стоит признать положительным, так как оно позволяет сделать прозрачным и предсказуемым правоприменение для участников оборота. При этом отметим, что уже подготовленный проект европейского гражданского кодекса (Draft Common Frame of Reference (DCFR) for a European Private Law) предусматривает опровержимую презумпцию применительно к договорному праву, согласно которой стороны вправе исключить, обойти или изменить любую норму права, касающуюся договоров или иных сделок, а также любых прав или обязанностей, из них вытекающих, если обратное не предусмотрено сторонами<sup>94</sup>.

Одновременно усложнение оборота и появление в нем профессиональных участников вносит в дихотомию момент относительности. Дело в том, что указанные причины заставляют правопорядок защищать от явной несправедливости лиц, которым в силу либо их профессиональной неосведомленности, либо неравности в переговорных возможностях навязываются, вследствие презумпции дозволенности в договорном праве, невыгодные условия. Данная защита осуществляется путем формирования в законе «полуимперативных норм», которые существенно затрудняют для сторон отход от их предписаний в случае, когда участником договора является лицо, имеющее по сравнению с контрагентом неравные переговорные возможности или не являющееся профессиональным участником гражданского оборота<sup>95</sup>. Как правило, в

---

<sup>92</sup> Larenz K. Op. cit. S. 428.

<sup>93</sup> См., например: Ehrlich E. Op. cit. S. 7.

<sup>94</sup> Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full edition. Sellier European Law Publishers, 2009. P. 129.

<sup>95</sup> Larenz K. Op. cit. S. 33.

качестве таких участников выступают потребители – физические лица. В связи с реформой обязательственного права в Германии «полуимперативные нормы» были даже перенесены в ГГУ<sup>96</sup>. Однако проблема соотношения норм дихотомии продолжает усложняться их нечетким разделением в тексте закона. Как мы указывали ранее, из текста ГГУ не всегда следует, с какой из видов норм приходится иметь дело. По мнению К. Ларенца, текст помогает лишь в том случае, если закон говорит, что благодаря правовой сделке нечто согласовано быть «не может», так как это указывает на ограничение частной автономии, то есть на императивное предписание<sup>97</sup>; наиболее отчетливо императивный характер предписания проявляется, если закон устанавливает, что отклоняющееся от его нормы соглашение является недействительным<sup>98</sup>. В подобных случаях вид нормы представляется необходимым устанавливать применительно к каждой норме и каждым конкретным обстоятельствам.

Таким образом, установление вида правовой нормы в настоящее время стало еще более сложным за счет появления «полуимперативных норм». Отметим, что при обращении к праву других стран континентальной Европы мы находим схожие подходы и тенденции<sup>99</sup>.

*Выводы по итогам исследования научных подходов к разделению норм на императивные и диспозитивные в странах континентального права*

Как показывает настоящее исследование, в историческом плане деление норм по их силе в странах континентального права связано с рецепцией римского права и кодификацией гражданского права. Однако их влияние происходило несколько специфично. Относительно римского права это было связано с тем, что оно не содержало конструкций, которые при кодификации гражданского права могли бы быть восприняты безболезненно.

---

<sup>96</sup> Более подробно о реформе обязательственного права в этой части см.: Бергманн В. Новое германское обязательственное право (обзор положений вступившего в силу 1 января 2002 г. германского закона о реформе обязательственного права) // Вестник ВАС. 2003. № 5. С. 133–142; № 6. С. 102–115; № 7. С. 123–131; № 8. С. 101–114.

<sup>97</sup> Примером может служить формулировка первого предложения § 137: «Правомочие распоряжения отчуждаемым правом не может быть отменено или ограничено сделкой».

<sup>98</sup> Larenz K. Op. cit. S. 32, 428.

<sup>99</sup> См., например: Hesselink M.W. Op. cit. P. 60.

Это легко объяснимо, так как римское право было системой, в котором позитивное право находилось в соотношении с представлениями естественно-правовых взглядов, основанных на справедливости и выраженных в определенного рода прецедентной системе. Причем позитивное право не играло главенствующей роли. В связи с этим при анализе современных кодифицированных актов мы можем усмотреть лишь частичную преемственность положений (что сказывается и на терминологии, которая, на наш взгляд, не совсем верна с точки зрения её исторических корней). В каких-то сферах сходство заметно больше, в каких-то – меньше. Явные параллели прослеживаются в предписаниях императивных, где в части запрещающих законов воспринято деление, существовавшее в римской системе. Что касается неимперативных норм, то здесь сравнение проводить гораздо сложнее. Связано это все с той же спецификой римского права, сочетающей разные модели регулирования. Однако, как показало исследование, для норм, которые могут быть изменены посредством соглашения, определенный прототип удастся проследить. Все это позволяет признать идеи римского права и его правовое регулирование основой для разделения норм по их силе.

Явление кодификации вообще трудно переоценить, так как именно она в процессе объективации гражданского права актуализировала разделение норм по их силе. Более того, она определила такое назначение неимперативных норм, которого раньше не было, а именно – дополнение правоотношений регулированием, относительно которого стороны договора ничего не сказали. Развитие этого направления в части неимперативных предписаний, как нам представляется, сыграло при кодификации решающую роль. Она же определила и последующие особенности дихотомии в различных странах, в том числе такие, как установление сферы применения дихотомии, введение презумпций императивности или неимперативности применительно к различным разделам права.

Однако работа над дихотомией в процессе кодификации выявила также довольно явную несостоятельность законодательной техники в вопросе деления норм по их силе. Этим, в частности, обусловлен отказ немецких законодателей от четкого разделения всех норм в тексте кодифицированных актов. Определение вида нормы судом, то есть в конкретных условиях, было признано более эффективным – законодателю решение этого вопроса было оставлено лишь в наиболее очевидных случаях. Подобное заставляет уже не только говорить о разделении норм как о чисто техническом моменте, но и воспринимать дихотомию как более глубокое явление, связанное с интерпретацией и толкованием правовых предписаний.

## **§ 2. Содержание и характеристика подходов к разделению норм гражданского права на императивные и диспозитивные в системе общего права.**

### *Проявление императивности и диспозитивности в системе общего права*

В определенной степени вопрос о разделении норм по их силе для стран системы общего права не имеет значения. Это действительно так, если понимать его с точки зрения позитивистских конструкций и оперировать понятием «норма», обязательным критерием наличия которой является ее объективное выражение в законе. Более того, до недавнего времени система общего права даже не знала таких понятий, как «императивное» и «диспозитивное предписание»<sup>100</sup>, не говоря уже о восприятии дихотомии императивных и неимперативных норм. Однако подобный подход объясним, если расценивать общее право лишь с точки зрения правопорядков, прошедших позитивизацию права. На наш взгляд, прежде чем делать вывод о возможном выражении дихотомии в системе общего права, необходимо рассмотреть два вопроса: 1) специфику системы общего права; 2) роль и назначение дихотомии.

---

<sup>100</sup> Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 73.

Как известно, специфика общего права связана с прецедентным подходом, согласно которому суд при рассмотрении каждого дела применяет правовую норму, сформулированную самим судом для этого конкретного случая. Для применения подобной нормы используется правовая фикция, в соответствии с которой считается, что суд применяет норму, которая уже существовала, а в рамках конкретного дела была им лишь выявлена и использована.

Подобный подход придает совершенно иное понимание правовой норме, отличное от того, которое принято в континентальной системе: правовая норма не абстрактна и не сформулирована в общих чертах, а имеет непосредственное приложение к определенным обстоятельствам конкретного дела. При таком подходе суд может быть связан только позициями по ранее рассмотренным делам со схожим перечнем фактических обстоятельств. Исходя из этого, в системе общего права главенствующее значение придается позиции суда, который, по сути, и определяет содержание правового положения, применяемого в конкретном деле.

При такой роли суда еще одной важной особенностью, которая должна быть отмечена, является то обстоятельство, что позитивно выраженных законов в системах общего права очень мало. Они принимаются из-за необходимости что-то запретить или закрепить определенное правовое положение, которое в силу высокой значимости не может быть изменено<sup>101</sup>. Таким образом, характер позитивных законов определяется как исключительно императивный<sup>102</sup>.

Когда содержание нормы неизвестно до того момента, пока суд не определит его, и когда имеется полная императивность позитивных законов, говорить о том, что стороны могут в своих отношениях подвергнуть правовую норму изменению, нет оснований. Однако, если мы обратимся к назначению различных видов норм, сделанный вывод перестает быть столь

---

<sup>101</sup> Hesselink M.W. Op. cit. P. 59.

<sup>102</sup> Давид Р. Указ. соч. С. 137.

безапелляционным, так как с помощью указанных особенностей системы общего права мы обнаружим существующий в ней механизм, призванный решать те задачи, которые возложены на дихотомию в странах континентальной системы права.

Как нами установлено выше, в немецком правопорядке одним из назначений предписания, от которого стороны могут отклониться посредством соглашения, является его дополняющий характер по отношению к воле сторон, когда они не урегулировали соответствующее отношение надлежащим образом. Такие предписания получают силу в том случае, если стороны не предусмотрели иного регулирования. Таким образом, законодатель в континентальной системе права старается заранее исключить пробельность в отношениях между сторонами договора и снизить количество случаев, когда объективный правопорядок не имеет правила для регулирования соответствующего отношения. Это, в частности, отвечает духу данной системы права в том, что она посредством абстрактных норм предусматривает регулирование еще не возникших отношений. Применительно же к системе общего права трудно отрицать тот факт, что в ней существуют ситуации, когда отсутствует правило, установленное законом или договором, но при этом суду приходится принимать какое-либо решение. В связи с изложенным возникает вопрос лишь о том, какое отношение система общего права выработала к пробельности в регулировании.

Как и во многих других случаях, общее право пользуется теорией, построенной на использовании правовой фикции. Суд, сталкиваясь с ситуацией, когда соответствующее отношение не урегулировано ни законом, ни договором, для устранения пробела пользуется доктриной подразумеваемых условий<sup>103</sup>. Указанная доктрина имеет широко применяется именно к договорному институту<sup>104</sup>. Ее суть состоит в том, что суд в пробельной ситуации прибегает к исследованию намерений сторон, которые

---

<sup>103</sup> Hesselink M.W. Op. cit. P. 59.

<sup>104</sup> Chitty on Contracts. 29<sup>th</sup> ed. Vol. 1. General Principles. L.: Sweet&Maxwell, 2004. P. 773–790.

они как бы имели на момент заключения договора. По результатам такого исследования суд пытается вывести то условие, которое, на его взгляд, с наибольшей вероятностью согласовали бы стороны, если бы договаривались относительно него. Если суду, для регулирования соответствующих отношений, удастся вывести условие из намерений сторон, то пробел перестает существовать. Так, в одном из дел суд освободил от ответственности пианистку, признав, что ее болезнь является достаточным основанием для освобождения от ответственности, несмотря на несогласованность данного условия в тексте договора<sup>105</sup>. Таким образом, посредством применения доктрины подразумеваемых условий в системе общего права достигается тот же результат, что и в странах континентальной системы права, а именно – устранение пробельности в регулировании отношений.

При таком положении в системе общего права представляется интересной попытка соотнести доктрину подразумеваемых условий с нормами континентальной системы права, которые направлены на восполнение воли сторон в случае неурегулированности ими соответствующего отношения (для краткости будем именовать их диспозитивными). Притом что с помощью указанных категорий решаются идентичные задачи (устранение пробельности в регулировании), их вряд ли можно сравнивать с точки зрения механизма реализации. Так, на континенте диспозитивные нормы в силу своей объективности могут быть заранее оценены сторонами, и отсутствие предусмотренного ими регулирования в части определенного отношения может быть обусловлено как раз тем, что они согласны с положением, которое предлагается нормой. В системе общего права такого быть не может, так как применение доктрины подразумеваемых условий происходит уже тогда, когда из-за пробельности в регулировании между сторонами возник спор, и норма применяется судом с ретроспективным действием. При этом диспозитивные нормы, например, во

---

<sup>105</sup> Халфина Р.О. Договор в английском праве. М., 1959. С. 270.

Франции, могут выражать не предполагаемую волю сторон, а представление законодателя о наилучшем предписании с точки зрения потребностей общества и оборота<sup>106</sup>. Напротив, доктрина подразумеваемых условий предусматривает установление исключительно намерений сторон при заключении договора. Не стоит забывать и о том, что диспозитивные нормы не только предназначены для устранения пробельности в регулировании, но и преследуют цель предоставить сторонам определенный и общепозитивный стандарт поведения.

На наш взгляд, все вышеперечисленные различия не позволяют нам говорить о сколько-нибудь приемлемых параллелях между механизмами диспозитивных норм и норм, выработанных под воздействием доктрины подразумеваемых условий<sup>107</sup>. Тем более занимательным выглядит то обстоятельство, что применение указанных правовых механизмов позволяет решить идентичную задачу.

Как все вышесказанное влияет и соотносится с категорией дихотомии правовых норм? Нам видится это следующим образом. В обеих правовых системах имеются сходные правовые проблемы, в частности, проблема устранения пробелов в регулировании отношений. При этом важно отличать саму проблему от механизма ее решения (для лучшего понимания того, о чем идет речь, можно привести пример соотношения цели и средств ее достижения). Это две различные категории. На наш взгляд, дихотомия норм и доктрина подразумеваемых условий представляют собой механизмы решения соответствующих проблем. И то обстоятельство, что они построены на различных принципах, а правовые механизмы решения проблем коренным образом отличаются друг от друга, не мешает им решать идентичные задачи. В таких условиях явление дихотомии норм, как это понимается в континентальной правовой системе, применительно к общей системе права

---

<sup>106</sup> Морандьер Л.Ж. де ла. Гражданское право Франции: В 3 т. Т. 1. М., 1958. С. 43.

<sup>107</sup> В связи с этим вряд ли справедливо именовать правила, выработанные под воздействием доктрины подразумеваемых условий, диспозитивными нормами в терминологии континентальной системы, как это встречается в литературе (см., например: Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 119).

имеет значение только как объект компаративистского исследования, позволяющего более глубоко понять особенность собственного права.

Вывод, сделанный в подобном свете, подталкивает нас к сравнению двух механизмов решения одной и той же задачи. В связи с этим наибольший интерес представляют два момента: первый из них связан с установлением преимуществ одного механизма перед другим; второй является более глубоким и основан на попытках установить причины различного решения одной и той же проблемы в континентальной системе и системе общего права.

*Сравнительный анализ особенностей механизмов континентальной и общей систем права:*

*Выявление преимуществ механизмов двух систем*

Перед исследованием первого среди обозначенных нами моментов необходимо сделать некоторую оговорку. Важно понимать, что преимущества того или иного механизма существуют в рамках правовой системы и обусловлены ее особенностями. В связи с этим его перенесение на почву другой системы может дать прямо противоположный результат. Все это заранее придает возможным выводам некоторую долю условности, которую необходимо принимать во внимание, оперируя полученными выводами. С учетом сказанного отметим следующие преимущества каждого из механизмов.

В системе общего права несомненным преимуществом доктрины подразумеваемых условий является то обстоятельство, что она, в отличие от дихотомии, направлена на установление намерений сторон в конкретном отношении. Отсюда следует, что эта доктрина может более адекватно учитывать специфику тех отношений, которые складываются у сторон, и вырабатывать условие, применимое к отношениям, с учетом конкретно складывающейся ситуации. Это не могут обеспечить диспозитивные нормы континентального права в силу того, что они формируются в универсальном

виде и не в состоянии полностью учесть специфику каждого возникающего случая. Более того, в континентальной системе права нормы, которые могут быть изменены сторонами посредством соглашения между ними, закреплены в законе. Это, в свою очередь, означает, что они сформированы под воздействием представления законодателя о том, как должны регулироваться возникающие отношения. Такое представление существенным образом отличается от представлений сторон. Дело в том, что законодатель, формируя предписание закона, обязан не только оценивать его с точки зрения возможной пользы для конкретных сторон, но и принимать во внимание интересы всего общества. При этом нередко частные (коммерческие) интересы не находят у законодателя достаточной поддержки. Указанные преимущества даже сподвигли Ж. де ла Морандьера предложить для определения границ применения ст. 6 ФГК исследовать не такой всеобъемлющий и неопределенный термин, как «всеобщее благосостояние», а «конкретное соглашение сторон»<sup>108</sup>.

Однако у доктрины подразумеваемых условий имеются и недостатки, которые в первую очередь связаны с тем, что она представляет собой правовую фикцию. Это обстоятельство создает множество проблемных моментов. В частности, возникают серьезные сомнения в способности суда установить именно то содержание условия, к которому бы действительно пришли стороны, если бы они договаривались о нем при заключении договора. Более того, когда суд устанавливает на основании намерений сторон условие договора, всегда остается вопрос: заключили бы вообще стороны договор, если бы при этом была необходимость согласовать отсутствующее условие.

В системе континентального права нормы, изменение которых возможно посредством воли сторон, лишены изъянов, имеющих в системе общего права. Содержание регулирующего правила всегда поддается четкому

---

<sup>108</sup> David R. The Distinction Between *Lois Impératives* and *Lois Supplétives* in Comparative Law // *Rev. Jur. U.P.R.* 1952–1954. Vol. 22. P. 163.

установлению, так как оно выражено или в законе, или в договоре<sup>109</sup>. Дополнительным преимуществом дихотомии норм является и то, что лица, вступающие в гражданские правоотношения в силу наличия объективных законов, имеют более четкое представление, как будут урегулированы их отношения в том случае, если они не выразят волю на иное. Недостатком дихотомии является уже отмеченное выше обстоятельство, согласно которому она не может заранее учесть все многообразие отношений, которые возникают между сторонами при заключении договора.

Как мы видим, основное различие, которое обуславливает преимущество каждого из механизмов, связано с моментом определения правила, которое будет регулировать возникший пробел. Можно ли в такой ситуации утверждать, что использование одного из механизмов предоставляет больше преимуществ по сравнению с другим? На наш взгляд, на этот вопрос стоит ответить отрицательно. Подобный вывод связан с тем обстоятельством, что каждый механизм решения проблемы содержит в себе примерно равное количество как преимуществ, так и недостатков, причем распределение указанных факторов связано с особенностями системы, в рамках которой эти механизмы существуют, что, по нашему мнению, исключает возможность их переноса из одной правовой системы в другую.

При таком положении вещей особый интерес приобретает вопрос определения причин, под воздействием которых в исследуемых правовых системах сложились столь различные механизмы.

#### *Установление причин отличия правовых механизмов двух систем*

Французские авторы, основываясь на положениях ст. 6 ФГК, пытаются усмотреть различие между двумя системами в том факте, что общее право не знает деления на право частное и публичное<sup>110</sup>. Однако они, как представляется, приходят к правильному выводу, что это вряд ли может

---

<sup>109</sup> Отдельным является вопрос о толковании того, что выразили стороны в договоре, так как это вопрос, связанный не с отсутствием регулирования, а всего лишь с интерпретацией уже существующего положения.

<sup>110</sup> David R. Op. cit. P. 163.

служить основанием для отсутствия в системе общего права дихотомии правовых норм, так как дихотомия – явление исключительно частного права, не рассматриваемое в рамках доктрин публичного права<sup>111</sup>.

На наш взгляд, более серьезного внимания заслуживает аргумент, согласно которому основной причиной отсутствия в общем праве дихотомии предписаний служит то обстоятельство, что общему праву не знакома кодификация. Предпосылками появления дихотомии правовых норм в континентальной системе права послужили как либерализация жизненных устоев общества, так и проведение кодификации права. Первая проявилась в системе общего права на достаточно ранней стадии (что видно уже хотя бы по отношению к месту договора в правовой системе). Однако феномен кодификации в какой-либо сфере остается непознанным до сих пор. Между тем с кодификацией права связан такой важный момент, как придание посредством абстрактных норм определенного регулирования отношениям, которые еще объективно не возникли. Отсутствие подобного фактора и обуславливает то обстоятельство, что в системе общего права создание правовой нормы происходит посредством ретроспективного распространения выведенного судом правила, то есть уже после возникновения соответствующего отношения. Таким образом, отношения получают регулирование *post factum*, когда воля сторон в момент установления нормы не может повлиять на ее содержание. В такой ситуации дихотомия правовых норм теряет всякое значение.

Но отсутствие феномена кодификации является не единственной причиной, объясняющей различие двух правовых систем. На наш взгляд, еще одной из причин, в связи с которой в общем праве отсутствует дихотомия предписаний, выступает особое отношение данной системы к категории договора в целом и принципу свободы договора – в частности. Дело в том, что в общем праве договор, заключенный сторонами, и свободное

---

<sup>111</sup> Ibidem.

формирование его условий имеют особый авторитет и значение<sup>112</sup>. Для того чтобы договор или его условия были оспорены, необходимы веские причины. При таких обстоятельствах вмешательство государства в частные дела весьма ограничено, поскольку оно идет на такое вмешательство только в случае, когда затрагиваются интересы общества.

Противоположная ситуация наблюдается в континентальной системе права. Если мы посмотрим на структуру ведущих европейских кодексов, то увидим, что они направлены на регулирование отношений в частной сфере. Это утверждение справедливо даже для норм, содержание которых может быть изменено соглашением сторон, так как стороны при заключении договора, как правило, согласовывают только те условия, которые важны именно для них. А это достаточно небольшой круг вопросов. Множество ситуаций в силу различных причин стороны даже не рассматривают<sup>113</sup>. В подобных случаях в действие вступают диспозитивные нормы, которые устанавливаются непосредственно законодателем и сформированы под влиянием его представления о том, как необходимо регулировать оборот.

При этом, если вмешательство государства оправдано в отношении, например, вещных прав, то подобное вмешательство в сферу определения условий договора между конкретными лицами (если он не затрагивает интересы никаких других лиц) вряд ли оправдано в той же мере. Несомненно, здесь можно возразить, указав на то обстоятельство, что государство в определенных отношениях стремится защитить более слабые стороны договора (например, потребителей). Но этот аргумент уже не будет столь действенным в области договорных связей между предпринимателями. Более того, вряд ли государство может защитить потребителя посредством

---

<sup>112</sup> Данный факт, на наш взгляд, подтверждает обстоятельство, которое общее право стоически отрицает. Речь идет о том, что согласно утверждениям историков общего права их система избежала рецепции римского права, так сильно захватившей континентальную Европу. Однако многие правовые явления свидетельствуют как раз об обратном, лишним подтверждением чему служит отношение английского права к договору и к принципу свободы договора. Как и в римском праве, в общем праве договор и свобода формирования его условий играют ключевую роль и в ряде случаев имеют схожее применение.

<sup>113</sup> Подробнее об этом см.: Eisenberg M.A. The Limits of Cognition and the Limits of Contract // Stanford Law Review. 1994–1995. Vol. 47. P. 211–259.

диспозитивных норм, подавляющее большинство которых как раз и составляет основу регулирования в обязательственной сфере.

Однако в последнее время положение начинает несколько изменяться. Все чаще в Англии и США принимаются законы в различных областях гражданского права, которые позволяют сторонам соглашения менять содержание предписания. Подобная тенденция актуализирует необходимость установления границ между категориями правовых норм в зависимости от их силы<sup>114</sup>.

*Выводы по итогам исследования взглядов на императивность и  
диспозитивность в системе общего права*

Несмотря на коренные различия правопорядков, решение идентичных проблем содержится в обеих системах, но с применением различного правового инструментария: дихотомии правовых норм – в континентальной системе и доктрины подразумеваемых условий – в системе общего права. Причем специфика применяемых механизмов настолько различна, что говорить о какой-либо их интеграции в правовые системы друг друга не представляется возможным. В силу этого целью сравнения являются лишь установление специфических черт каждого механизма и их более глубокое понимание. Однако современная тенденция, связанная с увеличением количества принятых в системе общего права законов, делает весьма вероятным появление дихотомии правовых норм в системе общего права, что может повлечь за собой значительные изменения в ранее существовавших взглядах на нее.

**§ 3. Содержание и характеристика российского подхода к разделению  
норм на императивные и диспозитивные.**

---

<sup>114</sup> David R. French Law. Its Structure, Sources, and Methodology. Louisiana State University Press, 1972. P. 86, 87.

*Представления об императивности и диспозитивности в  
докодификационный период.*

*Истоки деления норм в российском праве*

Российская правовая система, как в принципе и все остальные, прошла свой путь становления. Особенности этого становления отразились практически на всех правовых явлениях, и вопрос о разделении правовых норм не стал исключением.

В процессе исследования римского права и современного зарубежного законодательства нами были выявлены предпосылки, которые являлись базисом для развития деления норм по их силе. Такими предпосылками служили признаваемая за субъектами частного права всеобъемлющая возможность самостоятельно определять регулирование своих отношений, что отражено в принципе свободы договора, за которым стояло общество и его место в государстве, и кодификация права, актуализирующая и подчеркивающая необходимость деления норм. Как нам представляется, через призму указанных предпосылок можно достаточно удачно проследить судьбу деления правовых норм по их силе применительно к российскому праву.

Как известно, первая кодификация гражданского права была закончена к 1906 г. Ее результаты были закреплены в Гражданском уложении Российской империи. Несмотря на то, что указанный акт так и не вступил в силу, работа над ним, которая началась в 1882 г., актуализировала множество вопросов, среди которых поднимался вопрос и о возможном существовании в российском праве дихотомии правовых норм.

Между тем как в праве германском, так и российском указанный вопрос ставился и до начала кодификационной работы. И это не должно вызывать удивления, так как в обоих правовых порядках на момент проведения кодификации имелось достаточное количество позитивно закрепленных предписаний, отраженных в различного рода законах. Однако если в Германии этот феномен был связан с глубоким исследованием римского

права и направлением пандектистики, то в российской доктрине данный вопрос возымел свою актуальность, на наш взгляд, в ходе исследования трудов зарубежных юристов.

Но вернемся к состоянию российской доктрины до начала кодификации. Так, указание на необходимость разделить предписания по их силе встречается уже в первом серьезном исследовании, посвященном российскому гражданскому праву. Д. Мейер в своем труде «Русское гражданское право» приводил деление законов по их содержанию уже на достаточно высоком уровне. Помимо указания на то, что законы подразделяются на принудительные и дозвоительные, он давал довольно четко разъяснял содержание каждого из них. Так, принудительные нормы он подразделял на повелительные и запрещающие и указывал, что в случае их несоблюдения наступают различные, в большей или меньшей степени, неблагоприятные последствия<sup>115</sup>. Дозвоительные законы, в свою очередь, представляются как противоположность принудительных норм, что обуславливает отсутствие каких-либо отрицательных последствий в случае их неисполнения. Однако, на наш взгляд, более интересным является то, какие законы Д. Мейер относил к дозвоительным. В данную категорию он включал законы, которые предоставляют права (далее – дозвоительно-правонаделительные), а также «законы, которые определяют юридические отношения лишь на случай, что сами граждане не определяют их»<sup>116</sup> (далее – дозвоительно-диспозитивные). На наш взгляд, подобное деление дозвоительных норм очень схоже с тем, которое нам удалось установить для *jus dispositivum* в римском праве<sup>117</sup>, что лишний раз дает основания задуматься о корнях существующей в гражданском праве дихотомии правовых норм по силе их действия.

---

<sup>115</sup> Мейер Д.И. Русское гражданское право. Часть 1. - М.: Статут, 2000. С. 49.

<sup>116</sup> Там же.

<sup>117</sup> Это сходство ещё более усиливается, когда мы видим пример, который Мейер демонстрирует для пояснения механизма действия дозвоительных норм. Суть его заключается в следующем: порядок наследования по закону не применяется, если составлено завещание, изменяющее данный порядок. При таком положении наблюдается полнейшее сходство в том, что предлагает Д. Мейер, и конструкциями римского права, которые мы рассматривали ранее.

При этом примечательным является то обстоятельство, что на основании анализа уже имеющихся законов автор делал вывод – определить разновидность закона из его текста не представляется возможным, в связи с чем для установления сути предписания конкретной нормы необходимо применять средства толкования<sup>118</sup>. Таким образом, идея текстуального разделения норм по их силе отторгается ещё до проведения кодификации. Что уже само по себе примечательно, так как в ведущих зарубежных правовых системах континентальной правовой семьи к данному выводу приходили лишь после попыток текстуально разграничить нормы по их силе. На наш взгляд, это стало возможным, поскольку вопрос дихотомии был поставлен относительно уже действующих законов, тогда как на момент их создания подобного доктринального подхода ещё не существовало. При этом, что важно, подход, согласно которому вид предписания закона необходимо устанавливать не из формально закреплённого текста предписания, а из его цели и назначения, получил развитие и поддержку и в ходе кодификации<sup>119</sup>. В дальнейшем указанные положения подверглись значительному доктринальному анализу и разработке.

*Развитие основных положений о разделении в докодификационный период*

К. Малышев применительно к российскому гражданскому праву выделял законы неперенные (абсолютные) и диспозитивные<sup>120</sup>. Содержание указанных категорий сходно с тем, которое отражено в работе Д. Мейера. Однако ряд их особенностей находят у К. Малышева несколько иное отражение. В частности, если мы обратим более пристальное внимание на ту дихотомии, которую выделил автор, то увидим, что он исключал из неё дозвоительно-правонаделительные законы, которые предоставляют лицам права на совершение чего-либо. Чем это можно объяснить? Видится, что это обусловлено критериями, которые были положены исследователем в основу

---

<sup>118</sup> Мейер, Д.И. Указ. соч. С. 49.

<sup>119</sup> Указанное достаточно четко видно в работе Анненкова К.Н. Система русского гражданского права Т. 1, С.-Петербург, 1894. С. 58-62. В нашей работе об этом см. ниже.

<sup>120</sup> Малышев, К. Курс общего гражданского права России. Часть 1. С.-Петербург, 1878. С. 123.

классификации. На самом деле у К. Малышева классификация законов по их силе имеет два основания, что, в свою очередь, обеспечивает наличие двух классификаций<sup>121</sup>. Первое – деление законов по содержанию. В соответствии с указанным основанием законы делятся на определительные и охранительные. Именно к категории определительных относятся законы дозвоительно-правонаделятельные. Основанием второй классификации является отношение права к частной автономии. В соответствии с ним и происходит деление на нормы абсолютные и диспозитивные (по Д. Мейеру – дозвоительно-диспозитивные). Думается, что классификация норм в зависимости от отношения права к автономии воли имеет несколько иной характер, чем деление законов по их содержанию, и связана такая классификация с критерием, который заставляет смотреть на правовые предписания в несколько зауженном аспекте. В частности, подобная классификация не охватывает всех норм (например, выпадают дозвоительно-правонаделятельные нормы, которые предоставляют лицам определенные права), различающихся силой своего действия. С учетом этого наблюдения заметим, что современная система деления норм рассматривает в качестве одного из важнейших критериев автономию лиц в праве, в связи с чем предусматривает деление норм на императивные, которые не могут быть изменены сторонами, и диспозитивные, рассчитанные на действие в том случае, если стороны не урегулировали соответствующее отношение своим соглашением<sup>122</sup>.

Интересным представляется вопрос: почему автор пошел по пути избрания двух различных оснований для классификации законов по их силе? Возможно, причиной подобного подхода послужило внутреннее противоречие между диспозитивными нормами и теми, которые предоставляют лицу право на что-либо. Так, диспозитивные нормы нельзя было назвать нормами, которые предоставляли какое-либо право. Они

---

<sup>121</sup> Малышев, К. Указ. соч. С. 120-123.

<sup>122</sup> См., напр., Гражданское право: В 4 т. Общая часть: Учебник. Т. 1, 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. Е.А. Суханова, М.: Волтерс Клувер, 2008 // СПС КонсультантПлюс.

являлись объективным регулятором отношений, который, однако, отступал перед частными интересами. Возможно, было и другое объяснение. Но подобная неясность причин проведения указанных классификаций не может отменить ту тонкость юридического решения, которая была связана с новым разделением законов по их силе.

Заслуживает внимания и предположение К. Малышева, на основании чего зародились диспозитивные нормы. Как указывал автор, «эта масса диспозитивного права развивается путем обычая и составляет как бы осадок от повторяющихся изо дня в день договорных условий, деловых приемов и обыкновений»<sup>123</sup>, которые законодатель впоследствии закрепляет в законах. Это предположение интересно тем, что объясняет необходимость наличия в законодательстве диспозитивных норм. Причем указанное обстоятельство встает применительно к диспозитивным нормам в один ряд с такими предпосылками их возникновения, как проявление свободы в праве и кодификация права.

Достаточно ясно определял автор и круг тех отношений, в которых находят применение диспозитивные нормы. Демонстрируя его, К. Малышев писал: «договорной быт есть сфера свободы. Предметом договорных сделок служат частные, индивидуальные интересы, судить о которых могут ближе всего сами заинтересованные лица... Поэтому большая часть договорных законов не имеет принудительного характера»<sup>124</sup>. Таким образом, сосредоточением диспозитивных предписаний является договорное право. Конечно, в данном случае вряд ли можно вести речь о своего рода презумпции диспозитивности в договорном праве, но, несомненно, понимание дихотомии, как мы видим, было достаточно близко к этому. В этом же ключе необходимо указать ещё один момент, связанный с различными основаниями деления норм у К. Малышева. Если ранее применительно к категории дозволильных (в том смысле как их выделял Д.

---

<sup>123</sup> Малышев, К. Указ. соч. С. 123.

<sup>124</sup> Малышев, К. Указ. соч. С. 124.

Мейер) законов мы могли обозначить сферу их применения областью сделок (как двусторонних, так и односторонних), то в отношении диспозитивных норм у К. Малышева она сужается до области договора<sup>125</sup>.

Применительно к законам, которые устанавливают какое-либо правило императивно, основание классификации не имеет значения, и их содержание, согласно представлениям К. Малышева, не претерпевает изменения: в каждую из категорий входят повелительные и запрещающие законы вне зависимости от того, имеем мы дело с принудительными или абсолютными законами. При этом важно отметить, что российская доктрина того времени никак не обозначает какой-либо разницы в последствиях между действием повелительных и запрещающих норм<sup>126</sup>. Также стоит обратить внимание, что в российской литературе ещё до начала кодификационной работы отражена та же градация принудительных законов по последствиям их несоблюдения, что и в римском праве<sup>127</sup>.

*Начало кодификации. Характеристика основных моментов разделения норм на императивные и диспозитивные*

Новый виток интереса к вопросу дихотомии обозначился в середине 90-х годов XIX века и был связан как с началом проведения кодификации гражданских законов, так и с появлением плеяды новых цивилистов. Однако, несмотря на достаточно пристальное внимание к дихотомии, авторы указанного периода скорее повторяют ранее сформировавшиеся мнения,

<sup>125</sup> Справедливости ради заметим, что подобное разделение сфер применения можно провести и внутри дозвоительных норм. Но тогда оно покажет неоднородность двух видов законов, сведенных в одну категорию, и встанет вопрос о справедливости выделяемого содержания дозвоительных законов. Возможно, ещё и поэтому К. Малышев развел по разным классификациям законы дозвоительные и диспозитивные.

<sup>126</sup> Малышев К. Указ. соч. С. 127.

<sup>127</sup> Цитович П.П. Курс русского гражданского права. Том 1. Учение об источниках права. Выпуск 1. - Одесса: Типография Г. Ульриха, 1878. С. 78.

Напомним, что в римском праве выделялись следующие четыре вида законов: *leges perfectae* (законы совершенного вида), которые предусматривают ничтожность запрещенного акта; *leges plus quam perfectae* (законы более чем совершенного вида), которые вместе с ничтожностью акта одновременно устанавливают дополнительное наказание (напр., штраф); *leges minus quam perfectae* (законы менее чем совершенного вида), которые устанавливают наказание (обычно штраф) за нарушение, но не лишают противозаконный акт силы; *leges imperfectae* (законы несовершенного вида), которые не предусматривают никакой санкции: ни ничтожности акта, ни наказания.

нежели пытаются их развить или выдвинуть новые. Вместе с тем ученые поддерживают разные взгляды на то, как должны разделяться законы по силе их действия. Так, у Е. Васьковского мы не находим различий в основаниях, которые позволят установить отличное друг от друга деление законов по их силе. Однако, не устанавливая особенностей в основании деления законов, он подразделяет их на безусловно предписывающие или запрещающие что-либо (принудительные законы) и устанавливающие, не стесняя свободы частных лиц, правила только на случай, если эти лица сами не определяют своих отношений (диспозитивные законы)<sup>128</sup>. Это деление сходно с позицией К. Малышева. Особенность взгляда Е. Васьковского заключается лишь в том, что сферу применения диспозитивных законов он распространял на область всех сделок, расширяя эту сферу по сравнению с тем, как видел ее К. Малышев. В то же время Е. Васьковский вносил некоторую дисгармонию в свою классификацию – он позиционировал ее как деление законов по содержанию. То есть применял не тот узкий критерий (отношение права к автономии воли), которым пользовался К. Малышев, и который уместен и здесь, а тот, с помощью которого он стремится придать (умышленно или нет) своему делению всеправовой смысл. Во-первых подобное, не может быть оправдано в силу разной сущности классификаций; во-вторых, создается впечатление, что выделенная классификация начинает конкурировать с другой классификацией, которая действительно пытается поделить все имеющиеся законы по их содержанию.

С иных позиций рассматривал деление законов по их силе К. Анненков. Если подходить к вопросу с точки зрения содержательной части, то К. Анненков предлагал такое же деление законов по содержанию, что и Д. Мейер. В частности, деление происходит на законы принудительные и дозволительные, где к принудительным относятся повелительные и запрещающие законы, а к дозволительным – законы, предоставляющие права и действующие в том случае, когда стороны не установили

---

<sup>128</sup> Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. Выпуск 1. Введение и Общая часть. - СПб., 1894. С. 74.

соответствующего регулирования<sup>129</sup>. Вместе с тем, в части используемой терминологии его работа не избежала ряда противоречивых моментов. Так, у К. Анненкова смешиваются понятия дозволительного и диспозитивного законов. Он употреблял данные термины как синонимы, что представляется не совсем корректным. Очевидно, это связано с представлением о *jus dispositivum* в римском праве, где под данной категорией объединяли различного рода правонаделительные предписания. Однако указанный недочет не столь существен, чтобы серьезным образом скорректировать позицию автора. Важным же представляется то, что его позиция позволяет сделать вывод – деление в смысле римского права, а не то, которое предлагал К. Малышев, получило у К. Анненкова дальнейшую поддержку. Таким образом, в период кодификации в российской доктрине нашли поддержку как минимум два взгляда на то, как необходимо подходить к разделению законов по их силе. И основаны эти взгляды на различных критериях деления законов.

В свою очередь, попытки сузить классификацию законов по их силе не являются чем-то особенным или уникальным. Как мы установили выше, немецкая доктрина также считала целесообразным выделять различные нормы по их силе только в случае выявления конкуренции между правовым предписанием и автономией воли. Именно в связи с этим разделение норм было признано необходимым лишь для области сделок, что выразилось в разделении права на принудительные нормы и нормы, действующие только в том случае, когда стороны не отменили их действие соглашением. Как видим, российская доктрина хоть и испытывает внутренние противоречия и часто не объясняет мотивов своих решений, но также стремится к решению, в соответствии с которым при разделении норм по их силе необходимо сосредоточиться на автономии воли и, что главное, на её соотношении с правовыми предписаниями.

---

<sup>129</sup> Анненков К.Н. Указ. соч. С. 58-60.

Доказательством успешности такого стремления, на наш взгляд, является работа Ю. Гамбарова. О соотношении юридических правил с автономией воли автор писал: «Преобладание таких (диспозитивных – прим. авт.) норм в гражданском праве объясняется преобладающей ролью именно в этой области личности, ее самоопределения и свободы. Ей указывают лишь границы, далее которых она не должна идти в осуществлении своей свободы. ...Самостоятельная и целесообразная деятельность личности предполагается огромным большинством этих норм, и из обычного содержания ее индивидуальных определений они заимствуют часто и свое содержание. На них опирается нормальный или составляющий общее правило правопорядок, допускающий, однако, и видоизменения из-за того же принципа уважения к определениям индивидуальной воли»<sup>130</sup>. Руководствуясь указанными рассуждениями, Ю. Гамбаров разделял законы, применительно к сфере юридических сделок, на принудительные и диспозитивные, которые представляют собой законы, получающие действия в том случае, когда стороны не высказали свою волю в отношении правила, установленного законом<sup>131</sup>.

Таким образом, нам удалось проследить, как и под воздействием каких идей сформировался подход к разделению норм по их силе, который мы имеем в современной доктрине.

В то же время необходимо обратить внимание ещё на ряд позиций доктрины периода кодификации. Во-первых, стоит отметить, что доктрина пришла к теории презумпции относительно жесткой принудительности или практически полной автономии в той или иной правовой области. Так, для сферы обязательственных договоров, по мнению Ю. Гамбарова, характерна презумпция свободы: «общим правилом ...остается не формулированное ни в

---

<sup>130</sup> Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Под ред. и с пред. В.А. Томсинова. – М: Изд. Зерцало, 2003. С. 268

<sup>131</sup> Там же.

Стоит заметить, что к диспозитивным законам Гамбаров относит также законы, служащие лишь как помощь в толковании тех волеизъявлений, которые остаются незаконченными. Однако, как указывает сам автор, указанные законы достаточно часто не различимы с законами, которые применяются при отсутствии воли сторон, в связи с чем он ставит самостоятельность указанной категории законов под сомнение.

одном законодательстве и часто критикуемое юристами-государственниками положение, в силу которого все не запрещенное законом дозволено. *Свобода есть общее правило, а ограничения ее должны быть в каждом отдельном случае доказаны* (выделено нами – прим. авт.)»<sup>132</sup>. Одновременно он выделяет также сферы, где указанный принцип представлен в зеркальном отражении. К таким сферам он относит семейное, наследственное и вещное право<sup>133</sup>. Во-вторых, доктрина продолжала придерживаться вывода о том, что исходя из текста закона не представляется возможным провести различие между принудительными и неимперативными законами. Применительно к конкретному закону доктрина предлагает определять его разновидность исходя из содержания и цели установления закона<sup>134</sup>. Более того, некоторые авторы указывают, что и среди принудительных законов последствия нарушения могут различаться в зависимости от основания и цели их установления<sup>135</sup>. В-третьих, в части принудительных законов, как и ранее, поддерживается мнение, согласно которому последствия несоблюдения повелительных и запрещающих законов идентичны<sup>136</sup>.

*Оценка подходов к разделению норм в период советского права.*

*Переход к российскому праву*

Как мы уже отмечали, наряду с фактором кодификации права предпосылкой развития учения о разделении норм по их силе является соответствующее отношение в обществе к основным ценностям, а именно – свободе, воплощаемой в праве как принцип свободы договора. Думается, что изменениями в данной области как раз и обусловлены тенденции, связанные с деформацией во взглядах на дихотомию в период существования советского государства. Действительно, постреволюционному государству не откажешь в желании систематизировать право посредством инструментария

<sup>132</sup> Гамбаров Ю. С. Указ. соч. 689, 690.

<sup>133</sup> Там же.

<sup>134</sup> Анненков К.Н. Указ. соч. С. 62; Гамбаров Ю. С. Указ. соч. 266.

<sup>135</sup> Анненков К.Н. Там же.

<sup>136</sup> Там же.

кодификации: к данной эпохе относится не только первый Гражданский кодекс Российской Федерации, созданный в 1922 г., но и его существенная переработка в 1964 г., которая предварялась принятием основ гражданского законодательства в 1961 г. Однако сама система управления государством и построение жизни общества были заключены в строгие рамки плановой экономической модели. Хозяйственная деятельность того периода напоминает движение электричек, курсирующих по определенному маршруту в строго обусловленном порядке и в строго обусловленное время. В соответствии с такой моделью, в которой было заранее определено, кто, когда и сколько кому и что должен был продать, поставить, оказать, о существовании кого-либо хозяйственного оборота не могло быть и речи. В такой ситуации только и оставалось, что встать на заранее проложенные рельсы.

При этом важно оговориться, что роль созданного нормативного материала не была сугубо отрицательной. ГК 1922 г. был принят для проведения новой экономической политики (НЭПа) и предусматривал достаточно оснований для формирования цивилизованного оборота. Не умоляло достоинств Кодекса и то обстоятельство, что в его тексте было считанное число норм, которые содержали указание на возможность их изменением посредством договоренности сторон. Это было вполне логичным, так как составители ГК 1922 г. были воспитаны на той доктрине, которая долго и последовательно выстраивалась в период существования Российской империи. А для неё, как мы показали выше, было характерно отношение к разделению норм (по их силе) не по текстуальному, а по содержательному принципу. Подтверждает этот вывод и литература, огласившая свое мнение сразу после принятия ГК 1922 г. В частности, Б. Черепяхин, основываясь на анализе содержательной части правовых норм, указывал, что практически все нормы о юридических сделках являются диспозитивными<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. - М.: Статут, 2001. С. 108, 109.

В свою очередь, ГК 1964 г. вообще был заметным шагом российской цивилистики вперед; он сформировал множество институтов, подтверждающих свою эффективность и успешно применяющихся до настоящего времени<sup>138</sup>. Просто в связи с изменениями в политической и экономической сферах эти нормы не получили соответствующего применения, так как их действие заранее исключалось предписанным государством планом действия того или иного предприятия.

Важным фактором сложившейся ситуации стало то, что её заложниками явились не только участники оборота, отучившиеся существовать в условиях конкуренции, но, что главное, судебные органы, разрешающие споры между хозяйственными субъектами по государственному плану, изменить которые был уже не в силах никто. Следовательно, на протяжении длительного времени в судебном сообществе формировались устои, связанные с императивностью всего, что предписано, за исключением тех случаев, когда само это предписание допускало иное регулирование. С проблемами такого восприятия мы продолжаем сталкиваться и в настоящее время<sup>139</sup>. В подобных условиях разработка в советском праве вопросов разделения норм по их силе не имела никакой практической актуальности и теоретической необходимости.

Таким образом, изменения, прежде всего, в политической и экономической сферах привели к деформации многих правовых категорий, не обойдя и вопросы дихотомии правовых норм. Результатом стало не только отсутствие сколько-нибудь значимого внимания к ее проблемам, но и отстраненность от ранее наработанных подходов, а также, что еще более прискорбно, формирование неверного представления о силе нормативного материала и способах его применения.

---

Хотя, несомненно, существовала и другая точка зрения. Например, И.С. Перетерский считал, что нормы ГК являются преимущественно императивными (Перетерский И.С. Принудительные и диспозитивные нормы в обязательственном праве Гражданского кодекса. — Советское право, 1924, № 4, С. 68—80).

<sup>138</sup> Здесь речь идет в первую очередь о создании института реституции в случае недействительности сделки и о возрождении института неосновательного обогащения.

<sup>139</sup> Подробнее об этой проблеме и методах её решения см.: Карапетов, А.Г. Указ. соч. С. 104-108.

Со всеми указанными проблемами пришлось разбираться уже новому государству и новой правовой системе. Они строились на совершенно иной модели развития общества и права – либеральной. К тому же переход к либеральной модели был обусловлен необходимостью создания правового поля, которое соответствовало бы потребностям нового общества, а главное хозяйственному обороту. Этими причинами и была обусловлена масштабная переработка гражданского законодательства и создание современного ГК.

Представляется, что набор только что указанных предпосылок должен был послужить основой для развития доктрины в области разделения правовых предписаний по их силе. Однако перечисленные предпосылки не дали ожидаемых результатов. Наследие советского периода оказалось настолько сильным, что по его лекалам продолжало не только жить общество, но и существовать множество правовых категорий. К сожалению, основанная на автономии воли дихотомия правовых предписаний была подвержена влиянию подходов, содержащихся в советском праве, в наибольшей степени. Однако в рамках постсоветского российского права дихотомия все же нашла свое отражение в области договорного права. В следующей главе мы проанализируем ее состояние и развитие более подробно. Здесь же подведем итоги исторического развития дихотомии в России.

*Выводы по результатам исследования исторического развития в России  
деления правовых норм на императивные и диспозитивные*

Как мы видим, кодификация гражданского права, которая проходила в России, сыграла гораздо меньшую роль в развитии дихотомии по сравнению с тем, как это было в ведущих европейских правовых порядках континентальной Европы. Она не стала катализатором глубинного исследования в области разделения правовых предписаний по их силе, хотя, несомненно, сыграла существенную роль в развитии взглядов на дихотомию. Спецификой развития взглядов на разделение предписаний в России явилось то, что оно

было связано с анализом уже существующей нормативной базы. И, на наш взгляд, при этих обстоятельствах довольно символично, что итоговый кодификационный акт так и не вступил в силу. В то же время стоит признать, что исследованность, проработанность и, что главное, понимание проблем, связанных с разделением правовых предписаний по их силе, находилось на достаточно хорошем уровне. Доктрина в этой области развивалась практически одновременно в российском и континентальном правопорядках, и степень этого развития была относительно сходной. В ряде случаев, как удалось установить, наш правопорядок даже опережал передовые европейские образцы<sup>140</sup>. Этот вывод не представлял бы собой какой-либо ценности, если бы современное состояние российской правовой доктрины не находилось на уровень ниже того, который имелся у нас в дореволюционный период. В свете современных подходов к разделению правовых норм по их силе подобный вывод представляется достаточно важным.

При этом невозможно не отметить ряд особенностей, которые были специфичны исключительно для нашего правопорядка. Российская правовая система сложилась таким образом, что в её реалиях особые качества приобрели нормы, обязательные по своему характеру. Как мы видим, историческим является то обстоятельство, что наша доктрина не выделяет какой-либо градации указанных норм. И если в дореволюционном праве указывается на возможность её проведения, правда с оговоркой, что применительно к российскому закону выделение различного рода принудительных законов не имеет никакого значения, то современная доктрина и вовсе не видит в этом необходимости. В частности, именно в данных исторических причинах мы усматриваем те проблемы, которые связаны с предложением Концепции по совершенствованию гражданского законодательства РФ о введении в нашем праве категории запрещающих

---

<sup>140</sup> При этом стоит признать, что подобная синхронизация взглядов была обеспечена широким исследованием российскими учеными зарубежных правопорядков, в основном германского. Однако это несколько не умаляет вклада российских исследователей в формирование развитой доктрины в области разделения правовых предписаний по их силе.

норм<sup>141</sup>. Довершает подобное специфическое отношение к принудительным нормам терминологический момент. Дело в том, ни в одной дореволюционной работе нам – применительно к законам, которые обязательны для исполнения, – не удастся встретить термин «императивные». Подобные законы повсеместно рассматриваются как принудительные.

В части диспозитивных норм российское право также развивалось только с ему присущей спецификой. В частности, изначально понимание неимперативных норм совпадало с тем, как понимали *jus dispositivum* в римском праве, то есть данные нормы включали два вида предписаний: те, которые наделяют субъектов определенными правами, и те, которые не применяются в случае, если стороны урегулировали свои отношения по-иному. И только в период кодификации указанная градация потеряла свое значение в связи с использованием нового критерия для классификации норм по их силе – зависимость юридической силы норм от частной автономии. В итоге к неимперативным стали относиться только те нормы, которые применяются в случае, если стороны не урегулировали свои отношения по-иному<sup>142</sup>. В свою очередь, в континентальном праве нормы, которые наделяют субъектов определенными правами, изначально не рассматривались как разновидность неимперативных.

---

<sup>141</sup> Пункт 1.1.1 параграфа 2 раздела V Концепции совершенствования общих положений гражданского кодекса российской федерации / [www.privlaw.ru](http://www.privlaw.ru)

<sup>142</sup> Именно для данных норм К. Малышев употребил термин «диспозитивная норма». Собственно, такое содержание диспозитивные нормы имеют и в настоящее время.

## ГЛАВА II

РАЗДЕЛЕНИЕ НОРМ НА ИМПЕРАТИВНЫЕ И ДИСПОЗИТИВНЫЕ В  
РОССИЙСКОМ ДОГОВОРНОМ ПРАВЕ**§ 1. Общая характеристика современного договорного права в связи с  
разделением норм на императивные и диспозитивные.***Презумпция императивности норм договорного права и формально-  
атрибутивное разделение норм договорного права*

В связи с тем, что груз наследия советского государства невозможно преодолеть в один момент, его было необходимо принимать во внимание. При таких обстоятельствах в российском праве возникали модели дуалистического характера. Наиболее ярко это проявилось в области договорного права. Разделение норм договорного права по их силе привело к тому, что в части первой ГК 1994 г., с одной стороны, провозглашалась свобода договора (как на уровне принципа (ст. 1 ГК), так и на уровне регулирования договорных отношений (ст. 421 ГК)), а с другой – устанавливалась модель императивности правовых предписаний<sup>143</sup>, которая могла быть изменена сторонами только в том случае, если сам закон это прямо допускал.

Подобная модель закреплена в абз. 2 п. 3 ст. 421 и п. 1 ст. 422 ГК, где дается законодательное определение императивных и диспозитивных

---

<sup>143</sup> В силу повсеместного использования термина «императивная норма» в российской доктрине для обозначения предписаний, изменить которые не представляется возможным посредством соглашения сторон, стоит заметить, что право советского периода все же внесло некоторый вклад во взгляды на дихотомию. Как следует из литературы советского периода, применение термина «императивный» к непрекаемым по силе нормам является заслугой именно этого периода (например, работа О.А. Красавчикова «Советское гражданское право» пестрит употреблением термина «императивный» применительно к характеру правовых предписаний). В свою очередь, в дореволюционном праве использовался исключительно термин «принудительная норма». Причины такой терминологической перемены по отношению к ранее принудительным нормам скрыты, видимо, где-то достаточно глубоко, так как о них литература умалчивает. Мы, тем не менее, позволим себе предположить, что подобное изменение в терминологии может быть связано с переменной правопорядка, служившего ориентиром при построении собственной правовой системы: если в дореволюционной России это однозначно был германский правопорядок (отсюда понятие «принудительные законы» как перевод германского понятия «*zwingende Recht*»), то в советской России к моменту принятия ГК 1964 г. произошло смещение в сторону французского правопорядка, для доктрины которого характерно использование термина *lois impératives* применительно к предписаниям, изменить которые по воле сторон невозможно.

норм<sup>144</sup>. Со стороны создателей ГК подобное явление применительно к сфере договорного права объясняется тем обстоятельством, что «в условиях неотработанной еще в России рыночной системы ... презумпция диспозитивности норм договорного права будет способствовать неконтролируемому снижению договорной дисциплины, монополистским и прочим злоупотреблениям на рынке товаров, работ и услуг»<sup>145</sup>. Несомненным представляется тот факт, что подобные обстоятельства должны были быть учтены, причем вряд ли на тот момент можно было предложить какое-либо иное решение, кроме как установить презумпцию императивности предписаний закона, если иное не следует из текста самого закона. Отказаться от текстуального разделения и перенести решение вопроса о виде предписания на судебные инстанции в условиях новой модели экономики и отсутствия у судов опыта по разрешению споров внутри такой модели представлялось еще более опасным шагом. Все это привело к тому, что в России сложилась уникальная ситуация, когда законодатель решился четко разграничить в тексте закона императивные и диспозитивные предписания. Уникальность такой ситуации была в том, что (как было показано выше) ведущие европейские правовые порядки, прошедшие процесс кодификации, отказались от подобного шага. Более того, для российского права эта ситуация также была новой, поскольку в дореволюционном праве указанный вопрос предполагалось решать на уровне толкования, а право советского периода было построено на совершенно иных принципах.

*Анализ и оценка формально-атрибутивного разделения норм*

*договорного права на императивные и диспозитивные, проведенного в ГК*

Вышеизложенное заставляет нас обратить внимание на то, каким образом законодатель решил отразить в тексте ГК понимание дихотомии

---

<sup>144</sup> Таким образом, в российской правовой системе вопрос разделения норм по юридической силе был решен уникальным способом, о чем будет сказано чуть ниже.

<sup>145</sup> Хохлов С.А. Концептуальная основа части второй Гражданского кодекса // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 235, 236.

норм договорного права, основанной на презумпции императивности. Учитывая наличие такой презумпции, представляется целесообразным сосредоточить внимание на том, какими техническими приемами пользовался законодатель, когда хотел допустить отступление от правила, закрепленного в норме. Наиболее распространенным способом является указание в тексте статьи на то, что иное может быть предусмотрено в соглашении между сторонами<sup>146</sup>. По тому, в какой форме выражена диспозитивность данных норм, необходимо отграничивать их от схожих по тексту норм, которые в то же время являются по сути императивными. Речь идет о тех нормах, где указывается, что иное, например, может быть предусмотрено законом или иными правовыми актами<sup>147</sup> (к которым необходимо отнести также государственные стандарты<sup>148</sup> и т.п.), а также самим Кодексом<sup>149</sup>. Дело в том, что подобное указание никак не влияет на императивность тех норм, которые содержат такое указание. Если в ГК, ином законе или нормативно-правовом акте схожее отношение урегулировано, то у сторон нет возможности ему не подчиниться. Таким образом, налицо императивность указанных предписаний<sup>150</sup>. Другой вопрос, что может

<sup>146</sup> Для этого используются следующие словесные формулы: «если иное не предусмотрено соглашением сторон» (например, п. 2 ст. 500 ГК (за рамками норм второй части ГК – см, например, п. 1 ст. 253 ГК); «если соглашением сторон не предусмотрено иное» (например, абз. 1 п. 1 ст. 843 (за рамками норм второй части ГК – см, например, абз. 1 ст. 251 ГК); «если иное не предусмотрено договором» (например, п. 2 ст. 456 ГК (за рамками норм второй части ГК – см, например, абз. 2 ст. 134 ГК); «если из договора не вытекает иное» (например, п. 1 ст. 568 ГК (за рамками норм второй части ГК – см, например, ст. 364 ГК).

Применительно к сделкам также встречаются следующие формулы: «если иное не предусмотрено учредительным договором или иным соглашением участников» (например, п. 1 ст. 74 ГК); «если иное не предусмотрено учредительным договором» (например, п. 1 ст. 78 ГК). Возникают вопросы, когда в законе содержится формулировка, что иное может быть предусмотрено уставом (запрещено уставом (см., например, п. 2 ст. 93 ГК) или учредительными документами), так как в отношении устава существует некоторая теоретическая неопределенность, является ли он формой сделки или сделкой, и если да, то односторонней или многосторонней. Этот вопрос не является предметом нашего исследования (подробнее об этом см., например: Степанов Д.И. Устав как форма сделки // Вестник гражданского права. 2009. № 1), поэтому мы лишь констатируем, что считаем устав отражением многосторонней сделки. В связи с этим указанные формулировки рассматриваются нами при освещении норм, которые действуют в том случае, если иное не предусмотрено соглашением.

<sup>147</sup> См., например, п. 3 ст. 474, п. 2 ст. 484, абз. 2 п. 3 ст. 485, п. 1 и 5 ст. 486, п. 3 ст. 492, п. 3 ст. 497, абз. 2 п. 1 ст. 510, п. 1 ст. 544, п. 1 ст. 616 ГК.

За рамками второй части ГК см, например, п. 2 ст. 8, п. 3 ст. 23, абз. 2 п. 3 ст. 49, п. 3 ст. 105, п. 7 ст. 63 ГК. При этом стоит отметить, что для некоторых случаев ГК предусматривает указание на федеральный закон, что обусловлено спецификой отношений, на которые рассчитана норма (например, абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК).

<sup>148</sup> См., например, п. 1 ст. 474.

<sup>149</sup> См., например, п. 2 ст. 650, п. 2 ст. 702, абз. 1 п. 1 ст. 705 ГК.

<sup>150</sup> Применительно к указанной проблематике определенный интерес представляет п. 4 ст. 926 ГК, в соответствии с которым хранитель, осуществляющий хранение вещи в порядке секвестра, имеет право на

возникнуть спор, регулирует ли законодательство схожие отношения или нет, от чего будет зависеть выбор различных моделей поведения. Ответ на этот вопрос предстоит решать на уровне толкования судам, что с учетом целей императивных предписаний, как они были обозначены разработчиками ГК, ставит под сомнение целесообразность таких императивных норм при ничтожности сделки в случае выбора неправильной модели поведения. При этом в ряде случаев данная проблема снимается за счет указания в тексте ГК на законы, относящиеся к конкретной области, которые, таким образом, получают приоритет над ГК<sup>151</sup>. Хотя и в этих случаях Кодекс не лишен некоторых недостатков. В частности, в соответствии с п. 3 ст. 801 ГК условия выполнения договора транспортной экспедиции определяются соглашением сторон, *если иное не установлено законом о транспортно-экспедиционной деятельности, другими законами или иными правовыми актами*<sup>152</sup>. Как видим, в данной норме неудачно использовано указание на законы, которые могут предусматривать границы автономии воли сторон в установлении условий выполнения договора транспортной экспедиции. Статья содержит два уровня законов: к первому относятся законы о транспортно-экспедиционной деятельности; ко второму – иные законы. В результате может сложиться ситуация, когда один и тот же вопрос урегулирован как в законе о транспортно-экспедиционной деятельности, так и в каком-либо ином законе. При такой коллизии вновь необходимо будет прибегать к толкованию и с его помощью определять закон, который должен подлежать

---

вознаграждение за счет спорящих сторон, если договором или *решением суда* (выделено нами – прим. авт.), которым установлен секвестр, не предусмотрено иное. В данном случае возникает вопрос: если в норме указано, что иное может быть установлено решением суда, то подобная норма является императивной или диспозитивной? На наш взгляд, такую норму необходимо рассматривать в качестве императивной, поскольку у сторон также отсутствует возможность не подчиниться решению суда и урегулировать отношения по-иному.

<sup>151</sup> См., например, п. 6 ст. 503 ГК, где закреплена формулировка, согласно которой правила, предусмотренные настоящей статьей, применяются, если законами о защите прав потребителей не установлено иное (за рамками норм второй части ГК – см, например, абз. 2 ст. 217 ГК, где закреплена формулировка, согласно которой применяются установленные Кодексом правила, если законами о приватизации не предусмотрено иное).

<sup>152</sup> Аналогичная норма за пределами второй части ГК – см., например, п. 3 ст. 261 ГК, в соответствии с которым собственник земельного участка вправе по своему усмотрению использовать все, что находится над и под поверхностью этого участка, если иное не предусмотрено законами о недрах, об использовании воздушного пространства, иными законами и не нарушает прав других лиц.

применению. Представляется, что в подобной ситуации применим более специальный закон. Возможно, именно для такого регулирования и была создана рассматриваемая норма. Однако она сформулирована таким образом, что мы вынуждены приходить к разграничению через толкование, которое в контексте мотивов, лежащих в основе разделения норм на момент создания ГК, может негативно сказаться на обороте.

Думается, что также следует говорить об императивности и применительно к нормам, правила которых не действуют в том случае, если имеется обычай, регулирующий соответствующие отношения по-иному. Подобный вывод следует из того, что обычай не подвержен изменению какой-либо сиюминутной волей сторон, пожелавших вступить в правоотношения, а связан с однообразным и долговременным применением соответствующего правила поведения для определенных отношений<sup>153</sup>. Сказанное в первую очередь относится к обычаям в сфере договора о купле-продаже, что вполне объяснимо, так как именно в данной сфере у предпринимателей сложилось наибольшее количество систематически применяемых между собой правил.

Однако вернемся к нормам, в тексте которых указано, что иное может быть предусмотрено в соглашении сторон. Из анализа подобных норм следует, что для изменения правила, предусмотренного ГК, необходима согласованная воля двух или более лиц. Для большинства случаев это действительно так. Вместе с тем Кодекс вполне допускает возможность изменить предписание посредством односторонней сделки. В частности, подобные нормы мы находим применительно к порядку заключения договора, где отправителю оферты предоставлена возможность установить

---

<sup>153</sup> В тексте ГК различают обычай (разновидностью которого является обычай делового оборота (ст. 5 ГК), повсеместно фигурирующий во второй части ГК) и национальный обычай (п. 1 ст. 19 ГК). Однако сделанный нами вывод справедлив как для первой, так и для второй категории в силу того, что существующие между ними различия не сказываются на критериях однообразности и долговременности применения.

Вместе с тем в силу неполной реформы ГК и отсутствия полной терминологической согласованности в рамках дальнейшего изложения термины «обычай» и «обычай делового оборота» используются как равнозначные.

иные правила по сравнению с теми, которые предусмотрены в законе<sup>154</sup>. Заметим, что такая возможность (изменять предписания односторонней сделкой) не вызывает возражений как в зарубежных правовых порядках, так и в российской дореволюционной доктрине.

В то же время, исследуя подходы законодателя к выделению диспозитивных норм договорного права, отметим, что в российской доктрине, по нашему мнению, существует ряд заблуждений, связанных со взглядом ученых на законодательные средства, используемые для такого выделения. В частности, О.Н. Садиков полагает, что диспозитивность правила поведения может быть выражена не прямо, а через совокупность правовых предписаний<sup>155</sup>. Основанием для такого вывода послужили положения п. 1 и 2 ст. 425 ГК. Согласно п. 1 данной статьи договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения. В свою очередь О.Н. Садиков считает, что императивность указанного предписания, которая как бы следует из п. 1, нивелируется п. 2 этой же статьи, согласно которой стороны вправе установить, что условия заключенного ими договора применяются к их отношениям, возникшим до заключения договора. По мнению автора, указанный пункт является заменой недостающей в п. 1 формулировки «если иное», и это делает его диспозитивным. Отсюда следует, что в ГК используются так называемые скрытые диспозитивные нормы, которые явствуют не из конкретного положения (например, пункта), а из совокупности нескольких технических

---

<sup>154</sup> См., например, ст. 436 и п. 1 ст. 437 ГК. В частности, согласно первой из указанных норм полученная адресатом оферта не может быть отозвана в течение срока, установленного для ее акцепта, *если иное не оговорено в самой оферте* (выделено нами – прим. авт.) либо не вытекает из существа предложения или обстановки, в которой оно было сделано.

Признается также право собственника, передающего имущество в хозяйственное ведение или оперативное управление, изменить норму своим односторонним актом. В частности, согласно п. 1 ст. 299 ГК право хозяйственного ведения или право оперативного управления имуществом, в отношении которого собственником принято решение о закреплении за унитарным предприятием или учреждением, возникает у этого предприятия или учреждения с момента передачи имущества, если иное не установлено законом и иными правовыми актами или решением собственника. Еще одним примером подобной односторонней сделки является завещание (см., например, п. 2 ст. 1135 и п. 3 ст. 1139 ГК).

<sup>155</sup> Садиков О.Н. Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве // Юридический мир. 2001. № 7. С. 6.

конструкций (например, нескольких пунктов)<sup>156</sup>. Однако, на наш взгляд, такая позиция является не вполне корректной. Если мы попытаемся проанализировать тот пример, который привел автор в подтверждение своих доводов, то увидим, что п. 1 и 2 ст. 425 ГК регулируют совершенно разные вопросы. Пункт 1 говорит о том, когда договор вступает в силу и становится обязательным для сторон. В свою очередь, п. 2 устанавливает: стороны вправе установить, что условия заключенного ими договора применяются к их отношениям, возникшим до заключения договора. Можно ли посредством использования права, предусмотренного п. 2 ст. 425 ГК, изменить момент вступления договора в силу и момент, когда он становится обязательным для сторон? Видимо, нет, так как п. 2 этих двух обстоятельств вовсе не затрагивает. Что же касается использования законодателем конструкции, в которой указывается, что лицо (лица) «вправе» что-то сделать (как в п. 2 ст. 425 ГК, из чего следует, что такая конструкция – признак «скрытых» диспозитивных норм), то у нее, на наш взгляд, иное назначение. Она предназначена для того, чтобы обозначить правонаделительные нормы, которые, предоставляя субъектам определенный объем прав, тем самым определяют содержание их правоспособности в рамках гражданского оборота, а также не допускают возникновения спора в отношении права сторон договориться об определенных условиях (например, как в той же ст. 425 или абз. 2 п. 2 ст. 455 ГК), что они и так были бы вправе сделать – на основании принципа свободы договора.

Вместе с тем по вопросу разделения правовых предписаний ГК содержит ряд формулировок, которые очень трудно отнести к категории как императивных, так и диспозитивных норм. В частности, Кодекс включает в себя ряд норм, содержание которых может быть изменено, если иное вытекает из существа отношения<sup>157</sup>, существа обязательства<sup>158</sup>, существа

---

<sup>156</sup> Садиков О.Н. Указ. соч. С.6, 7.

<sup>157</sup> См., например, п. 2 ст. 863, п. 4 ст. 969 ГК.

<sup>158</sup> См., например, п. 5, ст. 475, п. 3 ст. 480, п. 1 ст. 481 ГК.

договора<sup>159</sup>, существа объединения<sup>160</sup>, фактических обстоятельств<sup>161</sup>, содержания или характера прав<sup>162</sup>, характера товара<sup>163</sup>, характера действий<sup>164</sup>, характера выполненной работы<sup>165</sup>, характера информации<sup>166</sup>, свойств и назначения товара<sup>167</sup>, используемой формы расчетов<sup>168</sup>. Подобные нормы принято называть «каучуковыми»; они предназначены для судов и применяются, когда законодательное предписание явно не соответствует тому отношению, которое сложилось между сторонами. В таких особых случаях закон позволяет не следовать собственному предписанию. Однако для нас интересен вопрос, насколько эти нормы подвержены изменению под воздействием воли сторон. В классических диспозитивных нормах подобная возможность выражена достаточно явно. Применительно к исследуемым нормам этого сказать нельзя. Но вместе с тем нельзя и утверждать, что воля сторон вообще не имеет значения. Представляется, что их воля изменить предписания указанной группы норм влияет опосредованно – стороны могут сформировать свое отношение таким образом, чтобы его правовая модель представляла собой нетипичную конструкцию для нашего закона. В связи с этим суд, определяя правило поведения, будет вынужден отступить от предусмотренного законом регулирования. В таком случае, как представляется, мы имеем дело с нормами, которые можно охарактеризовать как «полуимперативные» или «полудиспозитивные».

Насколько наличие в ГК подобных норм соответствует тем целям, которые он преследует?

---

<sup>159</sup> См., например, п. 3 ст. 834 ГК.

<sup>160</sup> См., например, п. 1 ст. 1054 ГК.

<sup>161</sup> См., например, п. 2 ст. 1042 ГК.

<sup>162</sup> См., например, п. 4 ст. 454 ГК.

<sup>163</sup> См., например, п. 2 ст. 455 ГК.

<sup>164</sup> См., например, п. 6 ст. 1055 ГК.

<sup>165</sup> См., например, ст. 1061 ГК.

<sup>166</sup> См., например, ст. 726 ГК.

<sup>167</sup> См., например, абз. 1 ст. 491 ГК.

<sup>168</sup> См., например, п. 3 ст. 861 ГК.

За пределами второй части ГК нормы гражданского права содержат указание на то, что иное также может вытекать из особенностей субъектов (см., например, п. 2 ст. 124 ГК) и особенностей фиксации прав (см., например, п. 1 ст. 149 ГК).

Полагаем, что наличие таких норм в ГК оправданно, если не сказать больше – в ряде случаев необходимо. Как на момент принятия ГК, так и на любой другой отдельно взятый момент законодатель не может предусмотреть в своих нормах правила для всех мыслимых и немыслимых ситуаций, которые возникают в отношениях между сторонами. Равным образом законодатель не может предусмотреть в своих нормах и будущие достижения технологического прогресса, влияющие на право. Для сфер, где наиболее очевидно, что стороны могут создать модель, которая вступит в резкое противоречие с установленным законом правилом, а также для сфер, где достижения прогресса (например, применительно к сфере действия ст. 149 ГК) могут сказаться на правовом регулировании, наличие таких норм дает суду возможность скорректировать недостатки законодательного регулирования. Как мы видим, их в ГК достаточно много. Одновременно важно заметить, что наличие указанных норм в ГК вряд ли соответствует той позиции, которая существовала на момент его принятия (в целях стабильности оборота) предполагалось разрешить вопрос о делении норм по их силе на уровне закона.

В ряде случаев законодатель использует комбинационный принцип определения нормы. Это происходит, когда он указывает в норме, что она может быть изменена как законом, нормативно-правовыми актами или обычаями делового оборота, так и соглашением сторон (договором)<sup>169</sup>. Достаточно часто (применительно к нормам об обязательствах) наряду с изложенным содержится указание на то, что иное может вытекать и из существа обязательства<sup>170</sup>. Такие нормы трудно отнести к какому-либо виду, так как в каждом случае ответ на этот вопрос будет зависеть от конкретных обстоятельств. Однако более важным представляется определить не вид нормы, а то, какое из положений нормы будет, при ее реализации, иметь приоритет в случае конкуренции с другим положением. На наш взгляд, если

---

<sup>169</sup> См., например, п. 2. ст. 430, п. 1 ст. 544 ГК.

<sup>170</sup> См., например, ст. 316 ГК.

определять приоритет между законом, иным нормативно-правовым актом, соглашением (договором) и обычаем делового оборота, то их сила убывает в указанном нами порядке – от закона (как обладающего наибольшей силой) к обычаю делового оборота<sup>171</sup>. Подобная градация по силе указанных положений вытекает частично из ст. 3 ГК, где установлен приоритет законов над иными нормативно-правовыми актами, и частично из ст. 5 ГК, устанавливающей приоритет соглашения над обычаем делового оборота<sup>172</sup>. Решение вопроса в части конкуренции закона и иных нормативно-правовых актов с соглашением сторон отражено в п. 1 ст. 422 ГК. Согласно данной статье договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами, действующими в момент его заключения<sup>173</sup>.

Однако в том случае, когда норма содержит указание на то, что иное может следовать из существа обязательства, подобное положение, на наш взгляд, имеет приоритет перед законом, нормативно-правовым актом и обычаем делового оборота. Объясняется это следующим: вне зависимости от того, где закреплено предписание и каким образом оно получило действие, если оно противоречит существу отношений, то не может быть к ним применено в силу природного несоответствия предписания сложившимся отношениям, а также иной регулятивной направленности, не учитывающей специфики таких отношений.

По-иному предлагал решать вопрос соотношения закона (иного нормативно-правового акта) и договора М.И. Брагинский. По его мнению, в том случае, если норма допускает установление иного законом (или иным нормативно-правовым актом) или договором, то даже когда иное и установлено законом, стороны все равно вправе изменить такое

---

<sup>171</sup> Здесь стоит сделать оговорку, что конкурировать между собой как два федеральных закона могут ГК и иной закон (см., например, п. 5 ст. 475 ГК). В таком случае приоритет ГК неочевиден, поскольку вопрос будет решаться в плоскости того, какой из законов является более специальным.

<sup>172</sup> Справедливости ради заметим, что подобное положение пытались оспорить в доктрине (см., например: Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. М.: Статут, 2007. С. 32).

<sup>173</sup> Хотя в отношении нормативно-правовых актов более низкого уровня, чем законы, вопрос не так однозначен в силу того обстоятельства, что они исходят уже не от законодателя.

предписание<sup>174</sup>. Однако, как было показано выше, подобная логика не находит подтверждения в законе. Такая позиция скорее является попыткой смягчить существующий крен в сторону императивности предписаний в уже достаточно развитых условиях рыночной экономики. Полагаем, что вышесказанное о комбинационных нормах применимо и к тем случаям, когда законодатель употребляет формулировку «если не доказано иное». На наш взгляд, данная формулировка предполагает, что доказано иное может быть посредством указания на закон, иной нормативно-правовой акт, соглашение, обычай делового оборота или существо обязательства (там, где это возможно).

Выше мы проанализировали технические приемы, которые использует законодатель для отражения в законе императивных и диспозитивных норм. На наш взгляд, из подобного анализа следует ряд важных выводов.

Во-первых, что, несомненно, является главным, несмотря на уникальность российского подхода к решению вопроса о разделении норм по их силе, что предполагает четкое текстуальное разделение норм договорного права, в ряде случаев необходимость и неизбежность толкования вытекает из самого текста ГК и используемой в нем законодательной техники. Это, в свою очередь, показывает, что изначально заложенный подход не смог быть реализован в полной мере. Более того, указанный факт позволяет утверждать, что толкование является неотъемлемым инструментом в определении вида нормы договорного права, который невозможно подавить даже посредством последовательного проведения курса на четкое текстуальное разделение таких норм по их силе.

Во-вторых, как мы можем увидеть из проведенного исследования, сфера применения дихотомии императивных и диспозитивных норм в ГК та же, что и в ведущих правовых системах стран континентальной Европы, а именно: это сфера правовых сделок. Данный вывод важен в том смысле, что

---

<sup>174</sup> Брагинский М.И. Договорное право. Книга первая: Общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, 3-е изд., стер. – М.: Статут, 2008. С. 60.

в российской доктрине дихотомия исследуется в основном применительно к сфере договорного права, что, на наш взгляд, искусственно сужает восприятие как самой дихотомии, так и ее места в гражданском праве.

В-третьих, в ГК достаточно развито применение дихотомии по отношению к сделкам. В качестве примера в первую очередь стоит обратить внимание на тот факт, что для ГК характерна возможность изменить предписание посредством совершения односторонней сделки.

### *Критика презумпции императивности норм договорного права и формально-атрибутивного разделения норм*

Указанное выше понимание дихотомии и специфика ее реализация в ГК – посредством формально-атрибутивного принципа с использованием презумпции императивности норм договорного права – несет довольно большое количество недостатков, которые ставят под сомнение целесообразность использования такого подхода. Перечислим наиболее явные из них.

1. Очевиден тот факт, что ГК не отражает диспозитивности норм договорного права во всех случаях, когда это необходимо и обоснованно. Мы можем подвергнуть исследованию множество норм договорного права на предмет обоснованности придания им в ГК императивного характера и в значительном числе случаев, соотнеся содержание, цель нормы и ее место в соответствующем договорном институте, придем к выводу о том, что императивность нормы не адекватна форме ее выражения.

Это касается, в первую очередь, многих норм об ответственности, а также тех норм, которые связаны с установлением обязанности одной из сторон. В ряде случаев вид предписания вообще трудно поддается абстрактному формулированию, так как его характер зависит от критериев, которые наиболее важны в конкретном случае. Например, в зависимости от ситуации, в одном случае, одной той же стороной договора будет выступать профессиональный участник рынка, а в другой потребитель – физическое

лицо. И если для профессионала можно установить диспозитивность предписания, то в отношении потребителя такая характеристика нормы будет абсолютно несправедливой. Это, в свою очередь, говорит о том, что предусмотреть диспозитивность во всех случаях, когда это необходимо, на стадии принятия закона весьма проблематично.

2. Практическую значимость проблема императивности предписаний норм договорного права и формально-атрибутивного разделения таких норм на императивные и диспозитивные приобретает за счет ст. 168 ГК. Дело в том, что данная норма предусматривает недействительность сделки в том случае, если она не соответствует требованиям закона или иных нормативно-правовых актов. В силу выделяемой в доктрине презумпции императивности норм договорного права и их текстуального разделения подавляющее большинство норм, не содержащих оговорку о том, что иное может быть предусмотрено сторонами, трактуются как императивные, и их нарушение влечет недействительность сделки по ст. 168 ГК. Подход судов, в соответствии с которым несоблюдение императивной нормы в смысле ст. 422 ГК влечет недействительность сделки по ст. 168 ГК, встречается во многих решениях кассационных инстанций<sup>175</sup>. В условиях, когда диспозитивность выражена, как подсчитал М.И. Брагинский, только примерно в 200 статьях части второй ГК (императивных норм значительно больше – около 1600)<sup>176</sup>, подобная тенденция представляет существенную угрозу для оборота. Только в рамках недавней практики кассационных инстанций можно отметить несколько решений судов, которые, руководствуясь указанной логикой, необоснованно признают недействительными ряд условий договора<sup>177</sup>. В частности, суд признал недействительными условия договора, согласно

---

<sup>175</sup> См., например: постановление ФАС Московского округа от 16 декабря 2008 г. № КГ-А41/9749-08; постановление ФАС Волго-Вятского округа от 20 ноября 2009 г. по делу № А17-1481/2009; постановление ФАС Поволжского округа от 17 августа 2009 г. по делу № А12-21078/2008; постановление ФАС Уральского округа от 15 октября 2008 г. № Ф09-7531/08-С1.

<sup>176</sup> Брагинский М.И. Указ. соч. С. 91.

<sup>177</sup> Здесь стоит оговориться, что речь идет о решениях только кассационных и нижестоящих судов, так как ВАС РФ в своей практике достаточно часто игнорирует формально-атрибутивные методы определения характера норм, а пытается выявить его посредством толкования, чего, однако, явно недостаточно для изменения общей тенденции.

которому генподрядчик вправе устранить недостатки только силами другого исполнителя в силу того, что данное условие противоречит императивному, по мнению суда, положению ст. 723 ГК, которое уполномочивает заказчика требовать возмещения своих расходов на устранение недостатков, когда право заказчика их устранять предусмотрено в договоре подряда<sup>178</sup>. В этом случае абсолютно логично предоставить двум коммерческим организациям право урегулировать вопрос о порядке действий, при нарушении одной из сторон своих обязательств, на уровне договора – так, как они это видят оптимальным для своей ситуации. Для этого вряд ли есть какие-либо экономические или политико-правовые препятствия. Однако суд предпочел решить дело исходя из императивности предписания ст. 723 ГК.

В другом деле суд признал недействительным условие договора, согласно которому стороны уменьшили процент пени по законной неустойке по сравнению с тем процентом, который установил закон. Основой для признания такого условия недействительным послужила императивность п. 1 ст. 332 ГК<sup>179</sup>. Как и в предыдущем деле, у суда вряд ли были какие-то серьезные причины, кроме формальных, не признать действительным договорное условие между коммерческими организациями. Более того, в данном деле суд даже не обратил внимания, что ст. 321 ГК предусматривает право сторон увеличить законную неустойку своим соглашением, а ведь это в условиях системного толкования явно свидетельствует о диспозитивности всей нормы.

Вряд ли подобное применение ст. 168 ГК добавляет обороту стабильности и способствует формированию отношений сторон таким образом, чтобы максимально эффективно реализовывать свои ресурсы и возможности. Более того, подобная практика позволяет злоупотреблять недобросовестным предпринимателям своими правами, при первой удобной

---

<sup>178</sup> См. постановление ФАС Поволжского округа от 17 августа 2009 г. по делу № А12-21078/2008.

<sup>179</sup> См. постановление ФАС Волго-Вятского округа от 18 мая 2009 г. по делу № А82-14622/2008-22.

возможности ссылаясь на недействительность договорного условия для ухода от исполнения своих обязательств.

Усугубляется данное положение вещей, на наш взгляд, и еще двумя факторами. Первый является объективным. Он связан с тем обстоятельством, что если на уровне ГК в основе разделения норм договорного права есть хотя бы какая-то логика и анализ, то при подготовке иных законов, регулирующих договорные правоотношения, о необходимости формально разделить в их тексте нормы на императивные и диспозитивные вряд ли кто-то задумывается. Второй фактор связан с субъективными обстоятельствами и вытекает из развития судебной системы. Как уже сказано выше, в период существования советского государства и права судебский корпус был обременен необходимостью – при решении хозяйственных споров – практически всегда руководствоваться строго установленными предписаниями, которые регламентировали деятельность предприятий и оборот между ними. И в современных условиях часть судей продолжает по инерции двигаться в том направлении, которое характеризовалось общеобязательностью всего, что исходит от государства. Иными судьями, как справедливо указывается в нашей доктрине, движет боязнь взять на себя инициативу и в связи с этим быть обвиненными в судебном правотворчестве и произволе<sup>180</sup>.

К сожалению, на подобную ситуацию практически не влияют изменения, которым подверглась ст. 168 ГК в ходе реформирования гражданского законодательства РФ. Напомним, что с 1 сентября 2013 г. в случае нарушения сделкой требований закона или иного правового акта она становится не ничтожной, а оспоримой. К сожалению, эта новелла не решает, на наш взгляд, основной проблемы: убежденности правоприменителя, что действительность сделки зависит от формально-атрибутивного разделения норм договорного права на императивные и диспозитивные.

---

<sup>180</sup> Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 111, 112.

Новая редакция ст. 168 ГК позволяет лишь немного уменьшить те негативные последствия, которые связаны с наличием у правоприменителя отмеченной нами убежденности. Во-первых, она сужает круг лиц, которые могут требовать признания сделки недействительной. Теперь это не любое заинтересованное лицо, а лишь указанное в тексте ГК. Как правило, это стороны договора. Во-вторых, сокращается срок на обжалование сделки с трех лет до одного года. Основная же концепция ст. 168 ГК осталась неизменной, что не позволяет рассчитывать на коренной перелом в ходе применения указанной нормы.

3. Формально-атрибутивное разделение норм договорного права страдает и тем пороком, что не может реагировать на быстрые изменения как в сфере экономики, так и в области политики права. Иными словами, закрепляя в норме закона вид нормы, государство обрекает себя на то, что в определенный момент предлагаемое им регулирование будет оторвано от насущных потребностей оборота. И, учитывая объемность законодательного процесса по изменению закона, такая оторванность может просуществовать достаточно долго. Кроме того, не стоит забывать, что формально-атрибутивный способ разделения норм способствует значительному росту законодательного материала.

4. Как видно из анализа приемов, которые используются законодателем для отделения императивных норм договорного права от диспозитивных, сами эти конструкции законодательной техники страдают определенными изъянами. Отсюда в ряде случаев не остается ничего иного, как определить характер нормы только посредством ее толкования. Например, это необходимо, когда встает вопрос о сфере регулирования ГК и иного закона, который предусматривает на первый взгляд иное положение. Невозможно на уровне принятия закона исключить судебное толкование и в том случае, когда характер норм зависит от оценочного критерия (характера отношений, существования обязательств и др.). Подобная неопределенность в свете

применения ст. 168 ГК опять же не в лучшую сторону сказывается на обороте, где для сторон особенно ценно прозрачное правовое регулирование.

5. Выше уже отмечалось, насколько проблематично определить в тексте закона характер нормы в зависимости от того, кто будет являться стороной по договору – профессионал рынка или потребитель. Дополнительно необходимо отметить, что ГК вообще не сориентирован на придание какой-то специальной защиты потребителям. Таким образом, те диспозитивные нормы, которые сейчас выделены в ГК по формальному признаку, не отвечают в ряде случаев природе отношений, где стороной по сделке выступает потребитель.

Таковы основные недостатки существующей системы разделения норм договорного права по их силе.

#### *Сфера применения разделения в области договорного права*

Прежде чем перейти к анализу возможных путей разрешения проблем, связанных с разделением норм в указанной сфере по их силе, необходимо рассмотреть круг тех положений договорного права, где применение дихотомии является необходимым и в полной мере актуальным. Причем речь в данном случае идет не о каких-то конкретных положениях, а о совокупности положений, регулирующих определенные правовые категории.

Применительно к сфере договорного права к таким категориям можно отнести положения: о заключении договора, об изменении и расторжении договора, об установлении прав и обязанностей в рамках конкретной договорной конструкции, а также некоторые иные. Для всех ли этих категорий разделение норм на императивные и диспозитивные приемлемо? Если мы говорим о положениях, касающихся изменения или расторжения договора, или о тех, которые регулируют установление прав и обязанностей сторон по договору, то, на наш взгляд, применение дихотомии к данным категориям является оправданным. Получается, что нет никаких препятствий экономического или политико-правового характера, чтобы не дать сторонам

возможности регулировать свои отношения наиболее, как им кажется, эффективно. Это касается их прав и обязанностей, а также изменения и расторжения договора, за исключением, естественно, тех случаев, когда императивности поведения требуют публичные интересы. Однако в части норм о заключении договора необходимость применения дихотомии не выглядит столь очевидным. В первую очередь применение дихотомии к данным положениям наталкивается на формальные возражения, связанные с тем, что они регулируют отношения сторон ещё до возникновения между ними договорных связей. Действительно, подобный довод осложняет обоснованность применения дихотомии к порядку заключения договора, но не делает его невозможным. В частности, предположим, что для обхода указанного формального препятствия стороны используют специальное соглашение об изменении порядка заключения договора, которое хоть и подвержено общему порядку, отраженному в ГК, но позволит исключить его на будущие отношения между сторонами. При этом стороны могут прописать измененный порядок для случаев заключения между собой иных схожих договоров. Однако, на наш взгляд, вероятность подобных действий блокируется возражением о том, что природа норм о порядке заключения договора не допускает возможности его изменения посредством реализации автономии воли. Их особенность, из которой вытекает императивность, состоит в том, что они представляют собой нормы, определяющие элементы вступления субъектов в гражданские правоотношения. Иными словами, они определяют тот факт, подпадает ли сформировавшееся фактическое отношение между сторонами под правовое регулирование, или нет. Аналогичная ситуация возникает, когда государство определяет набор фактических обстоятельств, с которыми оно связывает появление такого правового феномена, как юридическая сделка. Получается, что установление границ, которые определяют, что подпадает под правовое регулирование, а что нет, – исключительная прерогатива законодателя. В противном случае стороны могут посредством своей автономии воли «отодвинуть» указанную

границу вступления в гражданские правоотношения таким образом, что выйдут из-под действия строго обязательных с точки зрения общества и государства предписаний. В результате проявление сторонами автономии воли в области положений о заключении договоров отрицательно скажется на правоприменителе и судебной практике, которые каждый раз будут сталкиваться с необходимостью разбираться в хитросплетениях договорных условий с целью определить – для установления своей компетенции – наличие между сторонами правоотношения. Таким образом, как мы видим, дихотомию нецелесообразно применять к положениям, которые определяют элементы фактического состава, устанавливая границы вступления субъектов в гражданские правоотношения. В области договорного права такими положениями являются нормы о заключении договора. Подобное в нашей литературе часто не учитывается при формировании различных идей по применению дихотомии в сфере договорного права<sup>181</sup>.

*Выводы по итогам исследования подходов современного российского права к императивности и диспозитивности в нормах договорного права*

Как показал проведенный выше анализ, российское понимание дихотомии во многом отражает историю становления отечественной правовой системы. Это отчетливо видно при анализе предпосылок формирования дихотомии – идеи реализации категории свободы через право и кодификацию права. Когда развитие государства и общества позволяло проводить либеральные идеи, возникали проблемы в законодательной части, как это было в период дореволюционной России, когда на уровне доктрины дихотомия развивалась в ногу с ведущими европейскими правовыми порядками. В иной исторический период государство проводило активную кодификацию гражданского права, однако положение общества и выражение индивидуальности и свободы в нем были на таком уровне, что о

---

<sup>181</sup> Одна из немногих работ, где сфере применения дихотомии в области договорного права уделяется хоть какое-то внимание – статья Д.И. Степанова «Диспозитивность норм договорного права. К концепции реформы общих положений гражданского кодекса о договорах» (Вестник ВАС РФ, № 5, 2013. С. 6-59).

диспозитивности говорить не приходилось. Подобные характеристики, в частности, имеет государство советского периода. Влияние указанного периода было настолько сильным, что отношение к инициативе и свободе ее проявления вызывало недоверие, а это, в свою очередь, отразилось в праве при его новой кодификации. Более того – еще и сейчас указанные факторы создают определенные сложности. За период существования советского государства и права наша доктрина по объективным причинам потеряла многое из того, что было создано в дореволюционный период. В частности, применительно к сфере договорного права это привело к установлению презумпции императивности норм и к определению их вида на основе формально-атрибутивных признаков. Причем это настолько укоренились в договорном праве, что и законодательство, и правоприменение перестали реагировать на динамично меняющуюся экономическую и политическую обстановку, требующую совершенно иных подходов. Сложившаяся ситуация привела к тому, что неотъемлемый инструмент договорного права – толкование – был отодвинут на второй план. Притом что, как показал наш анализ, даже действующие подходы к разделению норм договорного права по их силе предусматривают широкое использование данного инструмента.

## **§ 2. Современные подходы к преодолению презумпции императивности норм договорного права. Законодательная презумпция диспозитивности норм договорного права.**

### *Характеристика и анализ предложений доктрины по совершенствованию дихотомии в области договорного права*

После того, как нами определены основные недостатки существующего подхода к дихотомии в области договорного права, настало время обратиться к анализу наработок и концепций, которыми предлагается изменить существующее в договорном праве положение, связанное с наличием презумпции императивности предписаний договорного права. Их

можно свести к двум основным направлениям. Первое было задано Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее – Совет) в рамках реформирования гражданского законодательства РФ и сводилось к предложению решить существующие проблемы посредством изменения ст. 168 ГК. Второе направление явилось результатом критического анализа предложений Совета; оно связало решение проблем дихотомии с необходимостью введения законодательной презумпции диспозитивности предписаний договорного права. Остановимся на каждом из них более подробно.

*Предложения Совета при Президенте РФ по кодификации и  
совершенствованию гражданского законодательства*

Прежде чем начать анализ предложений Совета, необходимо отметить, что в процессе реформирования гражданского законодательства РФ они так и не были реализованы. Об этом уже можно говорить с полной уверенностью, поскольку внесенные в ст. 168 ГК коррективы не решили проблем дихотомии. В то же время идея, заложенная в основе предложений Совета, не может не привлечь внимания доктрины договорного права, так как содержит достаточно любопытный и нестандартный способ преодоления презумпции императивности норм договорного права. Этим и обусловлено наше обращение к позиции Совета в рамках настоящей работы. Кроме того, нельзя исключать вероятности, что при более глубоком анализе указанные предложения получат соответствующую поддержку и будут реализованы на уровне закона.

Основная идея предложения, связанного с изменением ст. 168 ГК, сводится к тому, чтобы недействительность сделки влекло нарушение не любой императивной нормы, а только той, из которой вытекает законодательный запрет на её совершение. Впервые подобное предложение было отражено в Концепции совершенствования общих положений ГК

(далее – Концепция)<sup>182</sup>. По мнению ее создателей, подобное решение позволило бы успешно бороться с последствиями презумпции в российской правовой системе императивности норм договорного права. Приступая к анализу указанного предложения, отметим, что оно предлагает для российского права уникальное решение. Эта уникальность связана с тем, что, по сути, Концепция предлагает ввести в российском праве разделение императивных предписаний на предписывающие и запретительные, ранее неизвестное нашей правовой системе.

Однако в Концепции мысль о необходимости воздействия на отношения сторон посредством запретительных и предписывающих норм для борьбы с недостатками презумпции императивности проведена недостаточно полно и обоснованно, что послужило основанием для её критики<sup>183</sup>. Между тем и критика не оценивает всю тонкость регулирования, которое может появиться в нашем праве при введении указанного разделения императивных норм, что, видимо, обусловлено упомянутым исторически сложившимся обстоятельством, согласно которому российскому праву не было известно (ни в один из периодов его развития) деления императивных предписаний на виды. Основной аргумент критики подобного разделения звучит следующим образом: в условиях недействительности только тех соглашений, которые нарушают запретительную норму закона, становится возможным несоблюдение хоть и императивных, но предписывающих норм,

---

<sup>182</sup> В частности, предложение Концепции было сформулировано так: «В редакции ст. 168 ГК необходимо уточнить, что ничтожной является сделка, нарушающая запрет, прямо выраженный или вытекающий из закона. Судам должна быть предоставлена возможность толковать волю законодателя и приходиться на основе смысла закона к выводу о том, что сделка является оспоримой, хотя бы данный вывод прямо не следовал из текста закона. Для этого в ст. 168 ГК должна быть сделана оговорка следующего содержания: «если из закона не вытекает, что сделка является оспоримой или должны применяться иные последствия допущенного нарушения» (п.п. 2.1.1, 2.1.2 пар. 2 разд. 5 Концепции. Текст Концепции см.: [http://www.privlaw.ru/files/concep\\_11\\_2009.pdf](http://www.privlaw.ru/files/concep_11_2009.pdf)). Мотивы указанного предложения – см.: п.п. 1.1.1, 1.1.2 пар. 2 разд. 5 Концепции.

<sup>183</sup> В этой части попытка наиболее всестороннего анализа предложения Концепции проведена в работе Карапетова А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права / Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 11. 2009. С. 125-130. Впоследствии аналогичная позиция отражена в работе Карапетова А.Г. и Савельева А.И. Свобода договора и ее пределы. Т.2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. – М.: Статут, 2012. С. 58-62.

и их сближение с нормами диспозитивными<sup>184</sup>. Однако, на наш взгляд, это не совсем так. У предписывающих норм, как показывает анализ европейских правопорядков, качественно иная роль, нежели у норм запретительных. Напомним, что предписывающие нормы устанавливают необходимые признаки состава определенного типа сделки. Эта функция обусловлена публичной значимостью указанных норм для государства, которое через подобное регулирование определяет основы функционирования гражданского оборота. Следовательно, если попытаться установить соглашением сторон иное последствие, нежели то, что предусмотрено предписывающей нормой, то это соглашение ни к чему не приведет, поскольку закон не будет связывать с ним возникновения соответствующих правовых последствий. В такой ситуации необходимо говорить о недействительности, или неоконченности, того соглашения, которое направлено на изменение предписывающей нормы. Вид последствия будет зависеть от того, какое положение стороны пытаются обойти. Если речь идет о норме, определяющей элемент состава договора, то такой договор просто не приобретет силу; если же норма связана с регулированием уже действующего договора, то он продолжит свое существование, но только без такого условия. Из подобного положения, в частности, вытекает различие между предписывающими и запретительными нормами, которое состоит в различном назначении данных норм для правопорядка. К примеру, предписывающие нормы устанавливают положительные правила,

---

<sup>184</sup> Карапетов А.Г. Указ. соч. С. 125, 126, 129. Аналогичная критика была высказана кафедрой гражданского права Томского государственного университета на проект концепции совершенствования общих положений ГК: «В связи с этим предлагается (в Концепции – прим. авт.), по примеру BGB, ABGB и ГК Нидерландов, «уточнить, что не любая не соответствующая закону сделка является недействительной, а только та, которая нарушает запрет закона». Следует, однако, учитывать, что такой подход способен вызвать правовой вакуум, ибо останется открытым вопрос, какие последствия наступают в случае противоречия сделки не запретительным нормам, а положениям, позитивно устанавливающим определенные императивные правила (например, возможность совершения сделки только при таких-то условиях, обязательность включения в сделку таких-то условий), не определяя, какие последствия влечет несоблюдение этих правил. Действительно, нет никаких оснований ожидать, что законодатель во всех случаях будет устанавливать последствия такого несоблюдения. Получится, таким образом, что зачастую несоблюдение императивных норм не будет влечь никаких последствий, что поставит под сомнение саму императивность этих норм. Очевидна, следовательно, необходимость того или иного общего правила, которое действовало бы во всех случаях, когда закон не устанавливает специально последствия несоответствия сделки императивным нормам» (Из архива материалов Исследовательского центра частного права при Президенте РФ (далее – ИЦЧП), использованных при подготовке изменений в ГК).

определяющие основы регулирования в сфере договорного права, а запретительные – вводят ограничения, определяющие рамки действия автономии воли сторон. И, несмотря на, казалось бы, одинаковые последствия (недействительность соглашения), в случае недействительности соглашения, предпринятого в отношении предписывающих норм, у сторон остается установленный законом порядок (правило поведения), которому они должны подчиняться<sup>185</sup>.

Таким образом, как мы полагаем, регулирование отношений посредством деления императивных норм на запретительные и предписывающие лишено недостатков, на которые ссылаются критики Концепции. При этом несомненным является тот факт, что реализация подобного предложения позволит сохранить гораздо больше сделок для оборота по сравнению с тем, как это происходит при действующей (в новой редакции) ст. 168 ГК.

Однако, как нам представляется, реализация предложения, предусмотренного Концепцией, может быть затруднена в силу иных обстоятельств.

Во-первых, в ГК не предусмотрено никаких основ для того, чтобы сделать вывод, является ли норма предписывающей, или в ней установлен запрет, который должен повлечь за собой разрушение всей сделки. Это выглядит естественным в силу того, что на момент принятия ГК не было

---

<sup>185</sup> В данном случае неизбежно предстоит решать вопрос о влиянии друг на друга предписывающих норм и ст. 180 ГК, регулирующей вопросы недействительности части сделки. Указанной нормой устанавливается, что недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части. Как мы видим, в случае с недействительностью предписывающей нормы предполагаются специфические последствия, которые заключаются в том, что взамен недействительному условию всегда существует установленное законом правило. Полагаем, в таком случае существует два варианта взаимодействия предписывающих норм и ст. 180 ГК. В рамках первого варианта необходимо признать, что специфика предписывающих норм исключает применение к ним ст. 180 ГК, и единственным последствием недействительности соглашения, изменяющего предписывающую норму, является его замена на правило, предусмотренное законом. В таком случае, при недействительности соглашения, изменяющего предписывающую норму, недействительность всей сделки исключается. Второй вариант предполагает большую ориентацию на выяснение истинных намерений сторон и применение ст. 180 ГК. Это означает, что суд должен будет оценивать, была бы совершена сделка без недействительного условия. В таком случае правило закона будет применяться к соглашению сторон только при условии действительности договора без недействительного условия. На наш взгляд, первый вариант является оптимальным с точки зрения как стабильности гражданского оборота, так и политики направленности на сохранение сделок с незначительными пороками. Однако предположить вектор развития практики в случае появления указанной категории норм на данный момент невозможно.

задачи провести разделение императивных предписаний на какие-либо виды. Однако подобные обстоятельства лишают суды – в ходе их рассуждений – каких-либо ориентиров, поскольку во многих случаях выведение запрета не будет связано с текстом закона.

Во-вторых, разделение норм на предписывающие и запретительные не имеет никакой доктринальной основы, к которой можно было бы обратиться, если возникнет вопрос, с каким видом императивной нормы мы имеем дело. Отсюда неизбежно большое количество ошибок в правоприменении – пока не будут выработаны четкие критерии по отнесению императивных норм договорного права к тому или иному виду.

В силу того, что мы видим определенное непонимание юридическим сообществом существа деления императивных норм, а также последствий, которое оно влечет, нетрудно предположить, что период преодоления будет довольно продолжительным. Из этого следует ещё один недостаток, который связан с тем, что правовое регулирование лишено необходимой прозрачности. Иными словами, стороны, вступая в правоотношения, будут находиться в неведении относительно того, нарушили они какой-либо запрет или нет. Причем неведение это продлится до момента вынесения судом соответствующего решения. Подобный фактор вряд ли привлекателен для сторонних (иностранных) лиц в смысле вложения в российскую экономику инвестиций, за которые сейчас так борется российское государство.

В-третьих, само решение уже предполагает определенный недостаток из-за того, что оно связано с внесением изменений в закон. Законодательное воздействие на решение вопроса о виде норм ставит препятствия на пути определения судом вида нормы договорного права с применением инструментария толкования. Одновременно, законодательное регулирование создает иллюзию легитимности ранее существовавшей практики<sup>186</sup>.

---

<sup>186</sup> Более подробно негативное влияние законодательных изменений в вопросе определения вида нормы договорного права в зависимости от ее силы будет продемонстрировано нами при рассмотрении предложения по законодательному закреплению презумпции диспозитивности норм договорного права.

Таким образом, как мы видим, даже в том случае, если законодатель считает необходимым вернуться к предложению Совета, его реализация будет требовать решения ряда вполне конкретных и серьезных проблем. При этом вполне возможно, что отсутствие решений по преодолению указанных недостатков привело к отказу от реализации предложения Совета в рамках проводимой реформы гражданского законодательства.

### *Законодательная презумпция диспозитивности норм договорного права*

В связи с реформой гражданского законодательства была развернута широкая дискуссия о необходимости закрепления в ГК «презумпции диспозитивности норм договорного права»<sup>187</sup>. Общий смысл введения данной презумпции заключается в том, чтобы на законодательном уровне закрепить положение, в соответствии с которым нормы договорного права признавались бы диспозитивными, за исключением определенных случаев, когда их следовало бы считать императивными. Для большей наглядности приведем формулировки, предлагаемые сторонниками введения «презумпции диспозитивности» из двух областей – практической и доктринальной.

Из практической области обратим внимание на предложение проектной группы № 2 по корпоративному праву и управлению, налогообложению финансовых операций Рабочей группы по созданию Международного финансового Центра в РФ. Оно предполагает внести в ГК (ст. 421) изменение, которое сформулировано следующим образом:

«В случае отсутствия в норме, определяющей права и обязанности сторон договора, очевидного указания на её императивный или диспозитивный характер, квалификация нормы осуществляется судом с учетом анализа целей законодательного регулирования.

---

<sup>187</sup> Данная дискуссия была одной из самых острых в рамках реформирования гражданского законодательства РФ и внесения изменений в ГК.

В отношении договоров, заключаемых между лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, все нормы гражданского законодательства, направленные на регулирование прав и обязанностей сторон договора, предполагаются диспозитивными, если в самих нормах не предусмотрено иное, или иное не следует из их смысла и целей законодательного регулирования (защиты публичных интересов, потребителей, охраняемых законом интересов третьих лиц и т.д.)»<sup>188</sup>.

Из доктринальной области наибольший интерес представляет предложение, высказанное в монографии А.Г. Карапетова и А.И. Савельева «Свобода договора и ее пределы». Оно также предполагает изменить ст. 421 ГК:

«Все нормы настоящего Кодекса, иных законов или правовых актов, определяющие содержание договорных правоотношений сторон по заключенному договору, предполагаются диспозитивными, если императивность таких норм прямо не следует из закона или не вытекает из их природы и целей законодательного регулирования. В отношении договоров, стороной которых является потребитель, такие нормы предполагаются исключаящими возможность ухудшения положения потребителя, если иное не следует из их текста или не вытекает из их существа или целей законодательного регулирования»<sup>189</sup>.

Как мы видим, указанные предложения содержат множество вопросов, а именно: область применения презумпции, лица, на которых она распространяется, и т.д. Несомненно, все это очень важно. Однако в рамках настоящей работы эти вопросы рассмотрены не будут, так как прежде чем определять регулятивные нюансы презумпции, следует доказать целесообразность (или, напротив, нецелесообразность) ее закрепления на законодательном уровне.

---

<sup>188</sup> Из архива материалов ИЦЧП, использованных при подготовке изменений в ГК.

<sup>189</sup> Карапетов А.Г., Савельев А.И. Указ. соч. С. 55.

Вместе с тем до начала исследования указанного вопроса необходимо сделать еще одно весьма важное уточнение. Очень часто противников законодательной презумпции диспозитивности заносят в категорию лиц, которые стремятся ограничить свободу договора. И, наоборот, сторонников презумпции диспозитивности обвиняют в стремлении к произволу в области гражданского оборота. Полагаем, что оба представления, как любые крайности, абсолютно неверны. Вместе с тем по неясным для нас причинам игнорируются очевидные общие моменты двух направлений: оба «лагеря» единодушны в том, что договорное право по своей природе основано на культивировании свободы договора, которая предполагает наибольшую свободу его сторон в общем, и максимального числа диспозитивных норм – в частности. Одновременно у представителей противоположных «лагерей» не вызывает сомнения тот факт, что ограничение свободы в рамках договорного права должно носить характер исключения при наличии серьезных на то оснований. Таким образом, мы отчетливо видим, что в данном случае нет разногласий ни в том, какая проблема стоит, ни в том, какой результат должен быть достигнут, а именно: максимальная реализация договорной свободы сторон при ограничении их усмотрения только в исключительных случаях и при наличии достаточных к тому оснований.

Подобный вывод наталкивает на мысль, что зерно противоречия находится лишь в выборе механизма, посредством которого будет достигнут необходимый результат. В рамках настоящей работы и предпринимается попытка определить наилучший механизм достижения обозначенной выше цели. При этом все постулаты свободы договора и автономии воли сторон, несомненно, поддерживаются и остаются для автора первостепенными<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> К сожалению, в современной российской доктрине автор пока не нашел понимания своей позиции. В частности, как отмечается критиками (см., например, Степанов Д.И. Диспозитивность норм договорного права. К концепции реформы общих положений Гражданского кодекса РФ о договорах / Вестник ВАС РФ. 2013. № 5. С. 6), если автор поддерживает постулаты свободы договора и автономии воли, то это означает, что он не может быть против законодательной презумпции диспозитивности норм договорного права. Почему критика воспринимает указанный тезис как аксиому, остается неясным. На наш взгляд, тезис критиков не только не аксиома, но и более чем спорное предположение.

Начиная исследование, попытаемся в первую очередь понять, на каких аргументах строится позиция сторонников законодательного закрепления презумпции диспозитивности.

Аргументы, выдвигаемые его сторонниками в России, выглядят следующим образом:

1. Наличие законодательного закрепления презумпции диспозитивности приведет к стабилизации и предсказуемости правоприменительной практики. Этот вывод делается на том основании, что презумпция даст четкие ориентиры судам, когда норму необходимо признавать императивной и, следовательно, – ограничивать автономию воли сторон<sup>191</sup>.

2. Наличие законодательной презумпции диспозитивности позволит разумно ограничить судебную дискрецию. Данный вывод тоже основан на том, что законодательное закрепление даст четкие критерии, на основании которых суды приходят к выводу об императивности нормы. В итоге они будут связаны такими критериями при определении вида нормы, которые не позволят им необоснованно использовать судебское усмотрение<sup>192</sup>.

3. Наличие законодательной презумпции диспозитивности позволит судам нижестоящих инстанций сохранять условия договоров, в которых произошло изменение норм договорного права, не боясь за последующую отмену своих решений, так как выявление императивных норм представляет собой сложный процесс, который требует высокой квалификации, и, как правило, является делом высших или кассационных судов<sup>193</sup>.

4. Законодательное закрепление презумпции диспозитивности заставит суды изменить свою практику, в рамках которой они признают почти все

---

<sup>191</sup> См., например, Карапетов А.Г., Савельев А.И. Указ. соч. С. 52, 53.

<sup>192</sup> Из замечаний и предложений на Проект изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации Некоммерческого партнерства «Содействие развитию корпоративного права» от 15 декабря 2010 года.

<sup>193</sup> См., например, Карапетов А.Г., Савельев А.И. Указ. соч. С. 54.

нормы договорного права императивными, поскольку сами суды (по своей инициативе) не могут изменить существующее положение дел<sup>194</sup>.

5. Введение законодательной презумпции диспозитивности позволит сломать советские устои, где гражданскому законодательству придавался императивный характер, и сформировать уважительное отношение судов к свободе договора<sup>195</sup>.

Кратко перечислив аргументы, приводимые в обоснование необходимости закрепить презумпцию диспозитивности норм договорного права законодательно<sup>196</sup>, перейдем к анализу их слабых сторон и возможным контраргументам.

В начале остановимся на общих наблюдениях и замечаниях.

1. Через все рассмотренные нами аргументы красной нитью проходит мысль о том, что введение именно в законодательство указанной презумпции необходимо как мера чрезвычайного реагирования на складывающуюся судебную практику, тяготеющую в сторону жесткой императивности и ограничения свободы договора. Иными словами, вокруг презумпции диспозитивности норм договорного права создается такая «аура», что без ее неопровержимого законодательного закрепления оборот претерпит массовое разрушение, а суды будут закрывать на это глаза. Например, по мнению некоторых специалистов, подобный подход судебных органов уже привел к тому, что подавляющее большинство сделок подчиняются английскому праву (читай – common law), а большинство споров разрешается за пределами РФ<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> См., например, Карапетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 118.

<sup>195</sup> Из замечаний и предложений на Проект изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации Некоммерческого партнерства «Содействие развитию корпоративного права» от 15 декабря 2010 года.

<sup>196</sup> Надеюсь, что автор не будет подвергнут критике, а его работу не причислят к поверхностным рассуждениям по той причине, что аргументы «группы поддержки» законодательного закрепления презумпции диспозитивности норм договорного права приводятся слишком кратко. Это исключительно обусловлено желанием автора сосредоточиться на новых аспектах дискуссии о законодательном закреплении презумпции диспозитивности норм договорного права.

<sup>197</sup> См., например, Афанасьев Д. Суверенитет на 10% // Ведомости. № 117 (3131). 27 июня 2012. С.4. С электронной версией статьи можно ознакомиться по адресу: [http://www.vedomosti.ru/opinion/news/2187253/suverenitet\\_na\\_10](http://www.vedomosti.ru/opinion/news/2187253/suverenitet_na_10).

Полагаем, что подобное мнение является как минимум спорным. Более того, множество факторов говорит об отсутствии срочной необходимости законодательного закрепления данной презумпции.

Во-первых, обратим внимание на часть вторую ГК. Несомненно, многие ее нормы заставляют суды придерживаться линии императивности норм договорного права, поскольку не содержат оговорки «если иное не предусмотрено договором», что является их существенным недостатком. Но постепенно он снимается складывающейся судебной практикой. Например, согласно п. 2 ст. 615 ГК арендатор вправе с согласия арендодателя сдавать арендованное имущество в субаренду (поднаем) и передавать свои права и обязанности по договору аренды другому лицу (перенаем), если иное не установлено правовыми актами. Данная статья не содержит указания на то, что стороны в договоре аренды могут предусмотреть условие об увеличении размера арендной платы при сдаче имущества в субаренду. Между тем практика такую возможность допускает<sup>198</sup>. Или, например, в ст. 475 ГК закреплён перечень прав покупателя в случае передачи ему товара ненадлежащего качества. Данная статья не содержит оговорки о том, что стороны могут предусмотреть иные последствия передачи товара ненадлежащего качества. Однако в рамках судебной практики имеется подход, в соответствии с которым стороны могут предусмотреть в договоре иные последствия, не указанные в статье, в частности, – обязанность продавца выплатить покупателю дополнительную сумму компенсации за передачу товара ненадлежащего качества<sup>199</sup>. Аналогичная практика имеется и в отношении ряда других статей второй части ГК. Более того, в некоторых случаях суды, осознавая несправедливые последствия применения императивной нормы, допускают изменения, даже когда ее императивный характер выражен довольно ярко. Так, согласно п. 1 ст. 932 ГК страхование

---

<sup>198</sup> См., например, Постановления ФАС Волго-Вятского округа от 23.05.2012 по делу № А11-2796/2011 и от 12.12.2011 по делу № А11-280/2011.

<sup>199</sup> См., например, Определение ВАС РФ от 20.07.2011 № ВАС-9058/11 по делу N А55-11889/2009, Определение ВАС РФ от 14.07.2011 № ВАС-8943/11 по делу № А55-11894/2009, Постановление ФАС Поволжского округа от 01.03.2010 по делу № А55-3527/2009.

риска ответственности за нарушение договора допускается в случаях, предусмотренных законом. В свою очередь, в конкретном случае стороны застраховали ответственность экспедитора, что законом не предусмотрено. Несмотря на это, суд признал условие о таком виде страхования риска ответственности действительным<sup>200</sup>.

Как видим, в указанных примерах суды отходят от формального критерия разделения норм на императивные и диспозитивные. Это говорит о том, что российская судебная практика не живет исключительно в рамках формального критерия, а движется в сторону определения вида нормы в процессе ее применения.

В данном случае можно спорить о том факте, с какой скоростью будет протекать это эволюционное движение по преодолению формального критерия определения вида нормы, когда в процессе правоприменения за нормой будет закрепляться императивная или диспозитивная характеристика. Однако спорить о том, что такое движение существует, невозможно в силу существующих примеров.

Во-вторых, ряд исследований, напротив, показывает, что российские предприниматели в большинстве случаев предпочитают избирать именно российское право при регулировании своих отношений. В частности, А.Н. Жильцов и А.И. Муранов, анализируя практику МКАС при ТПП РФ, приходят к выводу, что большая часть российского среднего и малого бизнеса стремится подчинить свои сделки российскому праву<sup>201</sup>. И в этом

---

<sup>200</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 13.04.2010 № 16996/09 по делу № А43-27008/200839-731. В частности, суд аргументировал свое решение следующим образом: «Названный договор страхования заключен на предложенных страховой компанией условиях, действующих в силу утвержденных ею ... Правил страхования ответственности экспедитора и являющихся общими для всех лиц, обращающихся за страхованием связанных с экспедиторской деятельностью рисков. Это означает, что заключение подобных договоров распространено в практике страховой компании и она, являясь профессиональным участником рынка страховых услуг и считая себя добросовестным контрагентом, осознает правовые последствия данных договоров».

<sup>201</sup> «Так, в 2011 году МКАС вынес 213 арбитражных решений и постановлений. При этом выбор российского права был сделан сторонами в 151 деле, что составляет 71% общего числа дел. Выбор же иностранного права был осуществлен лишь в 10 делах (4,7% общего числа дел), при этом избиралось право Голландии, Германии, Кипра, Украины и Узбекистана. В других делах право не выбиралось, а определялось судом самостоятельно. Эта статистика подтверждается данными и за другие годы» (Жильцов А.Н., Муранов А.И. Суверенитет и российское право // РБК daily. 31 октября 2012. С электронной версией статьи можно ознакомиться по адресу: <http://www.rbcdaily.ru/2012/10/31/focus/562949985035959>).

нет ничего удивительного. Вполне закономерно, что российские предприниматели, заключая сделки с иностранными лицами, стремятся подчинить их тому праву, которое для них является наиболее известным и апробированным на практике<sup>202</sup>. Выбор иного права может происходить только в тех случаях, когда противоположная сторона ни при каких обстоятельствах не готова подчинить сделку российскому праву, а желание российского контрагента заключить сделку перевешивает риск применения иного правопорядка. Что же касается двух российских предпринимателей, то они, за редким исключением, выберут именно свое право. Данный вывод является еще более очевидным, если принимать во внимание, что каждый правопорядок является национальным продуктом<sup>203</sup> и обладает элементами, обусловленными его историческим развитием. Достаточно часто такие элементы не имеют аналогов в иных правопорядках<sup>204</sup>.

В-третьих, если остановить свое внимание на конкуренции российского правопорядка с англо-американским, необходимо обратить внимание на следующее. Авторы исследования «Цивилистические правовые традиции под вопросом (по поводу докладов Doing Business Всемирного банка)» справедливо отмечают: «...хотя экспансия common law и наблюдается в хозяйственной практике, она объясняется не внутренними основаниями, которые, якобы, доказывают его концептуальное превосходство, а с легкостью обнаруживаемыми внешними причинами, такими как: мощь американской экономики, мировое господство английского языка, замечательное развитие англо-американских адвокатских кабинетов и влияние этих кабинетов на экономику и политику своих стран и, может быть, большей доходностью такого права для тех же адвокатов»<sup>205</sup>. В свою очередь, по внутреннему содержанию статутный правопорядок имеет

---

<sup>202</sup> Знание права, подлежащего применению, несомненно, является преимуществом одной стороны над другой. И было бы крайне странным отказываться от такого преимущества добровольно.

<sup>203</sup> В данном аспекте национальность правопорядка иногда сравнивается с вином, конкретный вкус которого можно получить только в определенных регионах.

<sup>204</sup> Наиболее ярким примером является сфера вещных прав.

<sup>205</sup> Барьер Ф. и др. Цивилистические правовые традиции под вопросом (по поводу докладов Doing Business Всемирного банка) Т. 1 / Пер. с фр.: А. Грядов - М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 128.

преимущество перед common law. И обусловлено это (в свете рассматриваемой проблематики), в том числе, наличием в статутном праве диспозитивных норм договорного права, которые позволяют сторонам допускать пробелы в договорном регулировании и обращать внимание только на ключевые моменты своих отношений, значительно экономя время и деньги на согласование больших по объему договоров<sup>206</sup>. Российский правопорядок хотя и имеет определенные сложности в идентификации диспозитивных норм, но содержит их в достаточном количестве для нормального и адекватного построения отношений между сторонами. Common law такого инструмента минимизации издержек на заключение сделки и заполнение пробелов заранее известными правилами не имеет вовсе.

Таким образом, в условиях, когда:

а) наблюдается поступательное движение судебной практики (хотя и не в том объеме, как требовалось бы) в сторону определения вида норм договорного права путем толкования;

б) для российских предпринимателей очевидна приоритетность российского правопорядка как в отношениях с иностранными предпринимателями, так и между собой;

в) нет массового «оттока» сделок из российского правопорядка;

г) российский правопорядок имеет, при его сбалансированном применении, стратегические преимущества над иными правопорядками (в силу учета им национальных особенностей) и тем более над англо-американским (в силу статутности российского права, позволяющей осуществлять регулирование в случае пробельности договора посредством диспозитивных норм), обеспечивая тем самым минимизацию издержек на заключение договора,

---

<sup>206</sup> И чем больше диспозитивных норм, тем больше преимущество у статутного правопорядка. Подробнее об этом, а также об иных преимуществах статутного права над common law см: Барьер Ф. и др. Указ. соч. С. 100-149.

– стоит констатировать, что отсутствует срочная и чрезвычайная необходимость закрепления презумпции диспозитивности норм договорного права на уровне закона.

2. Как мы видим из приведенных выше аргументов и предлагаемых определений презумпции диспозитивности, она обращена к суду. Это означает, что презумпция закрепляет правила, в рамках которых суд обязан формировать свое мнение о виде нормы. Данная позиция очевидна. В свою очередь, остается открытым вопрос: какую роль играет презумпция для сторон правоотношений и влияет ли это на обязанности суда, принимающего решение о виде нормы? Некоторые авторы считают, что данная презумпция позволит распределить бремя доказывания между сторонами: «Стороны вправе заключать договоры о чем угодно и с любыми договорными условиями, законодатель должен эту свободу признавать и оберегать, а суды обязаны придавать таким контрактам силу государственного принуждения, если только против этого не будут выдвинуты весомые политико-правовые аргументы, чья убеждающая сила перевесит ту безусловную экономическую и этическую ценность, которая стоит за принципом свободы договора. Соответственно бремя доказывания недопустимости соответствующего договора или условия согласно общепризнанным и по существу верным представлениям зарубежных юристов и экономистов должно лежать на сторонниках введения ограничения договорной свободы»<sup>207</sup>. Логика такой позиции вполне очевидна и понятна. Авторы, сталкиваясь с жестким императивным уклоном судебной практики, стараются придумать и всячески обосновать инструментарий, позволяющий сторонам отстоять ту правовую конструкцию, которую они отразили в договоре.

Однако полагаем, что такой подход к решению вопроса о виде нормы недопустим. Дело в том, что если мы распределим в данном случае бремя доказывания между сторонами процесса, то тем самым поставим решение

---

<sup>207</sup> Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т.1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. – М.: Статут, 2012. С. 423, 424.

вопроса о виде нормы в зависимость от представленных сторонами доказательств (аргументов) и, что наиболее важно, должны будем признать за судом обязанность определения вида нормы *исключительно* на основании подобных доказательств и аргументов. Ведь в случае распределения бремени доказывания между сторонами суд играет пассивную роль в сборе доказательственной базы и ограничивает свои обязанности только надлежащей оценкой представленных сторонами доказательств и аргументов. Это является воплощением процессуальных принципов в целом и принципа состязательности – в частности<sup>208</sup>. При таком положении суд, делая вывод о диспозитивности нормы, просто укажет на то, что сторона процесса не доказала ее императивный характер.

Таким образом, определение вида нормы не может зависеть от представленных сторонами доказательств и аргументов. Подобный вывод следует как минимум из характера императивных норм, которые представляют собой воплощение публичных интересов<sup>209</sup>. Ставить их защиту в зависимость от дальновидности или процессуальной грамотности сторон процесса недопустимо. Напротив, в определении вида нормы наиболее активную роль должен играть именно суд, так как он является, по сути, единственным субъектом, который в рамках гражданского процесса должен думать о защите публичных интересов. На стороны в данном случае возложена вспомогательная функция.

---

<sup>208</sup> «В результате реформирования гражданского процессуального законодательства путем принятия Федерального закона от 30 ноября 1995 г. № 189-ФЗ и последующего принятия новых ГПК РФ и АПК РФ произошло усиление принципа состязательности. Принцип активности суда был значительно ограничен, теперь суд разрешает дело только на основании представленных сторонами доказательств и содействует в их получении. Принцип материальной истины трансформировался в принцип формальной истины. Эти процессуальные изменения повлекли и изменение роли суда в вопросе доказывания презюмируемого факта. В настоящее время суд самостоятельно не собирает доказательства для подтверждения или опровержения презюмируемого факта, а исходит только из доказательств, представленных сторонами.» (Сериков Ю.А. Презумпции в гражданском судопроизводстве / Ю.А. Сериков; науч. ред. В.В. Ярков. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 92. С электронной версией книги можно ознакомиться в рамках СПС Консультант Плюс).

<sup>209</sup> Что неоднократно и на протяжении длительного времени отмечается как в зарубежной (см., например, Endemann, Fr. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts - 6. Aufl., unveränd. Abdr. der 5. Aufl. Berlin, 1899. S. 37-41; Larenz, K. Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts: 7. neubearb. Aufl. – München. 1989, S. 31-33; Brox H. Allgemeiner Teil des BGB: 23., neubearb. Aufl. – Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 1999. S. 151, Ulrici, B. Verbotsgesetz und zwingendes Gesetz. JuS 2005, S.1073-1076), так и российской литературе (см., например, Малышев, К. Курс общего гражданского права России. Часть 1. С.-Петербург, 1878. С. 127; Брагинский М.И. Указ.соч. С. 91).

Корень проблем в такой ситуации кроется в том, что в борьбе за максимальную договорную свободу происходит смешение – в рамках одной презумпции – ее материальных (закрепление оснований для определения вида нормы договорного права) и процессуальных (возложение обязанности по доказыванию необходимости ограничения свободы договора на сторону, которая считает норму императивной) свойств. Данное обстоятельство не представляло бы проблем, если бы при этом процессуальные свойства презумпции полностью не изменяли (даже скорее – не извращали) те идеи, которые закладываются в ее материальную часть, а именно: решение вопроса о виде нормы должно быть принято с учетом всех имеющихся обстоятельств и факторов, а не в зависимости от представленных сторонами доказательств и аргументов.

Таким образом, закрепление законодательной презумпции диспозитивности норм договорного права не должно влиять на права и обязанности сторон в рамках рассмотрения их спора в суде и, следовательно, не должно создавать дополнительных преимуществ в рамках защиты свободы договора. Кроме того, законодательное закрепление презумпции не может и не должно влиять на положение и функции суда; он при любых обстоятельствах обязан самостоятельно разбираться в вопросе о виде нормы, которая подлежит применению в связи со сложившимися отношениями сторон.

В свою очередь, опасность введения законодательной презумпции диспозитивности норм договорного права как раз и может заключаться в том, что некоторые из судей будут наделять презумпцию той процессуальной функцией, которая рассматривалась выше. По крайней мере, те авторы, которые ведут речь о распределении бремени доказывания, презумпцию такими процессуальными свойствами наделили.

Теперь рассмотрим более подробно конкретные аргументы в пользу законодательного закрепления презумпции диспозитивности норм договорного права.

1. Аргументы о разумном ограничении судебной дискреции и о стабилизации судебной практики при введении законодательной презумпции диспозитивности базируются на тезисе, что такая презумпция даст четкие ориентиры судам, когда норму необходимо признавать императивной и, следовательно, ограничивать автономию волю сторон. Автору настоящего исследования видится, что указанный тезис как минимум спорен, а при определенных обстоятельствах – даже ошибочен.

Ранее мы приводили конкретные формулировки презумпции диспозитивности, которые предлагались сторонниками ее законодательного закрепления. Легко заметить, что практика и доктрина придерживаются схожих позиций, и в качестве критериев, которые опровергают презумпцию, указывают на необходимость исследования целей и/или смысла законодательного регулирования, а также природы подлежащих применению норм. Теперь попытаемся понять, насколько данные критерии опровержения презумпции способствуют достижению целей ограничения судебной дискреции и стабилизации судебной практики.

Возможное и действенное основание ограничения судебной дискреции, как представляется, имеет место, когда суд при вынесении итогового акта не может выйти за пределы какого-либо объективного или очевидного критерия либо проигнорировать его. Так, при определении размера неустойки суд не может снизить ее меньше суммы, которая полагалась бы кредитору за аналогичный период при применении учетной ставки ЦБ РФ<sup>210</sup>. Или, например, при решении вопроса о наличии добросовестности у приобретателя имущества в случае виндикации суд не может игнорировать тот факт, что в небольших компаниях функции единоличного исполнительного органа исполняло одно и то же физическое лицо<sup>211</sup>. Подобный ряд примеров можно продолжать довольно долго. Если же такого объективного или очевидного критерия нет, то необходимо говорить об

---

<sup>210</sup> Пункт 2 Постановления Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 N 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации».

<sup>211</sup> Пункт 8 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.11.2008 № 126 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения».

узком или широком круге обстоятельств, которые могут и должны быть оценены судом при решении конкретного дела (в данном случае – определения вида нормы).

Если останавливаться на обстоятельствах, которые предлагается оценивать для опровержения презумпции диспозитивности норм договорного права, бесспорно то, что ни объективного, ни очевидного критерия они не содержат. Особо стоит отметить, что в данном случае в качестве такого объективного критерия нельзя принимать прямое указание закона на императивный характер нормы. Это обусловлено тем, что, во-первых, количество таких норм чрезвычайно мало и, следовательно, их необходимо рассматривать в качестве исключения; во-вторых, никто не проводил ревизию актуальности действующих норм с прямым указанием на их императивный характер<sup>212</sup>. Если же пытаться определить круг обстоятельств, подлежащих судебной оценке для опровержения презумпции диспозитивности, стоит прийти к выводу, что он практически не ограничен. В частности, об этом свидетельствуют следующие факты.

Обратимся к такому критерию, как необходимость оценки целей законодательного регулирования при определении вида нормы. Полагаем, что, выявляя вид нормы с помощью оценки данного критерия, суд должен принять во внимание те цели, ради достижения которых законодатель закрепил норму, подвергающуюся судебному анализу. Теоретически данная конструкция вполне жизнеспособна<sup>213</sup>. Однако на практике такой подход вряд ли даст какой-либо значительный результат. Обусловлено это тем, что в рамках российского правопорядка отсутствуют источники, из которых суд может сделать вывод о тех целях, ради которых устанавливается та или иная норма закона. В частности, какие-либо комментарии или мотивы, которыми руководствуются законодатели при принятии того или иного нормативно-

---

<sup>212</sup> Полагаем, что такая ревизия может сократить и так небольшое количество норм с прямым указанием на их императивность.

<sup>213</sup> Например, толкование посредством выявления воли законодателя давно и широко используется в англо-американском правопорядке.

правового акта, как правило, отсутствуют<sup>214</sup>. Подобный вакуум могли бы заполнить мотивы принятия законов, отраженные в рамках пояснительных записок к законопроектам. Однако пояснительные записки, как и законопроекты, составляются на столь низком уровне, что почерпнуть какую-либо серьезную информацию о целях, ради которых закрепляется то или иное положение, не представляется возможным<sup>215</sup>. При таких обстоятельствах, когда установить истинные цели законодателя в большинстве случаев практически невозможно, суду остается или отказаться от оценки данного обстоятельства, или заниматься предположениями. В том случае, когда суд обращается к предположениям, его дискреция становится поистине неограниченной. И это вполне естественно, поскольку цели законодательного регулирования отношений каждый арбитр будет выявлять на базисе собственных знаний и жизненных представлений. А поскольку у каждого из арбитров такой базис своеобразен, то будет различаться и круг обстоятельств, которые они примут во внимание при определении вида нормы.

А в том случае, когда судьи при решении одного и того же вопроса начинают опираться на различные обстоятельства и критерии, вполне естественно, что они могут прийти к прямо противоположным выводам. В рамках выбора вида нормы это будет означать, что одну и ту же норму одни судьи (которые, например, опираются на экономические критерии) будут понимать в качестве диспозитивной, а другие (которые, например, опираются

---

<sup>214</sup> Стоит отметить, что в России вообще принято скрывать не то что мотивы принятия того или иного нормативно-правового акта, но даже фамилии их непосредственных создателей.

<sup>215</sup> Нередко в пояснительных записках пересказываются (хорошо, если другими словами) положения законопроекта.

Об общем уровне законопроектов в сфере гражданского права говорит и статистика Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства. В частности, за 2011 год подготовлено 76 заключений по законопроектам, которые были вынесены на рассмотрение Совета. В соответствии с решениями Совета 10 внесенных законопроектов были одобрены, 21 проект признан нуждающимся в дальнейшей доработке ввиду упущений концептуального и юридико-технического характера, 43 - признаны концептуально непригодными (Из отчета ИЦЧП за 2011 год). Аналогичная ситуация и в последующих годах.

Более того, в ходе экспертной работы над законопроектами не раз доводилось сталкиваться с ситуацией, когда в пояснительной записке декларировались одни цели, а из текста законопроекта было видно, что он достигает или просто иных, или прямо противоположных целей. Как быть в таких ситуациях с опровержением презумпции диспозитивности, для автора остается загадкой.

на критерии справедливости) – в качестве императивной. Следовательно, в такой ситуации говорить о возможной стабилизации судебной практики уже не приходится. В том же свете видится применение такого критерия опровержения презумпции диспозитивности, как «если иное не следует из смысла законодательного регулирования».

Если останавливаться на том факте, что для определения вида нормы необходимо оценивать ее правовую природу, то и в этой ситуации стоит признать неограниченную дискрецию суда при толковании нормы. Во-первых, данный критерий не дает никаких объективных или очевидных ориентиров определения вида нормы; во-вторых, почерпнуть знания о правовой природе нормы можно только из доктрины, которая, как и положено науке юриспруденции, плюралистична в своих мнениях, оценках и подходах<sup>216</sup>; в-третьих, творцом доктрины может выступать сам судья, что также абсолютно исключает теорию о какой-либо прогнозируемости и стабильности в его решениях. При этом не стоит забывать, что «оценка правовой природы нормы» легко может конкурировать с иными критериями, указанными выше.

Обратим внимание на еще одно обстоятельство. Если сторонники введения презумпции диспозитивности хотят ограничить случаи ее опровержения (тем самым разумно сузив судебную дискрецию) определенным перечнем критериев, неизбежно возникает вопрос: может ли суд расширить такой перечень, если это будет необходимо и обоснованно? По мнению сторонников законодательной презумпции диспозитивности, видимо, нет, так как в этом случае рамки дискреции суда будут размыты. В частности, представляется вполне необходимым и обоснованным защитить (при определенных обстоятельствах) предпринимателя, который, не имея равных переговорных возможностей с крупной корпорацией, признал, в рамках их отношений, норму императивной. Между тем под критерии,

---

<sup>216</sup> Тем более что российская доктрина по многим вопросам отличается тем, что строится на неразвитых или ошибочных позициях.

которые были рассмотрены выше, подобный случай не подпадает. В такой ситуации суду будет необходимо создавать некую фикцию, чтобы принять справедливое на его взгляд решение, приравняв такого предпринимателя, например, к потребителю<sup>217</sup>, или вовсе не обращать внимания на описанную выше ситуацию. С достаточно большой долей вероятности можно допустить, что подобных случаев на практике немало.

Таким образом, даже поверхностный анализ представленных тезисов показывает, что законодательная презумпция диспозитивности не позволит ни добиться реального ограничения судебной дискреции, ни закрепить предпосылки для стабилизации судебной практики.

Такое положение вещей является нормальным и даже естественным, и этого абсолютно не нужно опасаться. В рамках ведущих правовых порядков, например, Германии, достаточно давно сложился подход, в соответствии с которым за судом закрепляется право интерпретации норм, которые должны быть применены по конкретному делу. Это обусловлено тем, что нормы законодательства сформулированы абстрактно, и не в состоянии учитывать всех отношений, которые могут сложиться между сторонами<sup>218</sup>. В такой ситуации право судьи на толкование нормы предназначено для правильного и справедливого разрешения спора. При этом в Германии, несмотря на отсутствие закрепленных границ толкования норм судами, обоснованно считают, что у судебной усмотрения существуют определенные границы, выводимые из иных законов, в том числе Конституции<sup>219</sup>. Подобная тенденция наблюдается и в ряде других правовых порядков Европы<sup>220</sup>.

2. Далее хотелось бы заострить внимание на некоторых возможных негативных последствиях, которые могут иметь место в случае закрепления презумпции диспозитивности норм договорного права в том качестве, как мы

---

<sup>217</sup> При этом достаточно интересно задаться вопросом: применимы ли к такому предпринимателю нормы о защите прав потребителей.

<sup>218</sup> См., например, Coing, H., Honsell, H. in: J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / BGB Einleitung / Neubearbeitung 2004. Rn 200 – 237.

<sup>219</sup> Ibidem; Wagner KI-R. Grenzen des Richterrechts. NJW 1981, S. 316-320.

<sup>220</sup> См., например, Calliess C. Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts. NJW 2005, S. 932, 933.

ее определили, а именно: не устанавливающей реальных границ судебного усмотрения. Как известно, ГК содержит достаточное количество норм, которые ставят их применение в явную зависимость от судебного усмотрения. Очевидно, наиболее ярким примером является ст. 10 ГК. Напомним, что согласно данной статье запрещается злоупотребление правом в различных формах, а если оно было все-таки допущено, то лицо, злоупотребившее правом, лишается судебной защиты. Каких-либо критериев, как определить случаи злоупотребления правом, кроме указания на ряд конкретных примеров, статья не содержит, предоставляя широкую свободу судебному усмотрению. В рамках российского правопорядка применение данной нормы имело интересные, и, полагаем, поучительные последствия. В частности, долгое время (с момента принятия первой части ГК) данная статья являлась фактически недействующей<sup>221</sup>. Однако в последующем практика ее постепенно стала нарастать. Дополнительным стимулом для правоприменителей стало Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.11.2008 г. № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации», которое было направлено на актуализацию положений ст. 10 ГК и демонстрацию ее возможностей. Показательно, что разъяснения высшей инстанции содержат много случаев необоснованного применения судами ст. 10 ГК, когда обращение к ней в силу характера и фактических обстоятельств дел не требовалось. Таким образом, высшая инстанция пыталась предостеречь нижестоящие суды от неправильного и необоснованного обращения к этой статье. Однако по поводу одного из дел, которые были рассмотрены в разъяснении, высшая инстанция, увлекшись возможностями ст. 10 ГК, не вполне оправданно (если не ошибочно) указала на признание

---

<sup>221</sup> Подобная позиция отражена и в доктрине того времени: «При обстоятельствах, когда понятие "злоупотребление гражданским правом" не раскрыто ни в законе, ни в разъяснениях высших судебных органов, на практике действия участников гражданских правоотношений довольно редко признаются злоупотреблением правом. Такой подход к использованию ст. 10 ГК представляется правильным, поскольку применение запрещающей правовой нормы, в которой не указаны признаки запрещенного деяния, может привести к нарушению принципа законности при вынесении судебных решений» (Емельянов В. Пределы осуществления гражданских прав // Российская юстиция. 1999. № 6. С. 15).

сделки недействительной как на последствие злоупотребления правом (п. 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ), в то время как сама ст. 10 ГК такого последствия не предусматривает<sup>222</sup>. Ко всему прочему ВАС РФ подобным шагом расширил границы применения нормы о злоупотреблении правом до необъятности. К сожалению, складывающейся судебной практике также не удалось избежать схожих ошибок: в большом количестве случаев применение ст. 10 ГК было необоснованным. В частности, как указывает А.М. Эрделевский, «в арбитражной практике наблюдается отсутствие единого подхода к применению правил ст. 10 ГК о злоупотреблении правом и его последствиях. Арбитражные суды зачастую чересчур широко истолковывают понятие «злоупотребление правом», рассматривая его в качестве обычного правонарушения и применяя соответствующие правовые последствия. Во многих случаях ст. 10 ГК применяется к отношениям, в которых признаки злоупотребления правом вообще отсутствуют»<sup>223</sup>.

Таким образом, ст. 10 ГК, как показала практика, достаточно часто имела и, с учетом разъяснений ВАС РФ, имеет применение в тех ситуациях, когда это должно быть исключено. Такое положение дел объяснимо. Из-за того, что отсутствуют реальные границы судебного усмотрения, норма о недопустимости злоупотребления правом может быть применена практически в любом деле и при любом наборе фактических обстоятельств. Это делает ее универсальным средством решения дел, где нет ясного выхода из ситуации<sup>224</sup>. В то же время и законодательно закрепленная недопустимость злоупотребления правом играет значительную роль при решении вопроса о применении указанной статьи в рамках того или иного дела, так как позволяет суду соблюсти формальное требование ссылки на позитивный акт при вынесении собственного решения. Последняя мысль,

---

<sup>222</sup> См., например, Скловский К.И. *Собственность в гражданском праве*. 5-е изд., перераб. М.: Статут, 2010 // СПС КонсультантПлюс; Кулаков В.В. *Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России: монография*. 2-е изд., перераб. и доп. М.: РАП, Волтерс Клувер, 2010 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>223</sup> Эрделевский А.М. *О некоторых вопросах злоупотребления правом* // СПС КонсультантПлюс.

<sup>224</sup> Среди практикующего сообщества по данному поводу даже существует такая поговорка: «Не знаешь, что делать – ссылайся на статью 10 ГК».

конечно, не означает, что надо немедленно исключить из ГК норму о недопустимости злоупотребления правом.

Теперь вернемся к презумпции диспозитивности норм договорного права. Как уже удалось установить, указанная презумпция также предполагает отсутствие реальных границ судебного усмотрения. Означает ли это, что по примеру ст. 10 ГК она будет переживать множество случаев необоснованного применения? В настоящий момент судить об этом трудно, хотя предпосылки для подобного вывода имеются. В такой ситуации усматривается, что именно решение закрепить презумпцию диспозитивности норм договорного права на уровне закона может сыграть значительно увеличить опасность ее необоснованного применения. Это особенно очевидно, если учитывать, что при жестком позитивистском подходе российских судов их решения должны сопровождаться ссылкой на норму закона.

Отметим и ряд дополнительных обстоятельств. В частности, как презумпция диспозитивности, так и ст. 10 ГК в силу фактического отсутствия границ их использования и размытости случаев применения имеют схожие возможности, а именно: они могут быть использованы в качестве универсального средства решения дел, при рассмотрении которых суд испытывает трудности с аргументацией своей позиции. Более того, основания применения двух норм очень схожи, поскольку они предназначены: не допустить как нарушения прав слабой стороны, так и получения преимуществ сильной стороной из-за разницы в переговорных возможностях; защитить публичный порядок, общественные интересы и т.д.

В такой ситуации неизбежно возникает два вопроса. Во-первых, есть ли необходимость закреплять норму, которая решает схожие задачи схожим инструментарием. Во-вторых, насколько необходимо закреплять норму, которая увеличивает непредсказуемость права для ее участников. Все это достаточно сложные и требующие долгого анализа вопросы. Однако полагаем, что без должной аргументации положительных ответов

презумпция диспозитивности норм договорного права не может быть закреплена законодательно. Если же закрепить презумпцию диспозитивности без анализа тех последствий, которые она повлечет за собой в системе гражданского права, она может не только не привести к стабилизации и предсказуемости судебной практики, но и дать прямо противоположный результат, а равно увеличить число случаев ее неправильного использования.

3. Завершая рассмотрение вопроса о стабилизации судебной практики при закреплении в законе презумпции диспозитивности норм договорного права, необходимо обратить внимание также на следующее. Как справедливо указывают сами сторонники данной презумпции, на сегодняшний момент никто не проводил – в связи с изменившейся экономической обстановкой – ревизию норм договорного права, которые были установлены исходя из презумпции императивности. В силу этого, опираясь на текст ГК, определить, в каких случаях мы имеем дело с действительно императивными предписаниями, а в каких такая императивность избыточна, не представляется возможным<sup>225</sup>. В свою очередь, одним из оснований опровержения презумпции диспозитивности является прямое указание законодателя на императивность нормы.

Таким образом, в рамках российского правопорядка, сформированного исходя из презумпции императивности норм договорного права, применение презумпции диспозитивности будет дополнительно осложнено в силу отсутствия в законе определенно выраженных императивных норм. Подобное положение, очевидно, потенциально увеличивает неопределенность при решении вопроса о виде нормы и тем более способно отрицательно повлиять на стабильность судебной практики.

4. Далее рассмотрим аргумент о том, что наличие законодательной презумпции диспозитивности позволит судам нижестоящих инстанций сохранять условия договоров, в которых были изменены нормы договорного

---

<sup>225</sup> См., например, Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т.2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. – М.: Статут, 2012. С. 56.

права, не боясь за последующую отмену своих решений, так как выявление императивных норм представляет собой сложный процесс, который, в свою очередь, требует высокой квалификации и, как правило, является делом высших или кассационных судов. Несомненно, создание упрощенной процедуры принятия решений судами первой и апелляционной инстанций – обстоятельство положительное, особенно учитывая объем дел, находящихся на рассмотрении. В то же время полагаем, что на практике наличие презумпции диспозитивности может повлечь другие последствия. В частности, реальное исследование вопроса о виде нормы будет происходить только на стадии кассационных и высших судов, так как с большой долей вероятности суды нижестоящих инстанций будут принимать очевидные решения о виде нормы: есть прямое указание на императивность – норма императивна, нет такого указания – диспозитивна. При том что решения высших судебных инстанций (ВС РФ) нельзя считать достаточными в вопросах определения вида норм. Они в силу объективных обстоятельств рассматривают небольшое количество дел и, как правило, если эти дела представляют множественные случаи необоснованного применения или неприменения правовых предписаний. В итоге реальное исследование вопроса о виде нормы фактически будет сосредоточено в рамках одной инстанции – кассационной. Таким образом, очевидно, возможности для справедливого и обоснованного решения вопроса о виде нормы будут значительно уменьшены<sup>226</sup>.

Вместе с тем в ситуации, когда решение вопроса о виде нормы фактически будет зависеть от кассационной и/или высшей инстанции, определенную роль начинают играть процессуальные моменты. Например, как известно, предметом рассмотрения в суде кассационной инстанции могут быть только вопросы права. Исследование вопросов о фактах для данного суда закрыто (ст. 286 АПК РФ). Это, в том числе, влечет за собой следующее:

---

<sup>226</sup> Возможно, это вообще противоречит конституционному положению, в соответствии с которым каждый имеет право на полноценную судебную защиту своих прав. В ситуации, когда решение зависит фактически от одной инстанции, вряд ли можно говорить о том, что защита является полноценной.

указанный суд не может принимать новых доказательств ни при каких условиях, и обязан выносить решение исходя из обстоятельств, установленных нижестоящими инстанциями. В свою очередь, если вопрос о виде нормы будет фактически исследоваться только на стадии кассационного производства, есть опасность упустить (не исследовать) существенные фактические обстоятельства, которые могут повлиять на решение суда о виде нормы. В частности, в судах первой и апелляционной инстанций в таких случаях останется неисследованным вопрос о переговорных возможностях сторон при заключении договора, а если сторонами не представят соответствующие доказательства, то это, несомненно, повлияет на оценку нормы в качестве императивной или диспозитивной. Восполнить подобный пробел суд кассационной инстанции будет уже не в силах. Как видим, подобные обстоятельства еще больше уменьшают возможность справедливого и обоснованного решения вопроса о виде нормы.

5. В заключение остановимся на том аргументе, что появление законодательной презумпции диспозитивности заставит суды изменить свою практику, в рамках которой они признают практически все нормы договорного права императивными, поскольку не могут – по своей инициативе – изменить существующее положение дел. Полагаем, что в данном аргументе содержится как основной и неоспоримый недостаток (для российского правопорядка) законодательного закрепления презумпции диспозитивности, так и основа для выдвижения альтернативного предложения.

Дело в том, что после распада советского государства и перехода к рыночной экономике основным недостатком судебной системы и корнем многих проблем является жесткий позитивистский подход к правоприменению. Иногда позитивизм достигает таких масштабов, что вызывает недоумение. Ярким примером может служить позиция судов по вопросам уступки прав по кредитному договору. Долгое время в российской арбитражной практике в отношении уступки права требования

преобладающим был подход, согласно которому эта уступка считалась недопустимой. Основой для такой позиции служило положение п. 1 ст. 819 ГК о том, что банк или иная кредитная организация обязуются предоставить другой стороне денежные средства. Из этого положения суды делали вывод, что только банк или иная кредитная организация может быть кредитором по кредитному договору<sup>227</sup>. Подобная практика претерпела изменения только в 2007 году после разъяснения ВАС РФ о том, что уступка банком прав кредитора по кредитному договору юридическому лицу, не являющемуся кредитной организацией, не противоречит законодательству<sup>228</sup>. Как справедливо указал ВАС РФ, действующее законодательство не содержит норм, запрещающих банку уступить права по кредитному договору организации, которая не является кредитной и не имеет лицензии на занятие банковской деятельностью. Таким образом, в арбитражной практике формальный подход к случаям уступки прав банками был преодолен. Однако в практике судов общей юрисдикции по данному вопросу все еще преобладают отголоски позитивизма. В разъяснениях по делам о защите прав потребителей Верховный суд РФ указал, что если стороны не предусмотрели возможность уступки прав от банка в кредитном договоре, то уступка права недопустима, так как законом о защите прав потребителей не предусмотрено право банка, иной кредитной организации передавать право требования по кредитному договору с потребителем (физическим лицом) иным лицам. Мотивы Верховного суда РФ можно понять: он пытается защитить граждан от так называемых коллекторов, которым банки уступают права по просроченной задолженности, и от связанных с этим последствий. Если бы запрет был мотивирован именно этими причинами, то логика запрета была бы понятна. Однако подход суда, который пытается обосновать свою

---

<sup>227</sup> См., например, Почуйкин В.В. Уступка права требования: основные проблемы применения в современном гражданском праве России. М.: Статут, 2005. С. 92, 93.

<sup>228</sup> См. п. 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации». Подобная позиция в последующем была подтверждена в рамках арбитражной практики: см. п.16 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 146 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров».

позицию в рамках формализма и позитивизма, только порождает дополнительные вопросы (так как непонятно назначение предписания, выведенного судом) и проблемы (например, из такой позиции суда можно сделать вывод, что никаких прав, кроме прямо указанных в законе, у сторон по кредитному договору нет, если те их не пропишут в договоре).

Обращают внимание на излишне позитивистский подход судов и сторонники законодательного закрепления презумпции диспозитивности норм договорного права<sup>229</sup>. Как легко заметить, здесь мы с ними полностью согласны.

Однако, видя проблему, сторонники законодательной презумпции диспозитивности предлагают ее решение в духе позитивизма, то есть теми способами, которые и привели к нынешней ситуации. Для юридического сообщества это выглядит таким образом, что применение права в рамках позитивистского подхода получает дополнительную поддержку и развитие со стороны государства. Более того, тем самым признается, что без соответствующего принципа ранее следовало поступать именно по букве закона. Следовательно, вины правоприменителя, что в судебной практике при оценке норм договорного права преобладал императивный уклон, не было. Таким образом, идеи позитивистского применения права будут только укреплены. Очевидно, что при таком подходе суды не смогут самостоятельно устранять недостатки законодательного регулирования и в будущем. То есть цель преодоления советских устоев и формирования уважительного отношения судов к свободе договора становится поистине недостижимой.

После того, как мы рассмотрели различные подходы к презумпции диспозитивности норм договорного права в рамках российского правопорядка, целесообразно сравнить наши выводы с зарубежной практикой.

По отношению к законодательной презумпции диспозитивности норм договорного права все европейские правопорядки можно разделить на две

---

<sup>229</sup> См., например, Карапетов А.Г., Савельев А.И. Указ. соч. С. 44-47.

группы. Первая – это правопорядки, которые не отразили соответствующую презумпцию в своих кодифицированных сводах гражданских законов. Как правило, это страны, где кодификация проводилась в XIX веке или на стыке XIX и XX веков. Наиболее яркими и известными примерами служат Германия, Франция и Австрия. В правопорядках этих стран вопрос о виде нормы решается судом при рассмотрении конкретного дела.

Каким образом получилось, что закон не закрепил ориентиры для определения вида нормы, можно понять на примере Германии. Первоначально при создании ГГУ рабочая группа достаточно серьезно обсуждала вопрос о четком разделении норм на императивные и диспозитивные. Как нами уже отмечалось, в ГГУ планировалось использовать следующую терминологию: «императивный характер придается с использованием выражения «лицо обязано» (muss) («обязательные предписания»); то же самое означает (что звучит неожиданно для обычного словоупотребления) и выражение «лицо может» (kann), в известном смысле равнозначное выражению «лицо обязано»); напротив, нормы с выражением «лицо должно» (soll) имеют инструктивный характер, их несоблюдение не делает предпринятое действие недействительным»<sup>230</sup>.

Однако на заключительной стадии подобное решение было отвергнуто комиссией по ревизии предварительного проекта ГГУ в 1896 г. в связи с тем, что провести границы между императивными<sup>231</sup> и неимперативными нормами на уровне закона в подавляющем большинстве случаев оказалось невозможным. Так решение данного вопроса было перенесено на плечи суда в рамках рассмотрения конкретного дела<sup>232</sup>, чем было исключено

<sup>230</sup> Endemann, Fr. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts - 6. Aufl., unveränd. Abdr. der 5. Aufl. Berlin, 1899. S. 36.

<sup>231</sup> Как показал германский опыт, также трудно установить различие между императивными нормами запретами и императивными повелительными нормами. Подробнее об этом см.: Ulrici, B. Op. cit. S.1073-1076.

<sup>232</sup> См., например, Garro A.M. Codification Technique and the Problem of Imperative and Suppletive Laws // 41 La. L. Rev. 1980–1981, P. 1020, 1021.

Как справедливо отмечал Эрлих, определение границ императивных и неимперативных норм дается трудно из-за того, что «свобода договора без весомых оснований не может быть сужена, однако, если избегать

закрепление каких-либо презумпций на законодательном уровне. При этом, несомненно, германский законодатель сохранил право на установление вида нормы в очевидных и/или особо важных случаях. Таким образом, основой для наделения суда правом определять вид нормы в Германии послужил отрицательный опыт попыток урегулировать в законе характер норм в зависимости от их силы и осознание законодателем невозможности решить указанный вопрос с помощью законодательной техники. Не изменился подобный подход и в современном германском праве. В частности, по мнению К. Ларенца, если закон говорит, что благодаря правовой сделке нечто согласовано быть «не может», то это указывает на ограничение частной автономии, то есть на императивное предписание<sup>233</sup>; наиболее отчетливо императивный характер предписания проявляется, если закон устанавливает, что отклоняющееся от его нормы соглашение является недействительным<sup>234</sup>. Во всех остальных случаях решение зависит исключительно от подхода суда к конкретной норме с учетом обстоятельств конкретного дела.

При этом, несмотря на отсутствие законодательно закрепленной презумпции диспозитивности, в Германии при решении вопроса о виде нормы суд опирается на такое понимание частного права, в соответствии с которым в приоритетном положении находится частная автономия воли сторон гражданского правоотношения. Для германского правопорядка это означает, что суд, определяя вид нормы, изначально видит ее как диспозитивную (если, конечно, не очевидно, что перед судом императивная норма), а уже потом, опираясь на обстоятельства конкретного дела и используя наработки доктрины, рассматривает вопрос о возможности ее

---

необходимого принуждения, то деловая практика ведет к осуществлению права, которое для отдельного лица обременительно и может существенно мешать единству права» (Endemann, Fr. Op. cit. S. 34).

<sup>233</sup> Примером может служить формулировка первого предложения § 137: «Правомочие на распоряжение отчуждаемым правом не может быть отменено или ограничено сделкой».

<sup>234</sup> Larenz, K. Op. cit. S. 428.

ограничения<sup>235</sup>. При подобном подходе одновременно удастся сохранять главенствующее положение автономии воли и наделить суд гибким инструментарием ограничения автономии воли в случае, если это необходимо и вытекает из обстоятельств конкретного случая. Подобное положение в Германии можно охарактеризовать как выработанный судебной практикой принцип, которым руководствуется суд, определяя вид нормы договорного права. Жизнеспособность подобного подхода подтверждает его многолетнее применение в рамках судебной практики.

Теперь обратимся ко второй группе право порядков. К ним относятся страны, которые в различной форме и границах законодательно отразили презумпцию диспозитивности норм договорного права. Особенностью таких стран является то, что они кодифицировали гражданское законодательство в конце XX века и использовали наработанный опыт других правовых систем. В частности, к ним относятся Нидерланды, Чехия, Венгрия, Украина, Эстония<sup>236</sup>. К сожалению, новые кодификации в указанных странах прошли совсем недавно и материала, на основании которого можно было бы проанализировать их опыт применения, накопилось немного. В связи с этим делать вывод, что презумпция диспозитивности привела к улучшению или хотя бы разумной стабильности в правоприменительной практике, считаем преждевременным<sup>237</sup>. Однако определенные промежуточные итоги подвести все-таки можно – благодаря тому, что некоторые из указанных стран решились на рекодификацию своего гражданского законодательства и провели подробный анализ предыдущего периода его применения. В частности, подобная работа была проведена в Чехии. До рекодификации в

---

<sup>235</sup> Например, если обратиться к достаточно известному комментарию ГГУ Паландта (Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 67. Aufl. München: C.H. Beck, 2008), то легко заметить, что практически в каждом комментарии к конкретному параграфу в сфере договорного права указывается на вид нормы.

<sup>236</sup> Здесь стоит также отметить, что положение о диспозитивности положений договорного права, если иное не вытекает из самой нормы, содержится в Принципах европейского частного права (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition / Ed. by C. von Bar, E. Clive and Hans Schulte-Nölke. 2009. P. 183).

<sup>237</sup> Более того, на наш взгляд, ссылаться на зарубежный опыт можно только в том случае, если известно: во-первых, на решение каких проблем была направлена законодательная презумпция диспозитивности той или иной страны; во-вторых, к каким последствиям привело применение законодательной презумпции диспозитивности.

этой стране параллельно действовали гражданский и коммерческий кодексы. Согласно ГК 1964 г. стороны могли изменить свои права и обязанности по сравнению с тем, как закреплено в законе, если законом это не было прямо запрещено, или невозможность изменения не вытекала из природы правового положения (п. 3 § 2). В свою очередь, Коммерческий кодекс 1991 г. предусматривал, что все нормы договорного права могут быть изменены сторонами, за исключением прямо перечисленных в законе (§ 263). Анализ опыта применения указанных положений привел чешских законодателей к следующим выводам.

Практика применения Коммерческого кодекса показала, что законодательное закрепление закрытого перечня императивных норм – весьма неудачное решение. Подобная норма является очень негибкой, особенно в условиях постоянно развивающейся экономики и социальных институтов. Дело в том, что перечень необходимых императивных норм меняется достаточно часто и каждое такое изменение требует отражения в законе. Следовательно, закон всегда отстает от развития собственного оборота. Более того, закрытый перечень императивных норм в ряде случаев приводил к тому, что практика делала вывод об отсутствии границ свободы договора, игнорируя даже такие очевидные основания для ограничения автономии воли, как противоречие добрым нравам или публичному порядку<sup>238</sup>. В свою очередь, анализ практики применения ГК Чехии, напротив, выявил случаи необоснованного ограничения автономии воли на основании ее противоречия природе правовой нормы. Многие ограничения диктовались лишь требованиями правовой конструкции и не имели «рационального смысла»<sup>239</sup>. Таким образом, в практике применения ГК проблемы возникли с обоснованностью самого критерия ограничения свободы договора, в то время как на момент закрепления в законе он и виделся обоснованным. Подобные результаты привели чешских

---

<sup>238</sup> Пояснительная записка к новому Гражданскому кодексу Чешской Республики (С. 31). Текст пояснительной записки в электронном виде доступен по адресу: <http://obcanskyzakonik.justice.cz>.

<sup>239</sup> Там же. С 32.

законодателей к тому, что они были вынуждены по-новому сформулировать основания ограничения автономии воли сторон. В итоге мысль о диспозитивности норм, определяющих права и обязанности сторон договора, с указанием на основания ограничения свободы договора, была отражена в качестве общего начала частного права: «Если это явно не запрещено законом, они (стороны – прим. авт.) могут договориться об отступлении от прав и обязанностей по сравнению с тем, как они закреплены в законе; запрещаются договоренности, которые противоречат добрым нравам, публичному порядку или изменяют нормы, касающиеся положения лиц, включая права на охрану личности» (п. 2 § 1)<sup>240</sup>. Указанный принцип в части критериев ограничения автономии воли пытались сформулировать наиболее общим образом, обозначив лишь те контуры, которые уже получали неоднократное применение. Данный подход был основан на полученном опыте и направлен на достижение цели создания такого руководящего начала, которое будет легко адаптироваться к экономическим и социальным изменениям, а также иметь только те критерии ограничения автономии воли, которые прошли многолетнюю практическую апробацию и по поводу содержания которых имеется четкое представление. Полагаем, что указанное решение чешских законодателей является попыткой обуздать несовершенную и трудно предсказуемую практику применения презумпции диспозитивности норм договорного права и направить ее в более четкое русло. Удастся ли в Чехии добиться указанного результата, нам только предстоит узнать.

Как видим, опыт Чехии показал, что установление содержательно непротиворечивой и однозначно понимаемой практики презумпции диспозитивности договорного права – достаточно сложное дело, которое неизбежно сопровождается различного рода проблемами в правоприменении.

---

<sup>240</sup> «Nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona; zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti» Текст Гражданского кодекса Чешской Республики в новой редакции в электронном виде доступен по адресу: <http://obcanskyzakonik.justice.cz>. После отказа от дуализма регулирования гражданско-правовых отношений данная норма будет применима как к отношениям граждан, так и к отношениям предпринимателей.

При этом важно отметить: практически все возникающие проблемы, отмеченные чешскими цивилистами, связаны с тем, что презумпция диспозитивности закреплена именно на уровне закона.

Таким образом, механизм определения вида нормы договорного права с помощью законодательно закрепленной презумпции диспозитивности переживает только начальный этап становления, а цивилисты получают первый материал для анализа эффективности применения указанного механизма. И пока нельзя сказать, что законодательно установленная презумпция диспозитивности дает однозначные или хотя бы существенные преимущества над определением вида нормы судом с помощью судебного толкования. По некоторым параметрам даже наоборот: последний вариант является, бесспорно, более предпочтительным. В такой ситуации считаем, что опыт европейских стран не позволяет в полной мере оценить имеющиеся два подхода и, соответственно, выбрать из них наиболее удачный. Следовательно, в настоящий момент нельзя строить и каких-либо серьезных доктрин, основанных на опыте зарубежных правопорядков. Более того – на наш взгляд, существующий европейский опыт, напротив, подталкивает каждый правопорядок, который вынужден выбирать механизм определения вида норм договорного права, к еще более внимательному анализу национальной специфики своей правовой системы и ее потребностей. Относится это и к российскому правопорядку.

*Выводы по результатам рассмотрения современных подходов к  
преодолению презумпции императивности норм договорного права*

Настоящее исследование показало: как установление законодательной презумпции диспозитивности норм договорного права, так и попытка преодолеть презумпцию императивности посредством разделения императивных норм и внесения корректив в положения о недействительности сделок создает только видимость решения проблемы,

выявляя при этом новые вопросы и необходимость устранения недостатков, содержащихся в новых решениях.

Исходя из этого, необходимо сформировать новый подход к преодолению презумпции императивности норм договорного права, который не повлечет за собой цепочку новых вопросов и недостатков, требующих устранения.

### **§ 3. Преодоление презумпции императивности норм договорного права в условиях независимости императивного или диспозитивного характера норм от формальных признаков.**

#### *Определение методологии преодоления презумпции императивности норм договорного права*

Как уже неоднократно отмечалось в главе I (и еще будет отмечаться далее), определение вида нормы договорного права с опорой на формальные признаки, закрепленные в самой норме, европейские страны отвергли. Какие-то из них пришли к этому при подготовке своих кодифицированных актов по гражданскому праву (например, Германия). Другие – через годы правоприменения (например, Чехия – в рамках реформирования своего гражданского законодательства)<sup>241</sup>. В итоге все европейские правовые порядки, отвергнув формальный подход, отдали предпочтение определению вида норм договорного права посредством толкования, с минимальной опорой на закон. Мы в полной мере поддерживаем подобный путь.

Между тем, как было установлено в предыдущих параграфах, в российском праве именно формальный подход к определению вида норм договорного права является причиной многих проблем, связанных с дихотомией императивных и неимперативных норм. Подобная ситуация, то есть преобладание формального подхода в вопросе определения вида норм,

---

<sup>241</sup> Подробнее об этом см. параграф «Современные подходы к преодолению презумпции императивности норм договорного права. Законодательная презумпция диспозитивности норм договорного права».

наглядно демонстрирует, что для российских правоприменителей неочевидна общая диспозитивная направленность норм договорного права, допускающая ограничение автономии воли в исключительных случаях. Полагаем, что такое восприятие норм договорного права, которое и обуславливает главенствующую роль в преобладании формального подхода, требуется изменить в самую первую очередь.

Исходя из этого, в рамках настоящей работы мы предпринимаем попытку доказать факт независимости вида нормы от набора формальных реквизитов, содержащихся в ней. Успех в поиске таких доказательств будет означать неизбежность отрыва формального набора реквизитов нормы от ее характера (вида) и, соответственно, от ее силы относительно соглашения сторон договора. В дальнейшем это может также служить основанием для формулирования новых догматических подходов к определению вида норм договорного права, уже не опирающихся на формальные признаки нормы.

Для того, чтобы продемонстрировать и доказать отсутствие связи между формальным набором реквизитов и видом нормы, мы предпримем попытку отыскать в рамках второй части ГК положения, которые с очевидностью свидетельствуют, что для оборота они могут быть только диспозитивными. Понятно, в ГК таких положений много быть не может. Однако если нам удастся установить хотя бы несколько, для целей доказывания нашего тезиса этого будет достаточно, так как наличие даже минимального числа таких положений подорвет общий формальный подход к определению вида норм договорного права<sup>242</sup>.

*Независимость императивного и диспозитивного характера норм  
договорного права от формальных признаков*

---

<sup>242</sup> В последнее время появилось определенное количество работ российских авторов по проблематике деления норм договорного права по их юридической силе. Однако вопрос о независимости вида нормы от ее формальных атрибутов они, по большому счету, не поднимали и соответствующую аргументацию указанного тезиса не содержали. В настоящей работе мы предпринимаем попытку заполнить подобный пробел. В свою очередь, в исследовании используется совершенно новый подход, который базируется на самых простых и понятных критериях. Это основано на уверенности, что простые и понятные критерии помогут более прочно и уверенно отстаивать результаты, полученные нами в рамках данного параграфа.

К подобным положениям относятся следующие.

1. Пункты 1 и 2 ст. 480 ГК. В случае передачи некомплектного товара (ст. 478 ГК) покупатель вправе по своему выбору потребовать от продавца соразмерного уменьшения покупной цены или доукомплектования товара в разумный срок (п. 1 ст. 480 ГК). Если же продавец в разумный срок не выполнил требования покупателя о доукомплектовании товара, покупатель вправе по своему выбору потребовать замены некомплектного товара на комплектный или отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной денежной суммы (п. 2 ст. 480 ГК).

Как легко заметить, указанные положения императивно (с точки зрения формального подхода) предусматривают последствия передачи некомплектного товара. Даже «на вскидку» подобное регулирование вызывает ряд вопросов. В первую очередь обращает на себя внимание очень скудный перечень последствий, связанных с передачей некомплектного товара. Очевидно, что далеко не во всех случаях описанные выше последствия удовлетворят потребности покупателя.

В частности, для покупателя может иметь принципиальное значение комплектность товара с жесткой привязкой к сроку исполнения обязательства по его передаче. В связи с этим, в случае несоблюдения указанных условий (комплектный товар к определенному сроку), покупатель объективно утрачивает интерес к получению товара. При этом ни доукомплектование товара, ни уменьшение его цены не будут соответствовать интересам покупателя. В данных обстоятельствах самое адекватное последствие для покупателя – отказ от исполнения договора. Однако подобный вариант положениями исследуемой статьи не предусмотрен.

В другой ситуации для покупателя в качестве последствий могут быть допустимы как доукомплектование товара, так и уменьшение его цены. И, напротив, отказ от договора или замена некомплектного товара уже будут обременительными. Отказ от договора не соответствует интересам покупателя, когда приобретенный товар ему необходим (то есть интерес в

товаре у покупателя очевиден). В свою очередь, замена некомплектного товара может быть связана с приостановкой работы на это время или с дополнительными издержками. Причем покупатель может быть больше заинтересован в доукомплектации товара, чем в уменьшении его цены<sup>243</sup>. В таких условиях интересам покупателя отвечает следующая очередность требований: а) первоначальное требование о доукомплектации товара; б) если такое требование не удовлетворено, то возможность потребовать уменьшения цены товара. Однако и такие варианты последствий положениями п.п. 1 и 2 ст. 480 ГК не предусмотрены<sup>244</sup>.

Дальнейшее исследование указанных положений заставляет еще больше усомниться в их императивности. Так, согласно п. 3 ст. 480 ГК последствия, предусмотренные п.п. 1 и 2 ст. 480 ГК, применяются и в случае нарушения продавцом обязанности передать покупателю комплект товаров. Но в отличие от нормы, устанавливающей последствия передачи некомплектного товара, положение о последствиях передачи комплекта товаров не является однозначно диспозитивным, так как имеет соответствующую оговорку<sup>245</sup>.

Чем обусловлено такое кардинальное расхождение в регулировании двух указанных правовых категорий?

Можно предположить, что это связано со спецификой категорий «комплект товаров» и «комплектность товара». Рассмотрим их более подробно. В частности, комплект товаров, как определяет его п. 1 ст. 479 ГК,

<sup>243</sup> Подобное может быть обусловлено множеством причин. Например, для покупателя укомплектованный товар имеет большую ценность, если в полной комплектации он более функционален и, следовательно, приносит дополнительный доход. В свою очередь, сохранение товара у покупателя по уменьшенной цене не всегда может компенсировать потерю дополнительного дохода.

<sup>244</sup> Видимо, понимая неполную адекватность последствий п.п. 1 и 2 ст. 480 ГК для всех случаев, законодатель в рамках договора поставки предусмотрел право покупателя, если он занимается продажей товаров в розницу, требовать замены товара без привязки к иным требованиям. Примечательно, что положение о предоставлении покупателю указанного права является диспозитивным. Почему с точки зрения законодателя в данном случае, в отличие от общих положений, допускается диспозитивное регулирование, для автора остается непостижимым.

<sup>245</sup> Здесь стоит заметить, что даже наличие оговорки «если иное не предусмотрено договором», на наш взгляд, не всегда означает диспозитивность нормы. Например, подобное может иметь место, когда одной из сторон выступает гражданин-потребитель и противоположная сторона использует диспозитивность нормы для ухудшения его положения.

Однако, поскольку перед нами стоит задача преодоления чрезмерной императивности, а не диспозитивности, указанный выше тезис не будет приниматься в расчет (на данном этапе).

представляет собой определенный набор товаров в комплекте. В литературе отмечается, что комплектом товаров является совокупность вещей: а) предназначенных «для его использования в целях, вытекающих из назначения объединенных товаров»<sup>246</sup>; б) каждая из которых может полноценно эксплуатироваться за рамками комплекта товаров (самостоятельно)<sup>247</sup>. В качестве примера комплекта товаров приводят набор посуды или мебели<sup>248</sup>.

Содержание категории «комплектность товара» на уровне закона не определено. В литературе под комплектностью товара понимают совокупность основной и вспомогательных вещей, где последние являются комплектующими основной вещи<sup>249</sup>. Совокупность основной и вспомогательных вещей предназначена (как и комплект товаров) для использования в целях, вытекающих из назначения объединенных товаров. Однако, в отличие от комплекта товаров, комплектующие без основной вещи эксплуатироваться полноценно не могут<sup>250</sup>. Что и является единственной отличительной чертой двух категорий.

Теперь попытаемся ответить на вопрос, насколько оправдано то, что указанная отличительная черта влияет на признание нормы о последствиях передачи комплекта товаров (в отличие от нормы, устанавливающей последствия передачи некомплектного товара) не в полном объеме диспозитивной. Полагаем, что она не может оказывать никакого влияния на различное регулирование последствий передачи некомплектного товара и товара не в полном комплекте<sup>251</sup>. Напротив, именно их схожие черты

<sup>246</sup> Мозолин В.П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй: Т. 1 / Т.Е. Абова, Л.В. Андреева, Е.Б. Аникина и др.; под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт-Издат, 2006. С. 442.

<sup>247</sup> Там же.

<sup>248</sup> См., например, Шерстобитов А.Е. Российское гражданское право: Т. 2: Обязательственное право / В.В. Витрянский, В.С. Ем, Н.В. Козлова и др.; отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут. 2011. С. 230.

<sup>249</sup> Мозолин В.П. Указ. соч. С. 442.

<sup>250</sup> «К числу таких товаров относятся технически сложные устройства, например, машины, в том числе средства транспорта и бытовая техника, оборудование, приборы и т.п.» (Мозолин В.П. Указ. соч. С. 442.).

<sup>251</sup> В данном случае важно, что нет легко доступных аргументов, которые могли бы продемонстрировать логику законодателя. На наш взгляд, отсутствие именно таких аргументов позволяет говорить, что законодатель не

позволяют предположить, что и регулирование обозначенных выше последствий должно носить одинаковый характер. Подобное суждение основывается на следующих обстоятельствах. Как было указано ранее, и комплект товаров, и товар с комплектующими предназначены для использования в целях, вытекающих из назначения объединенных товаров. Это означает, что интерес покупателя в рамках обеих категорий состоит в использовании товаров в полной комплектации или в полном комплекте. Отсутствие или части комплекта, или каких-либо комплектующих влечет очевидное снижение эффективности от использования купленного товара. Таким образом, в обоих случаях нарушения имеют одинаковый характер и идентичные последствия. На наш взгляд, это предполагает, что и возможности защиты у покупателя должны быть одни и те же. Учитывая, что законодатель предоставил – за счет диспозитивности правил – столь широкую защиту покупателям комплекта товаров, возможности защиты покупателей товаров с комплектующими должны быть как минимум такими же. Иное (различное для двух категорий) регулирование должно иметь серьезное обоснование, поскольку ущемляет права одних покупателей по сравнению с другими. В рамках настоящего исследования такого обоснования (даже в первом приближении) обнаружить не удалось.

В свою очередь, если обратиться к регулированию последствий передачи некомплектного товара в зарубежных странах, можно заметить, что соответствующее регулирование в ведущих правовых порядках носит также диспозитивный характер. Например, в Германии некомплектность товара является недостатком купленной вещи. В этом случае у покупателя в силу § 437 ГГУ появляются определенные права, если не установлено иного<sup>252</sup>. Подобное регулирование вытекает из вполне логичного тезиса о том, что

---

задумывался над разной юридической силой норм о последствиях передачи некомплектного товара и комплекта товаров не в полном объеме, и сложившееся регулирование является более чем случайным.

<sup>252</sup> На возможность установить соглашением сторон иные последствия передачи вещи с недостатками указывается и в комментариях к § 437 ГГУ (см., например, Weidenkaff W. in: Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 67. Aufl. München: C.H. Beck, 2008. § 437 (Rn. 1). S. 625). При этом стоит обратить внимание, что немецкий законодатель предоставляет возможность самостоятельно урегулировать последствия передачи вещи с недостатками даже непрофессиональным участникам оборота.

закрепленные в § 437 ГГУ права не могут во всех случаях удовлетворять интересы сторон<sup>253</sup>.

Все вышеизложенное очевидно свидетельствует о том, что регулирование последствий передачи некомплектного товара может быть только диспозитивным.

2. Абзац 1 п. 1 ст. 520 ГК. В соответствии с данным положением, если поставщик не поставил предусмотренное договором количество товаров либо не выполнил требования покупателя о замене недоброкачественных товаров или о доукомплектовании товаров в установленный срок, покупатель вправе приобрести непоставленные товары у других лиц с отнесением на поставщика всех необходимых и разумных расходов на их приобретение.

Указанное выше положение заслуживает внимания в части прав покупателя при недопоставке товаров. Как мы видим, оно императивно предусматривает возникновение только одного права покупателя при недопоставке – права на приобретение товаров у других лиц с отнесением расходов на поставщика. Даже в первом приближении подобное регулирование выглядит достаточно странно, так как абсолютно не соответствует экономическим интересам и потребностям сторон договора поставки. Так, в ряде случаев интерес покупателя и, соответственно, цена, которую он готов заплатить за товар, имеет пропорциональную зависимость от количества товара, которое будет поставлено. Иными словами, чем меньше товара поставлено, тем меньше его стоимость для покупателя. При этом приобретение товара у других лиц покупателя может, по различным причинам (сроки новой поставки, качество товара, обязательства перед другими лицами и т.п.), не интересоваться вовсе. В таком случае вполне логично, что стороны хотят согласовать в договоре условие, в соответствии с которым в случае недопоставки товара его цена подлежит уменьшению. В то же время в достаточно большом количестве случаев регулирование, предусмотренное в рассматриваемой норме, никоим образом не защищает

---

<sup>253</sup> Иллюстрацию данного тезиса см., например, Ibidem.

интересов покупателя. Например, когда специфика товара не позволяет в короткие сроки купить его у третьих лиц в связи с тем, что изготовление товара требует большого количества времени. В такой ситуации покупателю заранее известно, что в случае приобретения товара он будет находиться в заведомо невыгодном положении. Подобный факт, несомненно, может повлиять на решение покупателя вообще не заключать соответствующий договор.

Более того, абз. 1 п. 1 ст. 520 ГК не предусматривает такие логичные последствия в случае поставки товара в меньшем количестве, как право покупателя отказаться от договора, от переданного товара и от его оплаты, а если товар оплачен, потребовать возврата уплаченной денежной суммы. При этом большинство перечисленных прав покупателя содержится в общих положениях о договоре купли-продажи, регулирующих случаи передачи товара в меньшем количестве, чем это предусмотрено договором. И, что не менее важно, общее положение является однозначно диспозитивным, так как имеет соответствующую оговорку.

Подобное регулирование применительно к рассматриваемому положению может быть обусловлено только двумя причинами.

Во-первых, как и в предыдущем пункте, необходимо допустить, что специфическое регулирование обусловлено особыми характеристиками договора поставки. Как следует из ст. 506 ГК, договор поставки отличается от аналогичных договоров субъектным составом и целью использования покупаемого товара<sup>254</sup>. Вначале остановимся на субъектах договора поставки. Поставщиком должна быть организация, занимающаяся предпринимательской деятельностью по производству или закупке товаров, которые являются объектом договора поставки. В свою очередь, в качестве покупателя также должна выступать организация, которая осуществляет предпринимательскую деятельность. Как видим, договор поставки

---

<sup>254</sup> Витрянский В.В. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, 4-е изд., стереотипное. – М.: Статут, 2002 // СПС КонсультантПлюс.

предусмотрен исключительно для профессиональных участников оборота, где с обеих сторон договора выступают лица, действующие на свой страх и риск. Цель договора поставки – использование товара в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием – только подтверждает данный тезис. Эти обстоятельства свидетельствуют, что ограничивать автономию воли сторон договора поставки следует в исключительных случаях. Уже с точки зрения этой позиции рассматриваемая норма должна быть диспозитивной, поскольку какие-либо видимые основания для ограничения воли сторон отсутствуют.

Во-вторых, можно предположить, что явно недостаточное регулирование последствий недопоставки товаров компенсируется иными положениями о поставке. Проанализировав все положения о договоре поставки, закрепленные в ГК, констатируем, что в качестве таких «иных положений» можно рассматривать только п.п. 1 и 3 ст. 511 ГК. Остановимся на них более подробно. Согласно п. 1 поставщик, допустивший недопоставку товаров в отдельном периоде поставки, обязан восполнить недопоставленное количество товаров в следующем периоде (периодах) в пределах срока действия договора поставки, если иное не предусмотрено договором. Одновременно, в соответствии с п. 3 покупатель вправе, уведомив поставщика, отказаться от принятия товаров, поставка которых просрочена, если в договоре не предусмотрено иное. На первый взгляд именно эти диспозитивные положения позволяют предусмотреть в договоре дополнительные права покупателя в случае недопоставки товаров и компенсировать недостаточное регулирование абз. 1 п. 1 ст. 520 ГК. Однако такие возможности блокируются императивным предписанием о последствиях недопоставки, закрепленным в абз. 1 п. 1 ст. 520 ГК. Дело в том, что императивный характер указанной нормы не позволяет за счет каких-либо диспозитивных положений расширить права покупателя, так как достигнутые между сторонами договоренности всегда будут противоречить

норме, императивно закрепляющей круг прав покупателя при недопоставке<sup>255</sup>. Подобное, конечно, выглядит странным, но именно к таким выводам приводит применение формального подхода по определению вида норм договорного права. Отсюда следует, что явно недостаточное регулирование, закрепленное в абз. 1 п. 1 ст. 520 ГК, не компенсируется иными положениями о поставке. В свою очередь, описанное выше служит дополнительной иллюстрацией того, что абз. 1 п. 1 ст. 520 ГК должен носить диспозитивный характер. Это исключило бы указанные в нем последствия.

Таким образом, ни специфические характеристики, ни действующее регулирование договора поставки не оправдывают предусмотренных законом последствий недопоставки товаров. Напротив, подробный анализ как специфических характеристик, так и действующего регулирования этого договора ярко иллюстрирует, что абз. 1 п. 1 ст. 520 ГК должен быть исключительно диспозитивным. Здесь же необходимо отметить, что, как и в отношении передачи некомплектного товара, в Германии положение о правах покупателя при передаче товара в меньшем количестве носит в отношениях между предпринимателями диспозитивный характер<sup>256</sup>.

Итак, рассмотрев два положения ГК, мы уже можем сделать определенные выводы. Легко заметить, что они касаются идентичных вопросов, а именно: объема прав одной из сторон в случае нарушения условий договора другой стороной. Стоит напомнить, что на необоснованную императивность подобных положений и ранее обращалось внимание в литературе. В частности, в качестве таких положений рассматривались ст. 475 ГК (права покупателя при передаче товара ненадлежащего качества) и ст. 523 ГК (права покупателя в случае существенного нарушения поставщиком договора поставки). Применительно

---

<sup>255</sup> Несомненно, недостатки одного положения допустимо устранять посредством прямого предписания о правах покупателя в других нормах. Однако это может вызывать вопросы в части соотношении таких норм и их взаимосвязанности. Если останавливаться на том примере, который мы рассматриваем в данном пункте, то (даже если отбросить все возможные формальные вопросы) очевидно, что предоставление – дополнительно к праву на покупку недопоставленных товаров у третьих лиц – права на отказ от договора не может удовлетворить интересов покупателя в полной мере и во всех случаях.

<sup>256</sup> Подобное положение вытекает из § 437 ГГУ, который применяется к отношениям между предпринимателями в силу ст. 2 Вводного закона к Торговому уложению Германии.

к ст. 475 ГК, описывающей права покупателя, получившего товар с недостатками, указывалось, что нет «серьезных политико-правовых резонансов, которые могли бы обосновать необходимость *ex ante* ограничения свободы договора в отношении попыток сторон по-иному структурировать последствия нарушения требования к качеству товара. По крайней мере там, где условия договора на этот счет не начинают казаться явно несправедливыми, нет никакого смысла ограничивать договорную свободу столь неразборчиво (особенно применительно к сугубо коммерческим сделкам)»<sup>257</sup>. В части ст. 523 (п.п. 2 и 3) ГК, формально-императивно закрепляющей права покупателя и поставщика при существенном нарушении другой стороной условий договора поставки, отмечалось, что «надуманность этого ограничения также не вызывает сомнений и противоречит мировому правовому опыту. Стороны должны иметь право в своем договоре детальнее раскрыть принцип существенности нарушения, выразив, как он преломляется применительно к их контракту, вплоть до его полной отмены. С нашей точки зрения, нет ничего дурного, если в контракте будет написано, что малейшая просрочка в поставке рассматривается как существенное нарушение и дает покупателю право на односторонний отказ от договора. В некоторых случаях, когда у контрагентов имеется явный разрыв в переговорных силах (*bargaining power*) и у должника не было реальной возможности влиять на содержание договора, суд мог бы применить механизм *ex post* контроля и изменить/расторгнуть договор в части этого условия в соответствии со ст. 428 ГК или не применить его на основании ст. 10 ГК. Но в целом не признавать право сторон расшифровывать или отменять принцип существенности нарушения было бы нерациональным и грубым решением»<sup>258</sup>.

Из этого следует, что имеется достаточно обширная сфера (права стороны в случае нарушения договора другой стороной), в которой

---

<sup>257</sup> Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т.2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. – М.: Статут, 2012. С. 67.

<sup>258</sup> Карапетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права / Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 11. 2009. С. 114.

необходимое диспозитивное регулирование необоснованно заменяется императивными положениями. С определенной долей условности можно говорить даже о системности такого явления. Уже этих итогов исследования достаточно, чтобы говорить о полной неэффективности разделения норм договорного права на основании формального критерия. Однако чтобы проводимый анализ был наиболее полным с точки зрения доказательственной базы, продолжим поиск положений, которые могут восприниматься оборотом только в качестве диспозитивных.

3. Пункт 2 ст. 615 ГК. В соответствии с указанным положением арендатор вправе с согласия арендодателя сдавать арендованное имущество в субаренду (поднаем) и передавать свои права и обязанности по договору аренды другому лицу (перенаем), предоставлять арендованное имущество в безвозмездное пользование, а также отдавать арендные права в залог и вносить их в качестве вклада в уставный капитал хозяйственных товариществ и обществ или паевого взноса в производственный кооператив, если иное не установлено ГК, другим законом или иными правовыми актами.

Применительно к настоящему исследованию обратим внимание на ту часть нормы, которая устанавливает правило, которое обязывает арендатора получить от арендодателя согласие на распоряжение имуществом и правами, полученными по договору аренды. С формальной точки зрения такое правило является императивным. На это указывает и судебная практика. В частности, в информационном письме Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой» делается вывод, что «данная норма закона (п. 2 ст. 615 ГК – прим. авт.), требующая при совершении сделок с арендными правами получение согласия арендодателя, является императивной, а поэтому не может быть изменена договором» (п. 18).

Вместе с тем, как ни странно, сама судебная практика, в совокупности с отдельными законодательными положениями, складывается таким образом, что однозначно свидетельствует о необходимости воспринимать исследуемое

положение как диспозитивное. Вначале обратимся к уже упоминавшемуся п. 18 информационного письма Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66. Наряду с признанием п. 2 ст. 615 ГК императивным, ВАС РФ указывает, что данная норма «не устанавливает порядок и форму дачи арендодателем согласия на совершение арендатором сделок субаренды, перенайма и других, упомянутых в данном пункте. Следовательно, по воле сторон договора аренды согласие арендодателя может быть выражено в самом договоре, что освобождает арендатора от обязанности получать такое согласие на каждую конкретную сделку». По существу этой позиции ВАС РФ, как легко заметить, предоставляет сторонам права фиксировать в договоре условие, в соответствии с которым арендодатель заранее выражает согласие на совершение арендатором сделок субаренды, перенайма и др. Вместе с тем последствия такого условия абсолютно равнозначны последствиям включения в договор права арендатора совершать указанные сделки без согласия арендодателя. В частности, как в первом, так и во втором случае на момент заключения договора аренды уже известно, что при желании арендатора сдать имущество в субаренду или совершить иные сделки, предусмотренные п. 2 ст. 615 ГК, воля арендодателя в рамках таких сделок не будет иметь никакого правового значения. Иными словами, практика не видит ограничений для совершения арендатором сделок субаренды, перенайма и других без дополнительного согласия арендатора, если условие о согласии априори предусмотрено в договоре между ними. Следовательно, также нет никакой практической опасности, если стороны договорились о праве арендатора заключать указанные сделки без согласия арендодателя. В такой ситуации, когда оба механизма приводят к идентичному результату, запрет на согласование такого условия объясним исключительно формальным подходом к разделению норм.

Теперь рассмотрим некоторые положения других актов действующего гражданского законодательства РФ. Правило п. 2 ст. 615 ГК является общим для всего имущества, которое может выступать в качестве предмета аренды.

Для отдельных его видов специальные акты могут изменять указанное правило, основываясь на специфике такого имущества. В частности, специальное регулирование существует в отношении земельных участков. Согласно п. 6 ст. 22 Земельного кодекса Российской Федерации (далее – ЗК) арендатор земельного участка, за исключением резидентов особых экономических зон – арендаторов земельных участков, вправе передать свои права и обязанности по договору аренды земельного участка третьему лицу, в том числе отдать арендные права земельного участка в залог и внести их в качестве вклада в уставный капитал хозяйственного товарищества, общества либо паевого взноса в производственный кооператив в пределах срока договора аренды земельного участка *без согласия собственника* земельного участка при условии его уведомления, если договором аренды земельного участка не предусмотрено иное. Аналогичное правило установлено и для субаренды земельных участков (п. 6 ст. 22 ЗК). В литературе рассматриваются самые различные аспекты данного положения<sup>259</sup>, однако на их диспозитивность до настоящего момента не обращалось никакого внимания. Между тем для настоящего исследования именно этот аспект представляет наибольший интерес. Как мы видим, из правила п. 2 ст. 615 ГК делается изъятие для одного из самых распространенных объектов аренды –

---

<sup>259</sup> Как правило, в литературе применительно к указанному положению рассматривается два вопроса.

Во-первых, – законодательное решение, предоставляющее арендатору право без согласия арендодателя (собственника) совершать сделки с имуществом, полученным в аренду, или непосредственно с правами аренды. В подавляющем большинстве случаев оно расценивается как неудачное. В частности, как замечает В.В. Витрянский, «... Земельный кодекс ... определил правовой режим аренды земельных участков, который является едва ли не самым либеральным по сравнению с арендой любых иных объектов, включая движимое имущество, ограничив попутно права арендодателя (собственника земли) и, напротив, расширив без всякой меры правомочия арендатора, в том числе и по распоряжению правом аренды земельного участка... Подобное регулирование договора аренды земельных участков ... не поддается разумному объяснению» (Витрянский В.В. Правовое регулирование имущественных (обязательно-правовых) отношений в Земельном кодексе Российской Федерации / Экологическое право. N 1 // СПС КонсультантПлюс). См. также: Андреев Ю.Н. Ограничения в гражданском праве России // СПС КонсультантПлюс.

Во-вторых, сравнивается регулирование земельного (п.п. 5 и 6 ст. 22 ЗК) и гражданского (п. 2 ст. 615 ГК) законодательства в отношении субъектов, согласие которых необходимо получить на совершение сделок с арендованным имуществом или непосредственно с правами аренды. В этом случае на неудачность решения указывается уже применительно к регулированию, закрепленному в ГК. Подробнее об этом – см., например, Маковская А.А. Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации / Р.С. Бевзенко, А.В. Ериш, А.А. Маковская и др.; под ред. Л.А. Новоселовой, М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008. Вып. 4. С. 53-55.

земельных участков<sup>260</sup>. Попытаемся понять, чем обусловлена диспозитивность п.п. 5 и 6 ст. 22 ЗК. К счастью, на этот счет имеется позиция разработчиков данных положений, изложенная ими в комментарии к принятому ЗК. В частности, как следует из комментария, подобные диспозитивные предписания в земельном законодательстве установлены с тем, чтобы каждая из сторон получила возможность отстаивать и защищать собственные интересы. Так, арендатор получает защиту указанием на то, что согласие собственника земельного участка на совершение сделок с имуществом, полученным в аренду, или непосредственно с правами аренды не требуется<sup>261</sup>. Без его участия данный порядок не может быть изменен. В свою очередь, «права собственника-арендодателя также защищены, так как при заключении договора аренды земельного участка арендодатель может предусмотреть необходимость такого согласия»<sup>262</sup>. В данной ситуации диспозитивность норм рассматривается в качестве инструмента, позволяющего установить баланс между интересами сторон, который, как мы видим, не может быть соблюден при закреплении императивной нормы, априори учитывающей интересы только одного из контрагентов. Таким образом, непосредственно с точки зрения лиц, осуществляющих государственное регулирование посредством установления законодательных предписаний, диспозитивный характер правила о согласии арендодателя на совершение сделок с имуществом (в данном случае с земельным участком), полученным в аренду, или непосредственно с правами аренды видится наиболее обоснованным, справедливым и эффективным.

---

<sup>260</sup> В связи с тем, что земельный участок – наиболее часто сдаваемое в аренду имущество, можно говорить о п.п. 5 и 6 ст. 22 ЗК как об общем правиле, исключения из которого устанавливаются п. 2 ст. 615 ГК. Данный вывод, несомненно, касается только юридической силы рассматриваемых норм.

<sup>261</sup> Как отмечается в комментарии, данное правило включено «...в Земельный кодекс РФ с учетом сложившейся практики передачи земель, находящихся в государственной собственности, в долгосрочную аренду, при которой при изменении экономических условий у арендатора, влекущих невозможность дальнейшего использования им земли, арендатор полностью попадал в зависимость от городской администрации и не имел возможности эффективно распорядиться правом аренды» (Козырь О.М. Постатейный научно-практический комментарий Земельного кодекса Российской Федерации / Волков Г.А., Голиченков А.К., Козырь О.М. // СПС КонсультантПлюс).

<sup>262</sup> Козырь О.М. Указ. соч.

При таком подходе к регулированию в земельном законодательстве становится очевидным, что императивная норма, закрепленная в п. 2 ст. 615 ГК: во-первых, неполноценна, поскольку учитывает интересы только арендодателя; во-вторых, неэффективна, поскольку исключает для сторон возможность предусмотреть механизм на случай возникновения у арендатора объективных трудностей при использовании арендованного имущества<sup>263</sup>. При этом, как видно из комментария к ЗК РФ, диспозитивность правила о необходимости получения согласия арендодателя на совершение сделок с имуществом, полученным в аренду, или непосредственно с правами аренды не обусловлена спецификой земельных участков. В такой ситуации подход законодателя к установлению правил п.п. 5 и 6 ст. 22 ЗК, не должен ограничиваться рамками земельного законодательства и может быть распространен на аналогичные отношения с другими объектами аренды.

Вышеизложенного более чем достаточно для демонстрации того, что в рамках российского правопорядка п. 2 ст. 615 ГК необходимо воспринимать исключительно как диспозитивное правило.

В то же время и в данной сфере (зависимость права одной из сторон на совершение действий с объектом договора или правами, вытекающим из такого договора, от согласия другой стороны), как и в сфере положений о правах одной из сторон в случае нарушения договора другой стороной, также имеется немало предписаний абсолютно необоснованного императивного характера. В частности, п. 1 ст. 685 ГК устанавливает, что по договору поднайма жилого помещения наниматель с согласия наймодателя передает на срок часть или все нанятое им помещение в пользование поднанимателю.

---

<sup>263</sup> В некоторых правопорядках договорный запрет на совершение сделок с имуществом, полученным в аренду, или непосредственно с правами аренды может быть преодолен судебным решением. В частности, подобное положение имеется в ГК Нидерландов. В соответствии с п. 4 ст. 5:91, «если собственник отказывает в требуемом разрешении без разумных оснований или без объяснения причин, его разрешение может быть по просьбе того, кто в нем нуждается, заменено санкцией окружного судьи, в пределах которого находится недвижимость или большая ее часть» (Перевод дан по: Гражданский кодекс Нидерландов. Кн. 2, 3, 5 - 7 / Пер. М. Ферштман. Лейден, 2000. С. 264). Подобное регулирование наглядно демонстрирует заинтересованность сторон в наличии возможности согласовать механизм на случай возникновения объективных трудностей при использовании арендованного имущества. На наш взгляд, диспозитивное правило о необходимости получения согласия арендодателя на совершение сделок с имуществом, полученным в аренду, или непосредственно с правами аренды такую возможность сторонам предоставляет.

Или, например, в соответствии с абз. 3 п. 2 ст. 810 ГК сумма займа, предоставленного под проценты в иных случаях<sup>264</sup>, может быть возвращена досрочно с согласия займодавца. Аргументация диспозитивности указанных предписаний основывается на тех же доводах, что были приведены при исследовании п. 2 ст. 615 ГК<sup>265</sup>. При этом императивный характер нормы, изложенной в абз. 3 п. 2 ст. 810 ГК, вызывает еще больше недоумения, поскольку она рассчитана исключительно на отношения лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Как уже отмечалось, ограничения в отношениях между такими лицами требуют наличия самых серьезных причин.

Таким образом, в рамках исследования вновь удалось установить не просто норму, а целую сферу, в которой необходимое диспозитивное регулирование необоснованно заменяется императивными положениями. Однако, несмотря на подтверждение ранее полученных результатов, продолжим наше исследование.

4. Пункт 1 ст. 713 ГК. В соответствии с указанным положением подрядчик обязан использовать предоставленный заказчиком материал экономно и расчетливо, после окончания работы представить заказчику отчет об израсходовании материала, а также вернуть его остаток либо с согласия заказчика уменьшить цену работы с учетом стоимости остающегося у подрядчика неиспользованного материала.

Данное положение представляет интерес в части судьбы сэкономленного материала заказчика. Как следует из п. 1 ст. 713 ГК, императивно устанавливаются только два возможных варианта действий в отношении этого материала. Как и в иных случаях, которые были рассмотрены выше, очевидно, что подобные варианты не могут исчерпать все ситуации, которые могут возникать на практике. На этот момент уже

---

<sup>264</sup> Под иными понимаются любые случаи, за исключением предоставления займа заемщику-гражданину для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью (абз. 2 п. 2 ст. 810 ГК).

<sup>265</sup> Аналогия рассуждений обусловливается схожестью правовых конструкций. Соответственно, подходы, используемые при установлении законодательных предписаний и в судебной практике, должны быть идентичны в отношении как п. 1 ст. 685 и абз. 3 п. 2 ст. 810 ГК, так и п. 2 ст. 615 ГК.

обращалось внимание в российской доктрине. В частности, В.В. Ровный отмечает, что «...п. 1 ст. 713, как видно, не носит всеобъемлющего характера. Так, если предположить, что стоимость остатка материала превышает цену работы, речь может и должна идти уже не об уменьшении цены работы с учетом стоимости остающегося у подрядчика остатка материала заказчика, а об оплате подрядчиком стоимости остатка материала заказчика за вычетом стоимости выполненной в его пользу работы»<sup>266</sup>. Не охватывает п. 1 ст. 713 ГК и более простых ситуаций. Например, он не позволяет подрядчику даже с согласия заказчика оставить сэкономленный материал себе и получить оговоренную цену за работу в полном объеме. При этом вполне логично и понятно, почему такое желание у сторон договора подряда возникает. Более того, подобная конструкция прав по договору подряда вообще может быть единственно приемлемой для сторон. Так, если у заказчика имеется лишний материал, но существуют определенные проблемы с денежными средствами, оптимальный выход для него – установить в договоре небольшую цену за работу и условие о том, что все сэкономленные материалы остаются у подрядчика без уменьшения цены работ. При таких условиях интерес в сотрудничестве имеется как у заказчика, так и у подрядчика. В противном случае заказчик может вовсе не вступить в договорные отношения. А это, в свою очередь, уже необоснованные издержки для экономики<sup>267</sup>. Таким образом, как мы видим, п. 1 ст. 713 ГК содержит слишком узкий круг опций относительно сэкономленного подрядчиком материала заказчика, поскольку при определенных обстоятельствах он может не соответствовать интересам

---

<sup>266</sup> Ровный В.В. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: Учебно-практический комментарий (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева. Проспект. 2010 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>267</sup> Когда вопрос касается профессионального оборота, гражданское право, несомненно, должно в максимальной степени стимулировать участников рынка к экономической активности, а не порождать препятствий, исключающих участие в обороте. Однако, к сожалению, в последнее время эта его функция затмевает (в умах некоторых специалистов) иные функции, которые несет в себе гражданское право – защита равенства участников и сохранения баланса интересов между ними. Подобная практика приводит к поистине удивительным результатам в области законодательного регулирования: см., например, Суханов Е.А. О частных и публичных интересах в развитии корпоративного права // Журнал российского права. 2013. № 1. С. 5 – 9 (как точно отмечает автор, «... согласно превосходному определению Цельса, право есть искусство доброго и справедливого" (*ius est ars boni et aequi*. - D. I.1.), но отнюдь не искусство снижения экономических издержек»).

ни заказчика, ни подрядчика. При подобных обстоятельствах интересы сторон договора, а шире – требования, предъявляемые к развитию экономических отношений, – могут быть удовлетворены только при восприятии п. 1 ст. 713 ГК как диспозитивного предписания.

Вместе с тем при рассмотрении юридической силы п. 1 ст. 713 ГК необходимо обратить внимание на существующие подходы к экономии материала, если он изначально принадлежал подрядчику. Как закреплено в п. 2 ст. 710 ГК, в этом случае договором подряда может быть предусмотрено распределение полученной подрядчиком экономии между сторонами. Достаточно интересны мотивы, почему указанная норма является диспозитивной. Как писал М.И. Брагинский, «условие о последствиях экономии, достигнутой подрядчиком, всегда включалось в разнообразные акты, посвященные по крайней мере одному из видов договоров подряда – строительному подряду. Однако отношение к экономии теперь существенно изменилось. Это объясняется тем, что раньше, когда инвесторами были государственные организации, судьба экономии, достигнутой в строительстве, была связана непременно с публичным интересом, т.е. интересом в конечном счете самого государства. Теперь тот же вопрос о последствии экономии приобретает и частный интерес. Этим объясняются новеллы, которые появились в ГК. Речь идет о том, что соответствующие положения стали более гибкими. Имеется, в частности, в виду, что императивная норма об оставлении экономии у подрядчика заменена такой же по содержанию, но диспозитивной нормой, открывающей сторонам возможность достичь соглашения на этот счет, построенного и по любому иному варианту»<sup>268</sup>; «если стороны изберут именно этот вариант – смысл подобного решения состоит в том, что таким образом проявляется обоюдный интерес к экономии у обеих сторон...»<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> Брагинский М.И. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, изд. испр. и доп., - М.: Статут, 2005. С. 60, 61.

<sup>269</sup> Брагинский М.И. Указ. соч. С. 60.

Представляется, что это абсолютно оправданный подход. Однако по каким-то причинам он не распространяется на случаи экономии подрядчиком материалов заказчика. Какие-либо мотивы этого обнаружить достаточно сложно, если вообще возможно. Действительно, к экономии подрядчиком материалов заказчика применимы все те аргументы, что и к экономии им собственного материала (в рамках п. 2 ст. 710 ГК). Экономика изменилась, появился частный интерес, в том числе свои взгляды и резоны на перераспределение экономии между сторонами; подобный интерес надо учитывать и, в целях развития рыночной экономики, не ограничивать. В то же время, если сосредоточиться на главном отличии двух норм (п. 2 ст. 710 и п. 1 ст. 713 ГК) друг от друга, то причины, по которым следовало бы установить различное регулирование, также не обнаруживаются. Так, их отличие состоит в том, какая из сторон предоставила материал для выполнения работ. В одном случае это заказчик, в другом – подрядчик. В связи с этим полагаем, что ограничение свободы договора в случае, когда материал предоставил заказчик, можно было бы признать обоснованным, если бы на практике отсутствовали случаи, когда подобный характер отношений не соответствовал бы интересам заказчика. Тогда логика ограничения выглядела бы примерно следующим образом. Выполняя работу из материала заказчика и не возвращая его остатки, подрядчик тем самым необоснованно получает дополнительную выгоду за счет заказчика, так как его интерес уже полностью охватывается ценой, куда входят издержки подрядчика на выполнение работ (п. 1 ст. 710 ГК). При таких обстоятельствах императивный характер п. 1 ст. 713 ГК защищает заказчиков как от собственного безрассудного поведения, так и от действий подрядчика, имеющего рычаги давления на заказчика. Однако, как было продемонстрировано выше, случаи, когда заказчик заинтересован в предоставлении подрядчику права оставить за собой сэкономленный материал заказчика, не только вполне возможны, но и объяснимы.

В такой ситуации императивный характер п. 1 ст. 713 ГК выглядит исключительно как недосмотр на законодательном уровне, где в отношении данной нормы забыли добавить фразу «...если иное не предусмотрено договором».

На этом поиск доказательств можно остановить и подвести итоги исследования.

*Определение императивного и диспозитивного характера норм договорного права в условиях их независимости от формальных признаков*

На наш взгляд, продемонстрированное выше решение по преодолению презумпции императивности норм договорного права, очевидно, диктует необходимость нового подхода к определению норм договорного права, а именно: определение вида норм посредством судебного толкования с минимальной опорой на текст закона.

При этом наиболее важно, что поддержка подхода, в соответствии с которым вид нормы должен быть определен путем ее толкования, может послужить основанием и предпосылкой для преодоления практики формализма и позитивизма. Более того – регулирование вида нормы на уровне судебной практики не принесет каких-либо отрицательных последствий.

В то же время, как было описано выше, презумпция диспозитивности, если она будет закреплена в законе, не даст никаких преимуществ:

ни процессуальных, так как бремя доказывания вида нормы не может быть перераспределено между сторонами и вид нормы не должен зависеть от представленных доказательств;

ни материальных, так как при любых формулировках презумпции границы ее применения остаются в достаточной степени неопределенными и зависящими от усмотрения суда, что не позволяет также рассчитывать на стабильную судебную практику при определении вида норм.

Подобное относится и к предложению Совета. Именно в таких условиях, когда реальных преимуществ не дает ни законодательная презумпция диспозитивности, ни реализация предложений Совета, появляется возможность для отхода от нормативизма и формализма в правоприменении, поскольку очевидно, что определение вида нормы договорного права на уровне судебной практики обладает большей ценностью, чем ранее рассмотренные предложения.

Имеются и дополнительные аргументы в пользу определения вида нормы судом путем толкования в рамках российского правопорядка.

Во-первых, как показывает практика, с течением времени – в зависимости от потребностей общества и государства – вид нормы может требовать определенной корректировки<sup>270</sup>. Установление вида нормы судебным толкованием позволит более оперативно реагировать на социально-экономические изменения в обществе и, соответственно, при необходимости – оперативно изменять вид нормы, не прибегая к сложному и долгому механизму законодательного регулирования. При этом именно суды одни из первых чувствуют необходимость внесения таких корректив, что, несомненно, позволит снизить риски принятия несправедливых и необоснованных решений.

Во-вторых, когда стороны договора будут согласовывать его условия и решать вопрос о том, можно ли изменить определенную норму закона или нет, им вольно или невольно придется моделировать логику суда применительно к соответствующей норме. Это снизит риск неправильной оценки нормы сторонами при заключении договора и, соответственно, уменьшит количество условий договора, признанных в суде недействительными<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> Как ни странно, таким примером являются практически все нормы договорного права в России. Ведь именно они были сформированы в 90-х годах на началах идей императивного регулирования, а в последующем развитие государства и экономики (оборота) привело к очевидной необходимости смены акцентов в регулировании сферы договорного права в сторону диспозитивности и диспозитивных норм.

<sup>271</sup> Предвидя возможные контраргументы, отметим следующее. Полагаем, возражение о том, что при наличии презумпции стороны будут нести меньше издержек на согласование условий договора, не может поставить рассматриваемый аргумент под сомнение. Практические ситуации настолько многогранны и

В-третьих, сформируется более гибкий подход в части выбора оснований ограничения свободы договора и их последствий. В частности, суд получит возможность формулировать эти основания таким образом, чтобы их можно было либо распространять на схожие случаи, либо, напротив, ограничивать рамками конкретного дела. В то же время перечень таких оснований может пополняться или уменьшаться без серьезных процедурных затрат на его корректировку.

В-четвертых, подход, в соответствии с которым определение вида нормы будет зависеть от ее толкования судом, позволит совершить «мягкий» переход к диспозитивности норм договорного права без серьезных потрясений для правоприменителя. В частности, примером подобного развития ситуации может служить ряд указанных нами действующих норм, применяя которые, суды постепенно приходили к выводу о диспозитивном характере предписаний, несмотря на их формальную императивность. Подобный путь также позволит сохранить достижения существующей судебной практики и снизить риск необоснованных и несправедливых судебных решений (принимаемых из-за неправильного определения вида нормы), который, как мы установили, значительно повышается в случае законодательного закрепления презумпции диспозитивности.

Но, повторим, все же главным и вполне самодостаточным аргументом в пользу определения вида нормы на уровне судебного толкования остается следующий: такой способ определения вида нормы может послужить основанием и предпосылкой для преодоления практики формализма и позитивизма в рамках применения права судами. Значимость наступления указанных последствий для российского правопорядка сложно переоценить.

---

индивидуальны, что со стороны контрагентов было бы достаточно опрометчиво формировать их в рамках какого-либо шаблона. Это может повлечь для них серьезные неблагоприятные последствия, вплоть до разрушения сделки при возникновении судебного спора. Таким образом, небольшая экономия на стадии заключения сделки с большой долей вероятности может повлечь за собой издержки уже на стадии ее исполнения. При этом усматривается, что издержки на стадии исполнения сделки могут быть значительно выше. Сказанное наиболее актуально именно для значительных и крупных контрактов, которые, как правило, и подвергаются оспариванию.

Вместе с тем судебное толкование как основное средство определения вида норм договорного права не противопоставляется решениям, которые были рассмотрены нами в параграфе 2 настоящей главы. Несмотря на все различия, общим моментом как у предложения по законодательному закреплению презумпции диспозитивности норм договорного права, так и у предложения Совета является то, что они достаточно широко используют инструментарий толкования, без которого просто невозможно существовать. Таким образом, предлагаемое в рамках настоящей работы решение по определению вида норм договорного права необходимо рассматривать как развитие двух указанных подходов, основанное на преодолении тех недостатков, которые присущи природе каждого из них.

Из нашего исследования четко видно, что основным недостатком судебной практики во многих случаях является неспособность судов к адекватному толкованию различных правовых положений. В то время, как и законодательная презумпция диспозитивности, и ст. 168 ГК в редакции предложений Совета (в том варианте, как они были представлены) дают возможность практически неограниченного их применения в различных ситуациях. То есть их обоснованное использование будет во многих случаях зависеть от культуры конкретного судьи и понимания им принципов толкования права. Но ведь в данной сфере и существуют главные проблемы: практически нет разработанных методик и алгоритмов толкования, доктрина толкования норм гражданского права развита слабо, судьи в силу различных обстоятельств не всегда имеют представление о том, на какие аргументы и основания опираться при толковании подлежащих применению норм.

Таким образом, именно в сфере толкования и необходимо, в первую очередь, проводить реформу: создавать развитую доктрину, принимать всевозможные разъяснения, обучать судей. Мы уверены, что без реформации в данной области ни одно решение никогда не получит надлежащего применения. Основываясь на этом, далее сосредоточимся на вопросах, как

лучше использовать инструментарий толкования для определения вида норм договорного права.

### ГЛАВА III

## ВЫЯВЛЕНИЕ ИМПЕРАТИВНЫХ И ДИСПОЗИТИВНЫХ НОРМ РОССИЙСКОГО ДОГОВОРНОГО ПРАВА ПОСРЕДСТВОМ ТОЛКОВАНИЯ

### § 1. Основания выбора императивного или диспозитивного характера норм договорного права при их толковании в судебной практике.

*Методология выявления оснований выбора императивного или диспозитивного характера норм договорного права при их толковании в судебной практике*

Для того чтобы разработать алгоритм определения вида норм договорного права, в первую очередь, необходимо установить, на какой стадии находится существующая судебная практика и в какой мере, а также почему она использует инструментарий толкования для определения вида нормы договорного права (и использует ли его вообще).

Для анализа были отобраны в основном дела судов арбитражной системы и Конституционного Суда Российской Федерации (далее – КС). Это, несомненно, снижает ценность исследования и сделанных выводов. Однако провести всеобъемлющий анализ дел судов общей юрисдикции не представлялось возможным, поскольку полной базы судебных актов до сих пор нет, как нет и системы контекстного поиска (по различным критериям) судебных решений<sup>272</sup>.

---

<sup>272</sup> Подобное заставляет еще раз обратить внимание на системные проблемы судов общей юрисдикции. Особенно актуальны они в свете объединения Верховного суда Российской Федерации и Высшего арбитражного суда Российской Федерации. Вполне жизнеспособная идея находит максимально неправильное воплощение. В частности, реформа была бы оправдана и полностью поддержана, если бы объединение двух судов проходило на базе арбитражной системы – в общем, и ВАС РФ – в частности. Преимущества арбитражной системы очевидны. Это видно даже в части технического обеспечения судебной деятельности. Во-первых, в арбитражной системе есть полная база судебных актов; во-вторых, имеется картотека арбитражных дел, которая не только своевременно информирует участников процесса о ходе судебного разбирательства, но и позволяет знакомиться со всеми процессуальными актами, принятыми по делу, а не только с итоговым судебным актом; в-третьих, в рамках всех судебных дел действует система контекстного поиска необходимых актов по различным показателям, что значительно упрощает поиск

Коротко обозначим подходы и задачи, которыми мы руководствовались при проведении исследования. Основной упор делался на выявление дела, в которых суд изменил вид нормы, несмотря на явные признаки наличия нормы соответствующего вида. Следующей задачей явилась необходимость определить – в рамках указанных дел, если они имеются, – основания (аргументы), которыми руководствовался суд для применения не буквального (формального), а иного метода толкования. На основании анализа выявленных аргументов предполагалось сделать выводы о степени вовлеченности в судебную практику инструментария толкования, определить вид норм договорного права. Также мы предприняли попытку оценить, насколько убедительными и обоснованными являются основания для изменения вида нормы посредством использования небуквального толкования. В ходе работы отбирались самые очевидные случаи – для наибольшей наглядности итогов исследования.

Забегая вперед, в качестве результатов исследования необходимо отметить, что все же в большинстве случаев суды подходят к решению вопроса о виде нормы договорного права с формальных позиций: если норма дает сторонам возможность согласовать отличное от закрепленного в законе правило, то считается диспозитивной; если же такого указания нет, то норма признается императивной<sup>273</sup>. Обоснование данного подхода, повторим,

---

необходимой информации; в-четвертых, введена процедура подачи документов в электронном виде. Несомненно, попытки создать аналогичные системы существуют и в судах общей юрисдикции. Однако по различным причинам в полной мере не работает ни одна из них: информация по большинству дел публикуется с колоссальным опозданием, отсутствует единая база судебных актов в рамках системы, многие судебные акты вообще не публикуются, порядок подачи электронных документов не разработан. В подобных условиях было бы вполне логично использовать как технический, так и организационный опыт сотрудников арбитражной системы, которые добились успеха в обозначенных областях. Но, к сожалению, этого не происходит (см., например, [http://pravo.ru/court\\_report/view/99854/](http://pravo.ru/court_report/view/99854/)).

В итоге ситуация приобретает черты полного абсурда: при объединении двух судов закладывается идея совместного и гармоничного развития судебных систем, но при этом ведущая роль в определении векторов развития отдается суду (с его аппаратом), отстающему по многим параметрам. Правда, определенные эксперты пытаются оправдать подобное развитие судебной реформы, отыскивая в ней «подлинные» цели (см., например, Л. Головкин «Объективные предпосылки объединения высших судов» (<http://itar-tass.com/opinions/1924>)).

Как представляется, наличие споров о целях судебной реформы показывает всю нечеткость и неясность ее предпосылок. Уже только это ставит под сомнение ее успешную реализацию.

<sup>273</sup> Наиболее ярко это проявляется в практике судов общей юрисдикции – см., напр., п. 4.1. Обзора судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств, утвержденного Президиумом ВС РФ 22.05.2013 г.

сугубо формальное и позитивистское – ст. 421 и 422 ГК. Как мы уже не раз отмечали, подобный подход к определению вида нормы договорного права является классическим для российской судебной системы. Однако на практике встречается достаточно большое количество случаев, когда суды отходят от формального порядка определения вида норм договорного права и приводят соответствующую аргументацию своих выводов. Подобные случаи составляют предмет нашего исследования, и поэтому именно их мы рассмотрим наиболее подробно.

Но перед этим обратим внимание на дела, которые выбиваются из общего ряда. Они хоть и связаны с рассматриваемыми нами категориями, но толкование норм в них используется не в той мере, как это требуется, и/или не в тех ситуациях, когда это принято. Выделение такой группы дел необходимо как для более четкого понимания границ предмета исследования, так и для общего представления о судебной практике, в рамках которой были отобраны необходимые дела.

В частности, речь идет о тех делах, в которых суды признают формально императивные нормы диспозитивными, но не указывают каких-либо мотивов, почему они отходят от формальных критериев определения вида нормы, или способов толкования, с помощью которых они преодолели действующую систему определения вида норм<sup>274</sup>.

---

<sup>274</sup> См., например, п. 17 Постановление Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» («Суды также должны учитывать, что положение данного пункта (п. 2 ст. 367 ГК – прим. авт.) является диспозитивным, поэтому стороны в договоре поручительства могут предусмотреть иное»), Постановление ФАС Северо-Западного округа от 22.10.2009 по делу № А05-1137/2009 («Норма п.1 ст. 964 ГК является диспозитивной только в случае перечисленных в указанной статье обстоятельств (воздействие ядерного взрыва, радиации или радиоактивного заражения; военные действия, маневры или иные военные мероприятия; гражданская война, народные волнения всякого рода или забастовки). При заключении договора страхования именно в отношении указанных случаев стороны вправе установить иное условие, определяющее основания для освобождения страховщика от выплаты страхового возмещения»). Противоположный подход к указанной норме - Определение ВАС РФ от 11.12.2009 № ВАС-15779/09 по делу № А76-1694/2008-24-207, Определение ВАС РФ от 29.05.2009 № ВАС-6245/09 по делу № А56-13413/2008, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 03.03.2011 по делу № А13-3444/2010 («Норма ст. 964 ГК, непосредственно посвященной основаниям освобождения страховщика от выплаты страхового возмещения, является диспозитивной, то есть предоставляет участникам договора возможность установления оснований для освобождения страховщика от обязанности по выплате страхового возмещения»), Постановления ФАС Северо-Западного округа от 27.09.2010 по делу № А56-34357/2008, от 24.03.2010 по делу № А13-4823/2009, Постановление ФАС Поволжского округа от 15.11.2012 по делу № А65-26160/2011 («вывод судов о наличии основания для освобождения ОАО "ВСК" от страховой выплаты соответствует условиям договора страхования и требованиям гражданского законодательства»), от 07.09.2009 по делу № А65-27744/2008.

Также к рассматриваемой категории дел необходимо отнести те из них, в которых суды при вынесении судебного акта опираются на неклассическое понимание диспозитивной нормы. Так, суд указал, что «...цена сделки и сроки оказания услуг не относятся к числу существенных условий, подлежащих обязательному согласованию сторонами при заключении договора возмездного оказания услуг. В случае их отсутствия в тексте договора данные условиями определяются диспозитивными нормами права – статьями 314 и 424 ГК»<sup>275</sup>. Формально можно сделать вывод, что суд признал право сторон изменить своим соглашением формально императивные (не содержат оговорку о возможности согласовать иное) нормы. Однако в данном деле речь идет о диспозитивных нормах в ином понимании, а именно – о применении норм, которые предназначены для ликвидации пробелов в договоре, заключенном сторонами. Вопрос о возможности изменения их содержания сторонами судом не рассматривается.

В другом случае суд признал диспозитивной нормой положение, в соответствии с которым стороны могут предусмотреть в договоре определенного рода дополнительную ответственность<sup>276</sup>. В деле речь идет о норме, которая предоставляет сторонам право согласовать применение к их отношениям заранее установленного законом правила. Формально также можно предположить, что суд счел допустимым изменение императивной нормы соглашением сторон. Однако этот вопрос (изменение содержания рассматриваемой нормы соглашением сторон) судом также не рассматривался.

Таким образом, подобные дела и выявленные в них «диспозитивные нормы» находятся за границами предмета нашего исследования, поскольку суды не признают по этим делам, что формально императивные нормы

---

Другие примеры изменения вида нормы без указания мотивов – см., Постановление ФАС Уральского округа от 25.01.2012 № Ф09-8536/2011 по делу № А76-3514/2011, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.06.2010 № 09АП-10253/2010-ГК по делу № А40-175288/09-60-789.

<sup>275</sup> Постановление ФАС Московского округа от 31.12.2009 № КГ-А40/13828-09 по делу № А40-25561/09-62-228.

<sup>276</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 31.01.2013 по делу № А56-5623/2012.

подлежат изменению соглашением сторон в силу различного рода причин и обстоятельств.

*Анализ оснований выбора императивного или диспозитивного характера норм договорного права при их толковании в судебной практике*

Теперь рассмотрим основную группу дел, в которых суды с помощью различных оснований истолковывали нормы договорного права вразрез с их формальными признаками. Сначала будут приведены самые широкие основания, далее – более частные и конкретные.

1. Первым основанием небуквального толкования выступает указание на общий диспозитивный характер гражданско-правового регулирования. Данное основание в качестве аргумента для толкования нормы суды используют как определенный, но нигде не закрепленный принцип гражданского права. В частности, в одном из дел суд со ссылкой на диспозитивный характер гражданско-правового регулирования сделал вывод, в соответствии с которым правила п. 2 ст. 551 и ст. 608 ГК не препятствуют заключению соглашения между сторонами договора купли-продажи недвижимости, определяющего, кто является получателем арендных платежей по договору аренды продаваемой недвижимости<sup>277</sup>.

В некоторых случаях суды указывают на общий диспозитивный характер не гражданско-правового регулирования, а определенной нормы, регулирующей специальный блок отношений. Например, в одном из дел стороны установили: если срок договора аренды истек, но использование имущества продолжается, договор считается заключенным не на неопределенный срок, а на 1 месяц. Суд указал, что такие «условия о сроке действия договора и последствиях его истечения не противоречат

---

<sup>277</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 21.10.2008 № 800-О-О («... нормы, устанавливающие круг лиц, обладающих правом сдавать имущество в аренду (ст. 608 ГК), и особенности правового положения сторон договора купли-продажи недвижимого имущества до момента регистрации перехода права на это имущество (п. 2 ст. 551 ГК), в силу диспозитивного характера регулирования гражданско-правовых отношений не препятствуют сторонам договора купли-продажи недвижимого имущества определять своим соглашением судьбу соответствующих прав и обязанностей, в том числе относительно субъекта получения арендных платежей, а потому сами по себе не могут рассматриваться как нарушающие конституционные права и свободы заявителя, указанные в жалобе»).

императивным требованиям ГК РФ, притом, что норма ст. 621 ГК носит диспозитивный характер»<sup>278</sup>. Подобные дела следует рассматривать как частную разновидность общего подхода, в соответствии с которым суды признают основанием для толкования норм – с целью определения их вида – общий диспозитивный характер гражданско-правового регулирования.

2. Самостоятельным основанием выступает указание на принцип свободы договора. Он прямо закреплен в ГК, поэтому при толковании суды в обоснование изменения вида нормы ссылаются на ст.ст. 1 и/или 421 ГК. Так, при рассмотрении дела суд указал, что в силу принципа свободы договора, закрепленного в указанных статьях, стороны, несмотря на императивное правило п. 1 ст. 782 ГК, могут при расторжении договора по инициативе заказчика предусмотреть его обязанность выплатить исполнителю компенсацию в двойном размере от ежемесячной суммы оплаты за услуги исполнителя<sup>279</sup>.

Отметим также, что на практике встречаются дела, в которых два рассмотренных основания применяются одновременно. Например, в одном из дел суд определял границы применения п. 2 ст. 18 Федерального закона от 29.10.1998 № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)», предусматривающего право лизингодателя передавать в залог, в целях привлечения денежных средств, предмет лизинга, который будет приобретен по условиям договора лизинга. В итоге суд пришел к выводу, что правила п. 2 ст. 18 Закона не предусматривают обязанности получения согласия для передачи предмета лизинга в залог, но в силу общей диспозитивности гражданско-правового регулирования и принципа свободы договора стороны могут предусмотреть это в договоре<sup>280</sup>. Тем самым суд фактически признал императивную норму диспозитивной.

---

<sup>278</sup> Постановление ФАС Московского округа от 16.09.2010 № КГ-А40/10549-10 по делу № А40-175288/09-60-789. Аналогичная практика - Постановление ФАС Московского округа от 09.07.2010 № КГ-А40/6602-10 по делу № А40-105183/09-82-652.

<sup>279</sup> Постановление ФАС Уральского округа от 16.06.2010 № Ф09-3663/10-С3 по делу № А76-36130/2009-60-420/4.

<sup>280</sup> Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.09.2011 по делу N А56-2946/2011.

Рассматривая данное основание, необходимо отметить, что оно практически идентично общей диспозитивности гражданско-правового регулирования. Это следует из того факта, что оба основания опираются на концепцию «все, что не запрещено – разрешено». Иными словами, они отдают приоритет автономии воли перед нормами, закрепленными в правовых актах, и ограничивают ее только в специально оговоренных случаях. В таких обстоятельствах, на наш взгляд, второе основание было бы более правильно рассматривать как единое целое с первым. Самостоятельность данного основания как бы наделяет его новым содержанием, которым оно на самом деле не обладает, а это грозит необоснованными и несправедливыми последствиями при выборе вида норм договорного права в ходе их толковании.

По поводу рассмотренных оснований необходимо также заметить, что они используются исключительно для применения императивной нормы в качестве диспозитивной.

3. Еще одним основанием, которое достаточно часто встречается в судебной практике, выступает указание судов на отсутствие законодательного запрета. Как и описанные выше основания, оно используется для толкования императивных норм в качестве диспозитивных. В одном из дел суд признал диспозитивной ст. 193 ГК, в соответствии с которой, если последний день срока приходится на нерабочий день, днем окончания срока считается ближайший следующий за ним рабочий день, так как «запрет на установление сторонами договора порядка уплаты задолженности законом не установлен»<sup>281</sup>. В другом деле суд также признал императивную норму диспозитивной, «поскольку из данной правовой нормы (п. 2 ст. 811 ГК<sup>282</sup>) не следует, что законом установлен запрет

---

<sup>281</sup> Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 30.04.2013 № 09АП-10901/2013 по делу № А40-164593/12-46-572.

<sup>282</sup> Согласно пункту п. 2 ст. 811 ГК, если договором займа предусмотрено возвращение займа по частям (в рассрочку), то при нарушении заемщиком срока, установленного для возврата очередной части займа, займодавец вправе потребовать досрочного возврата всей оставшейся суммы займа вместе с причитающимися процентами.

предусматривать иные случаи досрочного возврата кредита»<sup>283</sup>. Еще в одном деле суд указал, что «из содержания п. 1 ст. 617 ГК не следует ее запретительный характер для включения в договор аренды по соглашению сторон условия о его досрочном расторжении при переходе титульного права на объект аренды. Данная норма регулирует случаи, когда между сторонами договора аренды возникает не урегулированный в договоре спор относительно правовой судьбы сделки при переходе права собственности на объект аренды другому лицу»<sup>284</sup>.

Имеются и иные дела, в которых данное основание послужило базисом при толковании нормы с целью изменения ее вида<sup>285</sup>.

4. В качестве следующего основания назовем указание на противоречие установленного сторонами правила существу нормы. Так, оно было использовано для толкования ст. 319 ГК, в соответствии с которой сумма произведенного платежа, недостаточная для исполнения денежного обязательства полностью, при отсутствии иного соглашения погашает, прежде всего, издержки кредитора по получению исполнения, затем – проценты, а в оставшейся части – основную сумму долга. В рамках данного дела стороны своим соглашением изменили указанный порядок и предусмотрели, что в первую очередь необходимо исполнить требования по погашению неустойки. Однако суд указал: «поскольку соглашением сторон может быть изменен порядок погашения только тех требований, которые названы в ст. 319 ГК, то соглашение, предусматривающее погашение неустоек, процентов, предусмотренных ст. 395 ГК, и иных связанных с нарушением обязательства требований, ранее требований, перечисленных в

---

<sup>283</sup> Постановление ФАС Московского округа от 08.11.2010 № КГ-А40/13275-10 по делу № А40-156067/09-30-1172.

<sup>284</sup> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 24.11.2009 по делу № А78-4181/2009.

<sup>285</sup> Постановление ФАС Поволжского округа от 04.06.2013 по делу № А55-22908/2012 («действующее законодательство не содержит каких-либо запретов на установление сторонами в договоре подряда срока окончания работ и срока сдачи объекта в гарантийную эксплуатацию»), Постановления ФАС Уральского округа от 01.04.2009 № Ф09-1794/09-С1 по делу № А60-16825/2008-С6, от 03.09.2008 № Ф09-6296/08-С1 по делу № А60-3412/08, от 27.03.2008 № Ф09-1930/08-С1 по делу № А60-32287/07, от 24.03.2008 № Ф09-1803/08-С1 по делу № А60-29973/07, Постановление ФАС Поволжского округа от 30.07.2009 по делу № А65-861/2009.

ст. 319 ГК, противоречит смыслу этой статьи и является ничтожным в силу ст. 168 ГК»<sup>286</sup>.

Еще один яркий пример – практика по применению п. 1 ст. 544 ГК. Согласно данной норме оплата энергии производится за фактически принятое абонентом количество энергии в соответствии с данными ее учета, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или соглашением сторон. Легко заметить, что это правило является формально диспозитивным. Однако, как установил суд, при определенных обстоятельствах оно может выступать в качестве императивного предписания. Так, по мнению суда кассационной инстанции, «суд первой инстанции правомерно указал на содержание в нормах статей 541, 544 ГК императивного правила об определении количества энергии и ее оплате только исходя из фактического потребления. Заключенным между сторонами договором в случае нарушения ответчиком условия о своевременной сдаче показаний приборов учета (до 25 числа месяца) предусмотрено два способа расчета тепловой энергии: по проектным данным и по расчетному методу. Вместе с тем при наличии в спорный период у ответчика исправных приборов учета расчет тепловой энергии по проектным данным противоречит установленному действующим законодательством правилу определения количества энергии и ее оплате исходя из фактического потребления»<sup>287</sup>. Аналогичным образом суд признал императивным правило ст. 544 ГК в случае, когда стороны в договоре энергоснабжения установили неустойку за недоиспользование энергии в объеме, предусмотренном договором<sup>288</sup>.

Также достаточно любопытна практика по применению п. 1 ст. 809 ГК. В соответствии с указанным положением, если иное не предусмотрено

---

<sup>286</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 21.06.2011 № 17859/10 по делу № А44-3139/2009.

Аналогичная практика – см., например, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 01.02.2010 по делу № А66-10857/2009, Постановление ФАС Уральского округа от 10.11.2008 № Ф09-8187/08-С5 по делу № А60-5505/2008-С2, Постановление ФАС Центрального округа от 11.03.2009 № Ф10-593/09 по делу № А09-8546/2008.

<sup>287</sup> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 02.10.2013 по делу № А58-3629/11.

<sup>288</sup> Постановление ФАС Уральского округа от 02.04.2007 № Ф09-2083/07-С5 по делу № А60-9637/2006-С3.

законом или договором займа, заимодавец имеет право получить с заемщика проценты на сумму займа в размере и в порядке, определенных договором. В свою очередь, в рамках одного из дел стороны по договору условились, что проценты начисляются на всю сумму займа до определенного времени вне зависимости от того, возвращен основной долг или нет. Суд посчитал, что это противоречит существу ст. 819 ГК, так как «проценты за пользование займом являются платой за пользование денежными средствами и начисление процентов может производиться только на сумму займа, находящуюся в пользовании заемщика»<sup>289</sup>.

Имеются и иные случаи использования данного основания<sup>290</sup>.

По результатам его рассмотрения необходимо заметить, что, как правило, это основание применяется для истолкования, при определенных

---

<sup>289</sup> Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 30 июля 2012 года по делу № А19-2015/2012.

<sup>290</sup> См., например, Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 29.09.2009 по делу № А33-2342/09. В рамках данного дела стороны заключили договор энергоснабжения, в котором предусмотрели неустойку за неисполнение абонентом своих обязательств. Суды первой и апелляционной инстанций отказали энергоснабжающей организации во взыскании неустойки в связи с тем, что императивные правила ст. 547 ГК предусматривают в качестве меры ответственности возможность потребовать возмещение только реального ущерба. В свою очередь, суд кассационной инстанции требования истца удовлетворил на том основании, что «положения указанной статьи (ст. 547 ГК – прим. авт.) не распространяются на другие гражданско-правовые меры ответственности за нарушение обязательств. Между тем, наряду со взысканием убытков в виде реального ущерба ответственность за нарушение договора энергоснабжения может выражаться и в уплате неустойки». При этом «включая в договор № 469 от 02.10.2006 пункт 7.7, стороны предусмотрели возможность применения к своим правоотношениям неустойки, носящей характер дополнительного имущественного обременения, направленного на стимулирование абонента к надлежащему исполнению обязательств по договору. В то же время взыскание по договору энергоснабжения на основании статьи 547 Гражданского кодекса Российской Федерации убытков (реального ущерба) направлено на восстановление имущественной сферы потерпевшего и носит компенсационный характер (сводится к покрытию расходов за фактическое потребление электроэнергии)». Данное дело является типичным для данного округа, в связи с чем имеется множество других аналогичных постановлений.

Другие примеры – см. п. 21 Постановления Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды» (В силу п. 3 ст. 614 ГК, если иное не предусмотрено договором, размер арендной платы может изменяться по соглашению сторон в сроки, предусмотренные договором, но не чаще одного раза в год. ... Данная норма является диспозитивной и допускает изменение по соглашению сторон условия договора аренды о размере арендной платы чаще одного раза в год, в том числе и в случае, когда указание на возможность такого изменения в самом договоре аренды отсутствует. Однако если в соответствии с законом или договором арендодатель имеет право в одностороннем порядке изменять размер арендной платы (ст. 310 ГК), то *по смыслу* (выделено мной – прим. авт.) п. 3 ст. 614 ГК такое изменение может осуществляться им не чаще одного раза в год»), Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25.11.2010 по делу № А26-2160/2010 («Вывод суда первой инстанции о том, что закрепленная в п. 78 Правил розничных рынков норма носит диспозитивный характер и может быть изменена соглашением сторон, по мнению суда кассационной инстанции, следует признать ошибочным, поскольку оговорка "если соответствующим договором не установлено иное" относится к правоотношениям, в которых покупателем является энергосбытовая организация»).

обстоятельствах, диспозитивной нормы в качестве императивной<sup>291</sup>. В свою очередь, ранее рассмотренные основания использовались, напротив, для применения формально императивной нормы в качестве диспозитивной.

5. Далее рассмотрим такое основание, как системное толкование норм законодательства, в том числе – норм о соответствующем виде договора. Так, в одном из дел суд рассматривал формально императивное предписание п. 2 ст. 10 Федерального закона от 30.06.2003 № 87-ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности», в соответствии с которым клиент несет ответственность за несвоевременную уплату вознаграждения экспедитору и возмещение понесенных им в интересах клиента расходов в виде уплаты неустойки в размере одной десятой процента вознаграждения экспедитору и понесенных им в интересах клиента расходов за каждый день просрочки, но не более чем в размере причитающегося экспедитору вознаграждения и понесенных им в интересах клиента расходов. Стороны договора изменили содержание данной нормы и указали, что неустойка составляет 0,5 % от суммы вознаграждения за каждый день просрочки. В свою очередь, суд признал подобное условие правомерным. Как указано в мотивировочной части постановления, суд, основываясь на правилах ст.ст. 329, 330, 332 ГК и ст. 6 Федерального закона «О транспортно-экспедиционной деятельности», посчитал, что *«из системного толкования положений ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности» не усматривается прямого запрета для увеличения расчетной единицы при определении размера ответственности заказчика»*<sup>292</sup>. Таким образом, в рамках данного дела формально императивное предписание Закона «О транспортно-экспедиционной деятельности» было расценено судом как диспозитивное.

В другом деле суд рассматривал применение правил уже упомянутого нами выше п. 1 ст. 544 ГК. В данном случае стороны договорились о том, что

---

<sup>291</sup> На наш взгляд, из существа нормы может следовать, что она, напротив, практически ничего не ограничивает. В этом случае на основании существа нормы императивное предписание может быть применено судом как диспозитивное. К сожалению, подобных случаев нам в судебной практике найти не удалось.

<sup>292</sup> Постановление ФАС Центрального округа от 17.02.2009 № Ф10-83/09 по делу № А09-6568/2008-18.

при недоборе водопотребления за соответствующий период абонент оплачивает водоснабжение в размере стоимости всей предусмотренной договором величины водопотребления. Несмотря на то, что п. 1 ст. 544 ГК допускает возможность изменить в соглашении сторон основания оплаты за водоснабжение, суд признал подобное условие неправомерным. Как указано в мотивировочной части постановления, суд, основываясь на правилах ст.ст. 421 и 424 ГК, а также п. 72 Правил пользования системами коммунального водоснабжения и канализации в Российской Федерации, утвержденных Постановлением Правительства РФ от 12.02.1999 № 167, посчитал, что «арбитражными судами в силу указанных выше норм материального права сделан правильный вывод о том, что расчеты за водопотребление должны осуществляться потребителями по цене, определенной в установленном порядке, а поскольку в настоящее время ни одним из действующих в рассматриваемой сфере правоотношений нормативных правовых актов не предусмотрена плата за недобор водопотребления, а равно не утверждены тарифы для оплаты водоснабжения, потребляемого абонентом менее количества, установленного договором, то установление контрагентами в соглашении платы за воду в случае ее недобора в размере стоимости всей предусмотренной договором величины водопотребления противоречит ... порядку регулирования ценообразования в отношении водоснабжения в Российской Федерации»<sup>293</sup>.

Еще в одном деле суд рассматривал формально диспозитивные правила п. 1 ст. 964 ГК, в соответствии с которыми, если законом или договором страхования не предусмотрено иное, страховщик освобождается от выплаты страхового возмещения и страховой суммы, когда страховой случай наступил вследствие воздействия ядерного взрыва, радиации или радиоактивного заражения, военных действий, а также маневров или иных военных мероприятий, гражданской войны, народных волнений всякого рода

---

<sup>293</sup> Постановление ФАС Дальневосточного округа от 15.01.2009 № Ф03-6178/2008 по делу № А73-7234/2008-94.

или забастовок. В рамках своего соглашения стороны в договоре страхования установили, что страховщик имеет право отказать страхователю в страховой выплате, если он сообщит заведомо ложные сведения об объекте страхования, степени риска или обстоятельствах наступления страхового случая. Однако суд признал такое условие несоответствующим закону, так как для случая сообщения страхователем заведомо ложных сведений об объекте страхования п. 3 ст. 944 ГК предусматривает последствия, гарантирующие защиту прав страхователя, и эти права не могут быть ущемлены договором страхования («Законодательное закрепление оспоримости сделки в силу п. 1 ст. 166 ГК, в отличие от ничтожной сделки, требует признания ее таковой судом, тем самым гарантируя страхователю право на предусмотренное п. 3 ст. 2 АПК справедливое публичное судебное разбирательство. Право страховщика подлежит защите в суде, если будет установлен умысел страхователя, а сделка будет признана недействительной с применением односторонней реституции»<sup>294</sup>). Таким образом, суд признал, что правила п. 1 ст. 964 ГК при определенных обстоятельствах являются императивными и не могут быть изменены сторонами договора.

Имеются и иные случаи использования рассматриваемого основания<sup>295</sup>.

Обратим внимание, что данное основание использовалось в практике как для применения императивной нормы в качестве диспозитивной, так и наоборот.

6. Следующим основанием, используемым в процессе толкования для определения вида норм договорного права, является наличие в договорных отношениях слабой стороны. До рассмотрения случаев его применения на

---

<sup>294</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 11.02.2010 по делу № А26-3936/2009.

<sup>295</sup> См., например, Постановление ФАС Московского округа от 02.08.2012 по делу № А40-176815/09-47-1203 («право сторон кредитного договора согласовывать условия возврата кредита, в том числе в установлении его досрочного возврата в случае нарушения заемщиком своих обязательств по договору, не противоречит ст. ст. 809 - 811, 819 ГК»), Постановление ФАС Северо-Западного округа от 26.11.2007 по делу № А26-316/2007 («Статьей 698 ГК предусмотрены случаи, при которых ссудодатель и ссудополучатель вправе потребовать досрочного расторжения договора безвозмездного пользования. Указанные случаи при заключении договора безвозмездного пользования ... стороны перечислили в п. 4.2 договора в качестве оснований для его расторжения. Однако, кроме того, в п. 4.1 указанного договора стороны прямо предусмотрели возможность для каждой из сторон во всякое время отказаться от договора, предупредив об этом другую сторону за месяц. Данное условие не противоречит принципу свободы договора и п. 3 ст. 450 ГК»).

практике стоит отметить, что наличие слабой стороны всегда говорит о неравных переговорных возможностях при согласовании условий договора. В связи с этим и наличие в отношениях слабой стороны, и неравные переговорные возможности в связи с участием в отношениях слабой стороны будут рассматриваться нами в качестве одного основания.

Как правило, подобные отношения имеют место, когда одной из сторон договора выступает гражданин-потребитель<sup>296</sup>. Необходимость учета данного фактора при применении различных норм гражданского права, в том числе договорного, была отмечена КС. Как указал Суд при рассмотрении правила п. 2 ст. 811 ГК, «в случаях, когда договором предусмотрено возвращение займа по частям (в рассрочку), нарушение заемщиком срока возврата очередной части займа дает право кредитору потребовать досрочного возврата оставшейся суммы займа и причитающихся процентов (п. 2 ст. 811 ГК) при условии, что иное не вытекает из существа кредитного договора. Это предполагает – в случаях заключения договора ипотечного кредитования между банком и гражданином – необходимость применения к спорным правоотношениям наряду с указанной нормой Гражданского кодекса Российской Федерации норм специального законодательства для установления последствий допущенного правонарушения, вытекающих из природы такого рода кредитного договора»<sup>297</sup>. В данном случае рассматриваемое положение не было признано диспозитивным, но в силу участия в договоре слабой стороны подверглось изменению в части предусмотренного в нем регулирования. При этом, как представляется, в деле, которое рассматривал КС, п. 2 ст. 811 ГК и не мог быть признан в качестве диспозитивной нормы. Дело в том, что указанное основание используется и, видимо, может быть использовано только для ограничения свободы договора в отношениях с участием слабой стороны с целью ее

---

<sup>296</sup> Подробнее о формах защиты слабой стороны – см., напр., Ширвиндт А.М. Ограничение свободы договора в целях защиты прав потребителей в российском и европейском частном праве // Вестник гражданского права. 2013. № 1. С. 5 – 51.

<sup>297</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2009 № 243-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Трофимова Алексея Александровича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 статьи 811 Гражданского кодекса Российской Федерации».

защиты и направлено на применение формально диспозитивных норм в качестве императивных. В свою очередь, КС рассматривал случай, в котором была применена формально императивная норма.

Обратимся теперь непосредственно к практике, когда данное основание использовалось при толковании с целью определения вида нормы договорного права.

В одном из дел суд рассматривал формально диспозитивное правило абз. 2 ст. 29 Федерального закона от 02.12.1990 № 395-1 «О банках и банковской деятельности». Указанным правилом на момент рассмотрения дела было установлено, что кредитная организация не имеет права в одностороннем порядке изменять процентные ставки по кредитам, вкладам (депозитам), комиссионное вознаграждение и сроки действия этих договоров с клиентами, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом или договором с клиентом<sup>298</sup>. Однако суд применил данное правило как императивное. Как следует из мотивировочной части постановления суда кассационной инстанции, «...учитывая, что в отношениях между Банком – исполнителем услуги по предоставлению заемщику денежных средств (кредита) гражданин является экономически слабой стороной и нуждается в особой защите своих прав, суд первой инстанции сделал правильный вывод, что условие договора о возможности Банка в одностороннем порядке изменять размер процентной ставки за пользование кредитом по договору, в том числе в связи с изменением размера учетной ставки Центрального банка Российской Федерации, ущемляет права потребителей»<sup>299</sup>.

В похожей ситуации суд принял аналогичное решение. В деле рассматривалось право банка на одностороннее расторжение договора в случае, предусмотренном в кредитном договоре. По существу решался вопрос об изменении формально диспозитивного правила п. 1 ст. 450 ГК, в соответствии с которым изменение и расторжение договора возможны по

---

<sup>298</sup> По существу вместе с указанным положением рассматривался вопрос и об изменении формально диспозитивного правила п. 1 ст. 450 ГК, в соответствии с которым изменение и расторжение договора возможны по соглашению сторон, если иное не предусмотрено ГК, другими законами или договором.

<sup>299</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 01.02.2010 по делу № А66-10857/2009.

соглашению сторон, если иное не предусмотрено ГК, другими законами или договором. Как указал суд, признавая в рамках обстоятельств дела указанную норму императивной, «...включение банком в кредитный договор, заключаемый с гражданином, условия о возможности расторжения договора в случаях, не предусмотренных указанными выше нормами ГК, ущемляет права потребителя, поскольку последний в данном случае не выражает свое согласие на изменение условий договора в письменном виде. Руководствуясь положениями ст. 310, п. 1 ст. 450, п. 1 ст. 452 ГК, суды пришли к обоснованному выводу о том, что в отношениях с гражданами одностороннее изменение обязательства не допускается, если иное не вытекает из закона»<sup>300</sup>.

В некоторых случаях суды находят нормативное обоснование необходимости защиты слабой стороны договора. Так, при толковании положений п. 1 ст. 809 и п. 1 ст. 819 ГК ВАС РФ указал, что «возможность сторон договором изменять положения диспозитивных норм закона в договорных отношениях с участием потребителя ограничена п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей<sup>301</sup>, запрещающим ухудшение положения потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами Российской Федерации. В качестве такого правила в рассматриваемом деле выступают положения п. 1 ст. 809 и п. 1 ст. 819 ГК, согласно которым по общему правилу в кредитных отношениях проценты по кредиту начисляются на сумму кредита, возможность начисления процентов на проценты из указанных норм не вытекает»<sup>302</sup>.

7. В рамках предыдущего основания мы отмечали, что наличие слабой стороны в договоре всегда означает неравные переговорные возможности при согласовании условий договора. Однако из этого отнюдь не следует, что равные переговорные возможности отсутствуют только в отношениях с участием слабой стороны. Подобное нередко встречается и в отношениях

---

<sup>300</sup> Постановление ФАС Уральского округа от 05.10.2010 № Ф09-7915/10-С1 по делу № А47-2300/2010.

<sup>301</sup> Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей».

<sup>302</sup> Пункт 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 146. Аналогичная практика – см., напр., Постановление ФАС Северо-Западного округа от 01.02.2010 по делу № А66-10857/2009, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.07.2013 по делу № А26-11387/2012.

между равными субъектами предпринимательской деятельности. Например, в одном из дел суд рассматривал спор о порядке оплаты тепловой энергии. Исходя из материалов дела, стороны установили в договоре безакцептный порядок списания денежных средств со счета абонента за поставленную тепловую энергию. Однако после заключения договора абонент потребовал исключить из договора пункт, закрепляющий указанный порядок оплаты тепловой энергии, со ссылкой на неравные переговорные возможности при согласовании условий договора. При таких обстоятельствах суду необходимо было решить, каким образом (как императивное или диспозитивное) применить формально диспозитивное правило п. 2 ст. 544 ГК, в соответствии с которым порядок расчетов за энергию определяется законом, иными правовыми актами или соглашением сторон. В результате суд применил указанное положение как императивное, опираясь на неравные переговорные возможности при заключении договора («...подписание им (абонентом – прим. авт.) протоколов согласования разногласий к договорам вызвано необходимостью заключить договоры до начала отопительного сезона»<sup>303</sup>).

8. В качестве еще одного основания суды используют указание на злоупотребление правом одной из сторон договора. Данное основание встречается довольно редко и, как правило, открыто для определения вида нормы договорного права судом не используется. К тому же, оно касается только применения диспозитивной нормы в качестве императивной. В частности, в одном из дел сторона договора энергоснабжения взяла на себя обязанность заключить с банком дополнительное соглашение к договору банковского счета о безакцептном списании денежных средств по документам, выставляемым другой стороной договора. За нарушение указанной обязанности стороны установили в договоре в качестве меры ответственности неустойку. Суд посчитал данное условие неправомерным, указав, что «... у ответчика нет законного права на безакцептное списание денежных средств, обеспеченного путем установления договорной

---

<sup>303</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 05.03.2011 по делу № А56-89259/2009.

неустойки. Такой вывод судебных инстанций соответствует положениям ст. 10 ГК ...»<sup>304</sup>. Таким образом, суд признал императивным формально диспозитивное правило п. 2 ст. 544 ГК, в соответствии с которым порядок расчетов за энергию может быть определен соглашением сторон.

Более применимыми на практике могли бы стать такие случаи злоупотребления правом, как злоупотребление доминирующим положением. Однако данное основание, хотя и очень редко, используется для корректировки вида нормы в рамках гражданских правоотношений. Например, в одном из них суд признал недопустимым соглашение сторон об установлении предварительной оплаты за питьевую воду. В данном случае суд применил формально диспозитивное правило п. 2 ст. 544 ГК, в соответствии с которым порядок расчетов за энергию может быть определен соглашением сторон как императивное предписание<sup>305</sup>.

При этом стоит отметить, что нормативная база для применения такого основания, как злоупотребление доминирующим положением, более широкая, чем у «обычного» злоупотребления. Это основание регулируется не только нормами ГК (ст. 10), но и положениями Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (далее – ФЗ «О защите конкуренции»). Например, в соответствии с указанной статьей запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (например, создание дискриминационных условий, навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора). Однако данная норма ФЗ «О защите конкуренции» применяется – в подавляющем большинстве случаев – не для изменения вида нормы в конкретных гражданских отношениях, а для

---

<sup>304</sup> Там же.

<sup>305</sup> Постановление ФАС Центрального округа от 10.03.2005 № А68-АП-323/Я-04.

привлечения антимонопольным органом лиц, занимающих доминирующее положение, к административной ответственности<sup>306</sup>.

*Выводы по результатам анализа оснований выбора императивного или диспозитивного характера норм договорного права при их толковании в судебной практике*

По результатам исследования можно сформулировать следующие выводы:

1. В первую очередь отметим, что имеется достаточно большое количество случаев, когда норма истолковывается в противоречии с ее формальными признаками. Это, на наш взгляд, служит дополнительным доказательством того, что вид нормы договорного права не зависит от ее внешних атрибутов и на самом деле определяется именно с помощью толкования. Данный вывод подтверждается при любом рассмотрении полученных результатов. В частности, если суды для определения вида нормы прибегают к толкованию неосознанно, интуитивно, то из этого следует, что подобный подход является наиболее очевидным и простым решением. Если же суды используют толкование намеренно, то это означает, что оно имеет преимущества перед другими способами определения вида норм договорного права.

2. Второй вывод неизбежно пересекается с первым. Так, если мы обратим внимание на то, как давно суды с помощью небуквального толкования определяют вид нормы договорного права, то заметим, что этот срок составляет, как минимум, семь (!) лет. Иными словами, пока в доктрине придумывали различные способы определения вида нормы договорного права, судебная практика уже нашла такой способ. Причем его можно считать вполне успешным, поскольку за указанный период времени он не привел к каким-либо критическим последствиям. Подобное также следует

---

<sup>306</sup> См., например, Постановление ФАС Уральского округа от 05.04.2012 № Ф09-2354/12 по делу № А50П-610/2011, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 06.06.2011 по делу № А79-7240/2010, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 29.03.2011 по делу № А63-4421/2010, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 30.06.2009 № Ф03-2760/2009 по делу № А04-7996/2008.

признать доказательством, что вид нормы договорного права не зависит от ее внешних атрибутов.

3. При определении вида нормы договорного права с помощью толкования для судов не является критичным тот факт, что вид нормы зависит от обстоятельств, которые сопровождают конкретные правоотношения. Это наиболее очевидно в делах, где одним из контрагентов выступает слабая сторона. Более того, в некоторых случаях суды видят в этом не только собственную позицию, но и подход законодателя (п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей).

Отметим также, что определение вида нормы договорного права с учетом того, участвует ли в правоотношениях слабая сторона, приводит к наиболее справедливому разрешению споров. Подобное лишней раз свидетельствует, что неблагоприятные последствия определения вида нормы в зависимости от конкретных обстоятельств отсутствуют.

4. Перечень оснований для изменения вида нормы с помощью толкования, который нам удалось определить, достаточно обширен – он охватывает множество различных обстоятельств. Отсюда следует, что судебная практика за годы толкования не стояла на месте, используя узкий круг формальных оснований, а постоянно развивалась, отыскивая различные аргументы для применения небуквального толкования с целью принятия более обоснованных и справедливых решений.

5. Анализ судебной практики показал, что не всегда убедительность и обоснованность оснований, используемых для изменения вида нормы посредством небуквального толкования, находятся на должном уровне. В частности, не обладают достаточной степенью убедительности такие основания, как общее диспозитивное регулирование гражданского права и принцип свободы договора. Данные основания настолько неконкретны, что далеко не во всех случаях создают у сторон ощущение справедливости вынесенного судебного акта. Напротив, нередко возникает впечатление, что, применив такие основания, суд просто не захотел погружаться в

обстоятельства дела. В результате толкование в подобных случаях выглядит таким образом, как будто основания для его применения (и для изменения вида нормы) отсутствуют в принципе.

Однако это, на наш взгляд, говорит о другом: при рассмотрении определенных дел суды хотя и понимают необходимость признавать обоснованным отступление сторон договора от императивных норм, но не знают, с помощью какого инструментария создать правомерность этого отступления. Отсюда и подобная аргументация.

Частично сказанное можно отнести и к такому основанию изменения императивных норм, как отсутствие законодательного запрета.

Учитывая вышеизложенное, трудно представить, насколько неубедительным и необоснованным выглядит для сторон решение суда, в котором вид нормы изменяется вообще без указания, на основе чего было применено небуквальное толкование. А такие дела, как нам удалось установить, в судебной практике встречаются.

Убедительность и обоснованность судебных актов страдает также в ситуациях, когда суд, применяя толкование, использует для изменения императивной нормы трудно совместимые основания. Их, очевидно, приводят по принципу «чем больше, тем лучше». Иными словами, у суда складывается мнение: чем больше оснований привести в процессе толкования, тем более правомерным будет признание возможности отступить от правила, закрепленного формально императивной нормой. К сожалению, подобной практикой обычно достигается обратный результат.

В некоторых случаях суды для большей обоснованности ссылаются на практически идентичные основания (в частности, на общую диспозитивность гражданского законодательства и принцип свободы договора).

Все указанное выше говорит, в первую очередь, о неполном понимании того, как нужно применять инструментарий толкования.

6. Суды, применяя толкование норм в рамках конкретных дел, не устанавливают нового жестко регулируемого вида норм. То есть никакому из

оснований, используемых для определения вида нормы договорного права, не придается универсального характера. Поэтому, определяя вид нормы, суды не устанавливают новое правило (например, диспозитивности) на будущее, а применяют норму в обновленном виде исключительно в рамках имеющихся обстоятельств дела.

## **§ 2. Алгоритм определения императивного или диспозитивного характера норм договорного права с помощью толкования.**

В предыдущем параграфе мы рассмотрели основания выбора вида норм договорного права при их толковании. На наш взгляд, анализ и обобщение рассмотренных оснований позволит разработать алгоритм толкования нормы с целью определить ее вид в конкретном деле<sup>307</sup>.

---

<sup>307</sup> Российская доктрина делает лишь робкие и разрозненные попытки установить какой-либо алгоритм определения вида нормы российского договорного права. Во-первых, по существу можно назвать только две работы, которые в той или иной степени затрагивают вопросы алгоритма определения вида нормы. Это уже упоминавшийся в настоящем исследовании труд Карапетова А.Г., Савельева А.И. «Свобода договора и ее пределы» Т. 1 и 2, а также работа Степанова Д.И. «Диспозитивность норм договорного права. К концепции реформы общих положений Гражданского кодекса РФ о договорах» (Вестник ВАС РФ. 2013. № 5. С. 6 – 59). Для такой серьезной темы это – очевидный показатель неразработанности. Во-вторых, и они, на наш взгляд, не уделили необходимого внимания вопросу алгоритма определения вида нормы. В частности, первая из указанных работ, хотя и представляет собой достаточно объемное исследование, не содержит полноценного анализа механизма определения вида нормы. На наш взгляд, основное внимание авторов было сконцентрировано на доказывании тезиса, в соответствии с которым большинство норм по существу носит диспозитивный характер, что должно быть отражено в опровержимой презумпции диспозитивности норм договорного права (тому, что этот путь, в общем, нерационален, мы отвели достаточно много места в главе 2). В свою очередь, детального описания, каким образом должна применяться указанная презумпция, исследование авторов не содержит. Они ограничились кратким изложением обстоятельств, которые могут опровергать предлагаемую ими презумпцию.

Однако самое главное кроется даже не в этом. Оно состоит в том, что авторы не ставили цели разработать и детально описать пошаговую инструкцию определения вида нормы с расстановкой акцентов, в какой последовательности и на какие факторы надо обращать внимание. Об отсутствии такой цели наглядно свидетельствует, что каждое из оснований ограничения свободы договора авторы рассматривают автономно, без связи с иными основаниями. Между тем, алгоритм определения вида нормы можно выработать, только при оценке их в совокупности и во взаимосвязи, так как алгоритм этот должен быть универсальным и всеобъемлющим. К тому же, основания ограничения свободы договора рассматриваются авторами без дополнительной привязки к вопросу определения вида нормы.

Вторая работа позволяет что-либо понять об алгоритме определения вида нормы еще меньше. Основной акцент этой работы, также как и предыдущей, смещен (со всеми вытекающими из этого последствиями) на доказывание необходимости установить презумпцию диспозитивности норм договорного права. Более того, практически все свои наработки автор предлагает использовать на стадии формирования соответствующего правила поведения. Однако, как нам удалось установить, основная проблема сосредоточена в области правоприменения, то есть трудности в определении нормы возникают уже после того, когда законодатель установил ее формальный вид. Уже только это практически обесценивает исследование в части выработки алгоритма определения вида нормы договорного права. Более того, автор в своих подходах предлагает руководствоваться исключительно формальным критерием, а именно – статусом субъектов отношений.

О том, что вид нормы договорного права в процессе толкования должен определяться только в рамках конкретного дела, стоит сказать особо. Несмотря на сделанный в настоящей работе вывод о независимости вида нормы договорного права от ее формальных признаков, необходимо констатировать, что определенная связь между законодательно закрепленным текстом и его судебной интерпретацией существует. Она проявляется в том, что суд не изменяет закрепленную в законе норму на будущее. Это прерогатива исключительно законодателя, в задачи которого входит создание определенных правил для регулирования однородных еще не начавшихся отношений<sup>308</sup>. Суд, напомним, может применить норму в другом качестве лишь в рамках конкретных обстоятельств, которые сложились в рассматриваемом им деле. В противном случае, суд возьмет на себя несвойственную функцию и создаст неоправданную конкуренцию правил, регулирующих одни и те же отношения. Как мы видели при анализе судебной практики, суды в большинстве случаев стараются это правило соблюдать.

На наш взгляд, для судов из это вытекают важнейшие последствия. В частности, не устанавливая вид нормы договорного права для будущего применения, суд в иных делах, то есть при иных обстоятельствах, может применить ту же норму в том виде, как она закреплена в законе, указав на отсутствие оснований для изменения ее вида. И подобное решение не будет выглядеть противоречивым и необоснованным. К тому же учет конкретных обстоятельств каждого дела позволяет суду быть более гибким, что дает ему возможность принимать наиболее справедливые решения.

Таким образом, тот факт, что суд не может установить вид нормы договорного права на будущее, во-первых, сохраняет необходимую и

---

Подобный подход представляется как минимум спорным, поскольку форма может значительно искажать истинное содержание отношений.

<sup>308</sup> В данном случае не важно, имели ли место отношения до того, как было создано конкретное законодательное правило. Ведь оно рассчитано на регулирование этих же отношений, если они возникнут.

взаимовыгодную границу между функциями законодателя и судами<sup>309</sup>; во-вторых, свидетельствует о необходимости применять алгоритм толкования нормы, чтобы установить ее вид независимо от того, определились ли ранее суды с видом нормы, рассматривая другие дела.

*Методология построения алгоритма определения вида норм  
договорного права с помощью толкования*

Теперь перейдем непосредственно к принципам построения алгоритма и анализу оснований выбора вида норм договорного права при их толковании.

На наш взгляд, алгоритм толкования нормы для того, чтобы определить ее вид в конкретном деле, должен опираться на ряд оснований, которые могут изменить вид нормы. В идеальном случае суд должен был бы проверить в процессе толкования нормы все основания для изменения ее вида. Если бы оснований установить не удалось, то норму следовало бы оставить в том статусе, который для нее определил законодатель. Однако подобный механизм громоздок и требует большого количества времени. К тому же, суду могут быть известны не все основания, влияющие на выбор вида нормы договорного права. В этом случае появляется риск принятия как необоснованного (например, если суд станет использовать известные, но неуместные основания), так и несправедливого (например, если суд не применит основание, которое следовало применить) решения.

Учитывая подобные обстоятельства, необходимо выработать универсальный и несложный механизм, который, во-первых, давал бы суду возможность практически всегда принимать справедливое решение в части определения вида нормы, во-вторых, позволял бы выбирать или

---

<sup>309</sup> К сожалению, в некоторых случаях суды игнорируют имеющиеся границы. Примером этого может служить п. 17 Постановление Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством». Применительно к формально императивному правилу п. 2 ст. 367 ГК дается разъяснение, что «суды также должны учитывать, что положение данного пункта является диспозитивным, поэтому стороны в договоре поручительства могут предусмотреть иное». В данном случае подобное разъяснение не привязано к каким-либо обстоятельствам конкретного дела. И, что еще хуже, оно не отвечает на вопрос, почему изменился вид нормы.

формулировать достаточно обоснованные и убедительные основания выбора вида нормы договорного права при их толковании. На наш взгляд, подобный механизм можно выработать, опираясь на общие черты, свойственные всем основаниям выбора вида норм.

Однако прежде чем выявлять их общие черты, требуется определить, какие из них не подлежат анализу в связи с тем, что по существу не являются полноценными основаниями.

*Анализ оснований, не подлежащих включению в алгоритм определения вида норм договорного права с помощью толкования*

Необходимость такого анализа обусловлена следующим: если в перечень оснований выбора вида норм будет включено основание, которое таковым не является и используется судами ошибочно (например, в случае, когда суд не знает, как обоснованно и убедительно аргументировать свое решение по выбору того или иного вида нормы), то мы не сможем выявить действительно общие черты или получим их в искаженном виде. Это, в свою очередь, может привести к разработке неверного алгоритма толкования или к выводу о невозможности такой алгоритм разработать.

К подобным основаниям необходимо отнести: диспозитивный характер гражданско-правового регулирования и наличие принципа свободы договора. Как мы указывали ранее, данные основания не обладают должной убедительностью и не создают у сторон ощущения справедливости принятого решения, поскольку остается непонятным, почему они должны быть применены именно в этой ситуации, а в других – не учитываются.

Одновременно, когда мы рассматриваем подобные основания, неизбежно возникает вопрос: почему их не учел законодатель, формулируя соответствующую норму? Ведь они существуют изначально, как постоянные категории.

Но, самое главное, они по существу не содержат реальных мотивов (аргументов), по которым суд принял решение в пользу того или иного вида

нормы в процессе ее толкования. Это главный критерий, который не позволяет причислить их к основаниям выбора вида нормы. Прибегая к аналогиям, можно сказать: использование рассматриваемых оснований – это примерно то же самое, что и отказ стороне в защите ее права на основании злоупотребления правом, но при этом без указания, каким именно правом оно злоупотребило<sup>310</sup>.

В результате рассматриваемые основания выступают как определенная универсальная формулировка, за которой может действительно скрываться и, несомненно, скрывается другое полноценное основание.

Как было указано выше, рассмотренные основания используются исключительно для применения императивной нормы в качестве диспозитивной. В связи с этим, по нашему мнению, с большой долей вероятности можно допустить, что в тех случаях, когда суды при определении вида нормы используют такие основания, как диспозитивный характер гражданско-правового регулирования и наличие принципа свободы договора, они опираются на отсутствие запрета в законе для согласования сторонами спорного условия. А это, в свою очередь, уже отдельное и самостоятельное основание. Как самостоятельное основание его воспринимает и судебная практика<sup>311</sup>. В такой ситуации «прикрытие» одного полноценного, понятного и во многих случаях убедительного основания другим – неубедительным и малопонятным – может объясняться только наличием веских причин или специальных, заслуживающих особого внимания целей. На наш взгляд, такие причины и цели в данном случае отсутствуют в принципе.

#### *Анализ оснований, отличающихся от основной группы*

Наряду с основаниями, которые по существу не являются таковыми, обратимся к еще одной группе. Они хотя и признаются основаниями,

---

<sup>310</sup> Еще подобное положение можно охарактеризовать как подмену понятий.

<sup>311</sup> Подробнее об этом смотри параграф 1 главы 3 «Основания выбора вида норм договорного права при их толковании в судебной практике».

изменяющими вид нормы договорного права, но настолько специфичны, что это не позволяет учитывать их при выявлении общих черт с другими основаниями.

### *Системное толкование норм законодательства*

В частности, подобным основанием является систематическое толкование законодательных норм о соответствующем виде договора. Рассмотрим более подробно, что представляет собой данное основание.

Оно подразумевает, что наравне с исследуемой имеются и иные нормы, которые регулируют схожие отношения. И эти иные нормы в силу различных причин (наличие интереса, заслуживающего большей защиты, большая юридическая сила и т.д.) получают приоритет в применении. Одновременно, как писал Е. В. Васьковский, «не только логическая связь с другими нормами, но и место, занимаемое нормой среди них и вообще в системе законодательства, отражается на ее значении. Смотря по тому, в каком отделе, в какой главе, под какой рубрикой, между какими нормами помещено данное правило, оно получает разный смысл, расширяясь или отменяясь в круге своего действия, приобретая те или иные оттенки»<sup>312</sup>.

Иными словами, от правоприменителя требуется понимание, что необходимое правило поведения определяется не только тем положением, которое он непосредственно наблюдает в том или ином пункте (статье, части, разделе, в том числе иного правового акта, и т.д.), а исходя из оценки множества элементов правовой системы, где бы они ни находились. При применении систематического толкования именно этот аспект играет ключевую роль.

Однако, применяя систематическое толкование, правоприменитель все еще действует в соответствии с замыслом законодателя и установленными им правилами. Ведь, несмотря на кажущееся (в некоторых случаях) прямое

---

<sup>312</sup> Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов. – М., 1913. С. 58.

изменение текста закона, выявление необходимого правила на основании различных элементов правовой системы, оно остается всего лишь способом, хотя и весьма сложным, определения законодательно установленного порядка регулирования тех или иных отношений. Как справедливо отмечалось еще в российской дореволюционной литературе, «задача толкования норм может быть определена наиболее точным образом так: толкование должно воспроизвести те представления и понятия, которые связывал с данной нормой ее создатель. Эти представления и понятия составляют смысл или содержание нормы и в то же время выражают мысль и волю автора»<sup>313</sup>. Дополнительным аргументом в пользу этой позиции выступает то, что при системном толковании исходят не из абстрактной воли законодателя, а из четких ориентиров, закрепленных в законе.

Таким образом, системное толкование позволяет прийти к редакции правового положения и к ее виду, который был предусмотрен законодателем изначально. На наш взгляд, установление точного правила поведения и его вида – несомненно, важная функция системного толкования, но именно она и не позволяет сравнивать его с иными основаниями определения вида норм договорного права. Дело в том, что основания (в массе своей) рассчитаны на применение в ситуации, когда модельная позиция законодателя относительно содержания правила и его вида уже выявлена и ясна. Изменения диктуются исключительно конкретными обстоятельствами и/или спецификой отношений сторон. В свою очередь, системное толкование исполняет свое предназначение и утрачивает свой смысл именно в тот момент, когда установлено истинное правовое предписание, предусмотренное законодателем. В данном случае, немного упрощая и утрируя вышесказанное, можно сказать, что системное толкование направлено на выявление формальных атрибутов нормы, а иные основания – на их преодоление.

---

<sup>313</sup> Там же. С. 29.

В то же время, это несколько не умаляет того факта, что с помощью системного толкования норма, формально сформулированная как императивная, может быть применена в качестве диспозитивной, и наоборот. Это качество системного толкования позволяет причислять его к основаниям выбора вида норм договорного права. Ведь, напомним, в первую очередь, рассматриваемые основания предназначены для преодоления очевидных формальных атрибутов норм договорного права (в частности, наличие или отсутствие фразы «если иное не предусмотрено соглашением сторон»).

Подобный подход можно назвать основанном на понимании правового предписания как правила, выраженного в рамках определенного структурного элемента закона (статьи, пункта, части) или иного правового акта. Иными словами, зависимость между двумя категориями такая, что чем уже понимание правовой нормы, тем шире область применения и перечень оснований, с помощью которых мы можем изменить ее вид. Если же рассматривать правовое предписание не как текстуально выраженное в одном определенном месте (структурной части) положение, а как правило, которое складывается из разрозненных и располагающихся в различных местах элементов неоднородного законодательного массива, то системное толкование будет уже не основанием выбора вида нормы, а способом определения правила поведения, предусмотренного законодателем. В основу настоящего исследования положен именно последний подход.

*Противоречие установленного сторонами правила существу нормы*

К той же группе оснований, в которую входит системное толкование, необходимо отнести и противоречие установленного сторонами правила существу нормы. Дело в том, что определение существа нормы в подавляющем большинстве случаев построено на системном толковании норм права и его принципах. Это, в частности, подтверждают примеры из судебной практики, которые были рассмотрены выше. Кратко напомним некоторые из них. Так, в одном из дел суд не допустил начисление процентов

по займу на сумму, которая уже была возвращена займодавцу, что формально соответствовало бы п. 1 ст. 809 ГК, со ссылкой на ст. 819 ГК, предоставляющую, по мнению суда, возможность начисления процентов только на невозвращенную сумму. В другом деле суд признал неправомерным начисление платы за тепловую энергию расчетным путем при наличии приборов учета, что формально соответствовало бы п. 1 ст. 544 ГК, со ссылкой на предписания ст.ст. 541 и 544 ГК, из которых, как решил суд, вытекает возможность оплаты только фактически потребленной энергии<sup>314</sup>.

Исходя из приведенных примеров суды, определяя границы и/или содержание той нормы, которая является предметом их непосредственного исследования, опираются на другие нормы (или на их взаимосвязь с исследуемой нормой). Тем самым суды выявляют то правило, которое по существу было предусмотрено законодателем. В итоге данное основание утрачивает свой смысл в тот момент, когда установлено истинное правовое предписание, предусмотренное законодателем.

Иными словами, перед нами та же методология определения вида нормы и, самое главное, – тот же результат, что и при использовании основания «системное толкование». Таким образом, если опираться на то понимание слов «в соответствии с существом нормы», которое придается ему судебной практикой, легко убедиться, что основание «противоречие установленного сторонами правила существом нормы» полностью идентично основанию «системное толкование».

Однако рассмотрим данное основание более широко, не ограничивая себя рамками тех выводов, которые сделала судебная практика. Для начала обратим внимание, что оно используется исключительно для применения диспозитивных норм в качестве императивных. В свою очередь, достаточно очевидно, что из существа нормы может следовать не только необходимость

---

<sup>314</sup> Подробнее об этих и иных делах, в которых суды применяют указанное основание, смотри параграф «Основания выбора вида норм договорного права при их толковании в судебной практике».

ограничения автономии воли сторон, неправильно понявших эту норму. Из ее существа также может следовать, что она, несмотря на формально императивное регулирование подавляющего числа ситуаций, применима только к очень узкому кругу случаев, которые позволяют говорить о ней как о фактически диспозитивной.

Изменяет ли наличие такой особенности основания «противоречие установленного сторонами правила существу нормы» вывод о том, что оно идентично основанию «системное толкование»? Представляется, что нет, если оно по-прежнему толкует норму в смысле ее соотношения с другими элементами правовой системы, отраженными в законодательстве.

Ситуация с рассматриваемым основанием может развиваться и дальше. В частности, если при определении существа нормы суд опирается не только на предписания законов или иных нормативно-правовых актов, но и на позиции, выработанные за их пределами, то есть в доктрине.

В качестве примера проведем анализ положения п. 2 ст. 975 ГК, в соответствии с которым доверитель обязан, если иное не предусмотрено договором, возмещать поверенному понесенные издержки, обеспечивать его средствами, необходимыми для исполнения поручения. Как видно из приведенного правила, стороны могут в своем соглашении исключить обязанность доверителя возмещать поверенному понесенные им издержки в связи с выполнением поручения. Однако, опираясь на позиции, выработанные в доктрине, мы с необходимостью приходим к выводу, что такое толкование неприемлемо, поскольку противоречит правовой природе поручения как разновидности посреднических сделок. Подобная позиция основана на том, что определяющим признаком данных сделок является действие посредника в чужом интересе и за чужой счет<sup>315</sup>. То есть посредник

---

<sup>315</sup> «Следствием ведения дела в чужом интересе является выступление посредника за счет заказчика его услуг. Поэтому более корректно определить признак посредничества как выступление посредника в интересе и за счет другого лица (заказчика услуги). Выступление за чужой счет означает наличие непосредственно юридической, а не экономической возможности отнести результат своих действий к имущественной сфере другого лица. ... Юридическая возможность отнесения на чужой счет как положительных, так и отрицательных результатов собственной деятельности, устанавливается правом специально для случаев деятельности за чужой счет, наиболее распространенными основаниями которой в

– *ни при каких обстоятельствах* – не может осуществлять чужое поручение за свой счет. Если же это происходит, то соглашение сторон можно квалифицировать как угодно, но только не как посредническую сделку, которой является договор поручения. Учитывая это, п. 2 ст. 975 ГК необходимо толковать таким образом, что фраза «если иное не предусмотрено договором» может распространяться только на обязанность доверителя обеспечивать поверенного средствами, необходимыми для исполнения поручения. В свою очередь, обязанность доверителя возмещать поверенному понесенные им издержки считается закрепленной императивной нормой.

Приведенный пример демонстрирует: изменение вида нормы происходит в связи с тем, что нарушается состав квалифицирующих элементов (признаков), выработанных в доктрине и необходимых для появления соответствующего договора. И поскольку только определенный набор квалифицирующих признаков задает вид договора и, соответственно, его место в системе договорного права и правовую природу, то в этом случае говорить о противоречии установленного соглашением правила поведения существу нормы не совсем корректно. При таких обстоятельствах данное основание следовало бы именовать и рассматривать уже по-новому, с учетом появившейся специфики, а именно – «изменение вида нормы в связи с ее противоречием правовой природе института (категории и т.д.), к которому она относится». Таким образом, доктрина может влиять на изменение вида нормы договорного права, но исключительно в аналогичных обстоятельствах.

При вовлечении в толкование доктринальных позиций происходят и другие изменения, которые следует отметить. В частности, ранее мы говорили о том, что при различных подходах к пониманию правовой нормы системное толкование, а также изменение вида нормы в силу ее существа в

том смысле, который придает ему судебная практика, могут рассматриваться либо как основание для выбора вида нормы договорного права, либо как способ определения правила поведения, предусмотренного законодателем. Так, если существо нормы определяется в соответствии с подходами, выработанными за пределами усмотрения законодателя (иными словами, в соответствии с подходами доктрины), и связано с корректировкой его воли, подобный подход следует рассматривать исключительно как основание для выбора вида нормы договорного права.

Специфика указанного основания отражается и на последствиях для сделки, которую заключают стороны в противоречии с правовой природой того или иного института. В большинстве случаев, когда положение, установленное соглашением сторон, противоречит императивной норме, оно является недействительным и вследствие этого подлежит применению то правило, которое изначально предусмотрено императивной нормой. Естественно, с оценкой того фактора, не влияет ли недействительность части соглашения на действительность всей сделки<sup>316</sup>. В том же случае, если применяется основание «в соответствии с правовой природой», то, по нашему мнению, последствия будут принципиально иными. А именно – либо другая предусмотренная законом или иными нормативно-правовыми актами договорная конструкция, либо непоименованный договор. Подобный вывод основан на том, что в отсутствие какого-либо квалифицирующего признака или при включении дополнительного признака их набор может совпасть с квалифицирующими признаками иного поименованного договора. В отсутствие же совпадения, очевидно, будет иметь место новая, непоименованная договорная конструкция, что прямо допускается законом – ст. 421 ГК. Если проецировать данный вывод на пример, приведенный выше, то конструкцию, в которой представитель действует от имени доверителя, но

---

<sup>316</sup> Более подробно о последствиях нарушения соглашением сторон императивных норм в российском праве см., например, Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т.2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. – М.: Статут, 2012. С. 89-94. О последствиях в зарубежном праве: см. напр., Ulrici, B. Verbotsgesetz und zwingendes Gesetz. JuS 2005, S. 1073-1076, Larenz, K. Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts: 7, neubearb. Aufl. – München. 1989, S. 31.

расходы по выполнению поручения несет за свой счет, необходимо рассматривать или как договор возмездного оказания услуг, или, если удастся установить общую цель, как простое товарищество.

Главное при таком подходе, что все условия, предусмотренные сторонами в их соглашении, сохраняют силу. Подобное очень важно с точки зрения недопустимости необоснованного ограничения автономии воли сторон договора. К сожалению, история знает примеры, когда отсутствие указанного понимания последствий несоответствия условий соглашения правовой природе предписания порождало чрезмерное ограничение автономии воли. В частности, как уже отмечалось, при реформировании чешского гражданского законодательства рабочая группа анализировала опыт применения п. 3 § 2 ГК 1964 года, в соответствии с которым стороны могут изменить свои права и обязанности по сравнению с тем, как это закреплено в законе, если закон это прямо не запрещает либо если невозможность изменения не вытекает из природы правового предписания. По результатам исследования рабочая группа пришла к выводу, что ограничения диктовались лишь требованиями правовой конструкции и не имели «рационального смысла»<sup>317</sup>. В итоге чешский законодатель в новой редакции ГК полностью исключил какое-либо упоминание о соотношении правовой природы положения с решением вопроса о виде нормы договорного права<sup>318</sup>.

*Выводы по результатам анализа оснований, отличающихся от  
основной группы оснований*

---

<sup>317</sup> Пояснительная записка к новому Гражданскому кодексу Чешской Республики (С. 32). Текст пояснительной записки в электронном виде доступен по адресу: <http://obcanskyzakonik.justice.cz>.

<sup>318</sup> Как следует из пояснительной записки к новому ГК, негативная практика, связанная с определением вида нормы с опорой на правовую природу положения, исключила использование указанного фактора в чешской цивилистической доктрине. На наш взгляд, подобное будет значительной ошибкой, так как правовая природа играет существенную роль в широком сохранении тех правил, которые стороны устанавливают в соглашении между собой. Однако в настоящий момент не представляется возможным понять, каким образом практика будет использовать наработки доктрины в части, касающейся определения квалифицирующих признаков тех или иных институтов гражданского права. Остается надеяться, что настроения, отраженные в пояснительной записке, окажутся не более чем временными.

Подобная специфика двух рассмотренных оснований – определение вида нормы при помощи системного толкования и в соответствии с существом нормы – говорит о том, что им в алгоритме определения вида норм договорного права должно быть отведено особое место. К ним следует обращаться до того, как будут применены иные основания определения вида нормы. Данный вывод базируется на уже отмеченной специфике указанных оснований, в соответствии с которой они по существу представляют собой не основания выбора вида нормы, а способ определения правила поведения, предусмотренного законодателем. Ведь невозможно изменять вид нормы до того момента, пока точно не известна позиция законодателя. Следовательно, в первую очередь необходимо применить основания, которые помогают установить истинное позитивное регулирование отношений, и только после этого – основания, рассчитанные на изменение выявленной законодательной нормы.

Важно отметить, что сделанный вывод не ограничивается только рассмотренными основаниями. Он носит универсальный характер и охватывает все иные основания, которые есть или могут появиться, и которые связаны с анализом законодательного массива и направлены на выявление регулирования, заложенного законодателем в правовые акты.

Подобное разделение оснований влечет за собой и еще одно важное последствие: применение одного из оснований на этапе, когда определяется позиция законодателя (например, системного толкования законодательства), ни в коем случае не блокирует применения других оснований, связанных с корректировкой законодательной позиции в силу особого характера отношений (например, при явном нарушении интересов слабой стороны). Иными словами, они могут и должны применяться при выборе вида нормы одновременно.

Такое основание, как правовая природа предписания, занимает другое, но тоже особое место. На него влияет то, что правовая природа связана с нормами, устанавливающими критерии по вступлению субъектов в

обязательственное правоотношение. Поэтому такие нормы применяются в первую очередь. Ведь прежде чем использовать нормы какой-либо области права, необходимо понять, какой вид отношений сложился между сторонами, и только после этого определять, каким блоком императивных и диспозитивных норм будут регулироваться отношения сторон. Определение критериев по вступлению субъектов в обязательственное правоотношение происходит как на основании норм закона, то есть в соответствии с выраженной позицией законодателя, так и на основании положений доктрины.

В идеале нормы, устанавливающие критерии по вступлению субъектов в обязательственное правоотношение, должны быть четко, ясно и, самое главное, исчерпывающе выражены в законе, и при этом не разделяться на императивные и диспозитивные<sup>319</sup>. То есть они всегда должны быть сформулированы императивно, но чтобы стороны могли договориться об ином, и чтобы это не влекло за собой недействительность соглашения, а служило причиной для появления иной договорной конструкции. Однако не все подобные нормы закреплены в законе. Многие из них выработаны в доктрине. Более того, действующее законодательство сложилось так, что ряд подобных норм очевидно выражен в диспозитивном стиле и прямо направлен на изменение квалифицирующих признаков того или иного института (как, например, уже рассмотренный п. 2 ст. 975 ГК). Только в таких случаях и возможно допустить изменения вида нормы договорного права, опираясь на квалифицирующие признаки, выработанные в доктрине. Исходя из этого область применения основания «в соответствии с правовой природой» – для изменения вида нормы крайне ограничена. К тому же, количество таких случаев потенциально очень мало.

На этом заканчиваются особые основания, которые не следует учитывать при выделении общих характеристик с иными основаниями.

---

<sup>319</sup> Подобная позиция в российском праве поддерживается А.Г. Карапетовым и А.И. Савельевым (Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т.2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. – М.: Статут, 2012. С. 120, 121).

Теперь, как представляется, нет ограничений для перехода к анализу оставшихся оснований с целью установления их общих признаков и черт.

Напомним, какие основания, вытекающие из судебной практики, с учетом всего вышеизложенного являются предметом дальнейшего анализа: злоупотребление правом одной из сторон соглашения; ущемление прав слабой стороны; ущемлением прав одной из сторон в силу неравных переговорных возможностей; отсутствие публичного запрета на согласование спорного условия.

### *Анализ основной группы оснований*

Все эти основания объединяет то, что они предназначены для защиты различных прав и интересов<sup>320</sup>, которые необоснованно и неоправданно нарушаются в рамках сложившихся между сторонами отношений. В частности, одно из оснований применяется для защиты нарушенных прав и интересов слабой стороны соглашения, другое – для защиты стороны, чьи права и интересы ущемлены вследствие неравных переговорных возможностей с другой стороной, третье – для защиты публичных интересов и прав, а также интересов третьих лиц, четвертое – для защиты интересов добросовестного контрагента.

Если обобщить вышесказанное, то основанием для изменения вида нормы является необходимость защиты прав одной из сторон договора или

---

<sup>320</sup> Как отмечается в литературе, «природа законных интересов во многом объясняется тем, что нормативность права, в значительной степени отраженная в правах и обязанностях, не воплощает исчерпывающим образом регулятивного потенциала права и не в полной мере способна объяснить его свойства как саморазвивающейся системы. Всегда есть то, что лежит за рамками нормируемого правила поведения, прав и обязанностей. Это и есть законные интересы» (Малько А.В., Субочев В.В., Шериев А.М. Права, свободы и законные интересы: проблемы юридического обеспечения. М.: Норма, Инфра-М. 2010 / СПС КонсультантПлюс). Иными словами, законные интересы, по существу, это не закрепленные в законе субъективные права. Очевидно, что при таком подходе нарушены могут быть не только права лица, но и его законные интересы. В данном случае они должны быть защищены не менее надежно, чем прямо предусмотренные в законе права. Это, в первую очередь, обеспечит наиболее справедливое решение суда при выборе того или иного вида нормы договорного права.

Более подробно о категории законного интереса в российском материальном праве – см., напр., Малеин Н.С. Охраняемый законом интерес // Советское государство и право. 1980. № 1. С. 30, 31; Малько А.В. Законные интересы советских граждан: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1985; Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы как правовая категория. С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2004; Субочев В.В. Законные интересы / под ред. А.В. Малько. М.: НОРМА, 2008; Субочев В.В. Проблемы теории государства и права. Учебник / Под ред. А.В. Малько. - М.: Юрлитинформ, 2012. С. 362-380.

публичных интересов (в том числе прав третьих лиц) от необоснованно и неоправданного нарушения, ущемления или ограничения. Наличие подобного универсального правила позволит не ограничиваться вышеназванными основаниями, а при необходимости (в зависимости от ситуации) формулировать новые, наиболее подходящие и убедительные.

В данном случае требует отдельного пояснения следующее: в соответствии с указанным подходом на вид нормы, которую ранее установил законодатель, влияют фактически сложившиеся обстоятельства, тем самым как бы игнорируя его волю и те цели, которые преследовались им при установлении соответствующего правила. На первый взгляд, подобная характеристика является отрицательной. В действительности же, если внимательно проанализировать законодательный массив, то станет очевидно, что законодатель сам во многих случаях считает необходимость изменять установленные им правила исходя из фактических обстоятельств, присутствующих в отношениях сторон.

Классическим примером является злоупотребление правом. Данная категория выступает не чем иным, как законодательно закрепленным корректирующим фактором, опирающимся на фактические обстоятельства, то есть на конкретную ситуацию. Если обрисовать применение указанной категории утрированно и в общих чертах, то оно выглядит следующим образом. Определенная норма в императивном порядке предоставляет одному из участников правоотношения некоторые права. Но в силу ряда обстоятельств такой участник получает от реализации своего права значительно больше, чем в отношениях, которые обычно складываются в данной области. Тем самым явно нарушается баланс интересов между сторонами. В свою очередь суд, осознавая наличие определенных обстоятельств (чаще всего фактических), повлиявших на необоснованное смещение баланса интересов, восстанавливает его, при этом игнорируя императивно установленное права одной из сторон действовать определенным образом. На первый взгляд, в случае применения категории

злоупотребления правом игнорируется прямая воля законодателя. Однако подобная категория существует еще со времен римского права и с тех пор не порождает догматических аргументов, что фактические обстоятельства не могут влиять на корректировку позиции законодателя.

Более того, если посмотреть на вопрос влияния фактических обстоятельств на корректировку воли законодателя, выраженной им в конкретной норме, более широко, то мы приходим к выводу, что фактические обстоятельства (конкретную ситуацию) надлежит учитывать и посредством применения принципов гражданского права. Например, введенный в результате реформирования гражданского законодательства новый принцип, в соответствии с которым никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения, представляет собой наглядный пример нашего тезиса. Он предназначен для применения и в ситуациях, когда с точки зрения формально императивных предписаний участник оборота действует абсолютно правомерно, но существо сложившихся отношений и положение сторон с очевидностью свидетельствуют об обратном.

В свою очередь, если обратиться к зарубежному опыту, то мы найдем не только аналогичные случаи, когда законодатель сам допускает изменение установленных им правил при наличии определенных фактических обстоятельств, но и такие, где подобное изменение широко допускается в ситуациях, не урегулированных законодателем. В качестве яркого примера можно привести практику Германии в отношении такого всеобщего принципа гражданского права, как добросовестность. Напомним, что в ГГУ данный принцип закреплен только применительно к исполнению обязательств (§ 242 ГГУ). Однако доктрина и судебная практика распространили его на все отношения в области гражданского права<sup>321</sup>. При этом достаточно любопытно отношение германской доктрины к принципам вообще, выраженное на примере принципа добросовестности. В ней

---

<sup>321</sup> Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 67. Aufl. München: C.H. Beck, 2008. S. 245.

отмечается, что законодатель в форме общих оговорок и неопределенных правовых понятий скорректировал опасности абстрактно-обобщенного метода законотворчества, чем предоставил судебной практике возможность дальнейшего развития и приспособления законодательного материала к меняющимся жизненным обстоятельствам<sup>322</sup>. Иными словами, доктрина видит предназначение принципов именно в том, что для принятия справедливых и обоснованных решений с их помощью можно корректировать установленные законодателем нормы в силу особых фактических обстоятельств, имеющих место в рамках конкретного правоотношения.

Однако вернемся к российскому праву. Как мы указывали выше, законодатель для определенных случаев может предусмотреть основание, которое направлено на учет фактических обстоятельств конкретных правоотношений. В подобных случаях, очевидно, нельзя говорить о том, что при изменении вида нормы договорного права будет игнорироваться воля законодателя. В свою очередь, если посмотреть на основания выбора вида нормы, которые выделяет судебная практика и которые мы использовали для обобщения и выявления общих черт, с точки зрения наличия для их применения законодательной опоры, то в отношении каждого из оснований найти ее достаточно легко.

В качестве положения, позволяющего применить только одно из оснований, выступает п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей. Согласно данному положению условия договора, ущемляющие права потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами Российской Федерации в области защиты прав потребителей, признаются недействительными. Данная норма прямо позволяет применять диспозитивные положения в качестве императивных, если в отношениях участвует потребитель – слабая сторона, и ее права

---

<sup>322</sup> Larenz, K. Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts: München. 1967. S. 20, 21.

ущемляются. Заметим, что потребители – это практически 90% случаев с участием слабой стороны.

Оставшиеся 10% случаев, в которых присутствует слабая сторона, это обычно – ущемление прав контрагентов (юридических лиц и индивидуальных предпринимателей) крупными корпорациями или естественными монополиями, то есть лицами, занимающими доминирующее положение на рынке. На наш взгляд, для защиты слабой стороны, которая в силу объективных обстоятельств не может отстаивать свою позицию при первоначальном согласовании условий договора, также достаточно легко найти нормативное обоснование. В частности, им может служить ч. 1 ст. 10 ФЗ «О защите конкуренции», в соответствии с которой запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (например, создание дискриминационных условий, навязывание контрагенту условий договора, невыгодных для него или не относящихся к предмету договора). Как мы видим, здесь прямо позволено применять диспозитивные нормы как императивные или односторонне диспозитивные (возможность изменения только в пользу слабой стороны). Подобная универсальная норма разрешает, во-первых, максимально полно учитывать конкретные обстоятельства складывающихся отношений; во-вторых, защищать слабую сторону в максимально большом количестве случаев.

Для защиты публичных интересов и интересов третьих лиц также имеется ряд положений. Поскольку подобные интересы представляют собой особую ценность, положения, связанные с их защитой, выражены наиболее явно и, как правило, прямо закрепляют недействительность соглашений, нарушающих соответствующие интересы. Например, это положения ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», в соответствии с которыми сделки должника могут быть признаны недействительными, если условия такой

сделки существенно хуже, чем условия аналогичных сделок (п. 1 ст. 61.2) или включены в договор с целью причинить вред другим кредиторам (п. 2 ст. 61.2). В данном случае подобные нормы направлены на защиту интересов таких третьих лиц, как кредиторы банкротящегося должника. В соответствии с ними диспозитивные нормы фактически применяются в качестве императивных. Для защиты публичных интересов в определенных случаях могут быть применены положения антимонопольного законодательства, отраженные в ФЗ «О защите конкуренции». В частности, они позволяют защитить публичные интересы, когда условия договора ограничивают конкуренцию в определенной сфере. Причем это может происходить как в силу навязывания таких условий контрагентам (ст. 10), так и в результате согласованных действий (ст. 11 и 11.1).

В качестве общей нормы, которая могла бы использоваться во всех случаях, когда имеется необходимость защиты публичных интересов, можно рассматривать ст. 169 ГК. Согласно данной норме, сделка может быть признана недействительной, если она совершена с целью, заведомо противной основам правопорядка. Несомненно, в данном виде ее можно применять только с учетом нескольких оговорок. Во-первых, применение данного положения требует наличия у стороны цели, то есть прямого умысла на нарушение основ правопорядка. Во-вторых, сделка должна нарушать именно основы правопорядка. На наш взгляд, когда сделка сторон противоречит публичным интересам, то это означает, что ее условия нарушают какой-либо значимый запрет, установленный законодателем. Как представляется, подобные случаи очень близки к нарушениям основ правопорядка.

Однако может возникнуть вопрос, не скажется ли некоторое их различие на корректности применения ст. 169 ГК для защиты публичных интересов в контексте выбора вида нормы договорного права. По нашему мнению, основополагающим в данной норме являются не указанные особенности, а то, что она, во-первых, предназначена для защиты публичных

интересов; во-вторых, носит универсальный характер, то есть не привязана к конкретным ситуациям и отношениям. Исходя из этих критериев, ст. 169 ГК более чем подходит для того, чтобы использовать ее в качестве законодательной основы для изменения вида нормы договорного права в случае нарушения публичных интересов. При небольшой корректировке и некотором смещении акцентов применение указанной нормы вообще не будет вызывать каких-либо вопросов.

В случае с изменением вида нормы договорного права с целью защиты интересов добросовестного контрагента, поиск законодательной основы в принципе не составляет никакого труда. Достаточно обратить внимание на судебную практику, которая уже использует для защиты указанных интересов ст. 10 ГК. В соответствии с ней не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав. На наш взгляд, данное положение полностью подходит для защиты интересов добросовестного контрагента.

Одновременно, анализ ст. 10 ГК приводит нас к выводу, что законодательные предписания могут применяться не только к определенному основанию, но и ко всем основаниям одновременно. Если попытаться применить ее (ст. 10 ГК) к любому основанию, рассмотренному нами выше, то она подойдет для каждого из них. Ведь формулировка «недобросовестное осуществление гражданских прав» охватывает все основания, которые позволяют изменять вид нормы в связи с необходимостью защиты чье-либо законного интереса. При этом, если рассматривать данные основания с точки зрения их существа, то каждое из них является частным случаем злоупотребления правом. Подобную позицию подтверждает и то обстоятельство, что в рамках ст. 10 ГК напрямую регулируются случаи, связанные с некоторыми из вышеизложенных оснований. В частности, абз. 2 п. 1 ст. 10 ГК не допускает использование гражданских прав в целях

ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке. Легко заметить, что это предписания, предусмотренные для защиты: а) публичного интереса (недопустимость ограничения конкуренции); б) стороны, чьи права ущемляются в результате неравных переговорных возможностей (недопустимость злоупотребления доминирующим положением).

Подводя итог вышеизложенному, сделаем вывод: влияние фактических обстоятельств на волю законодателя, который закрепил тот или иной вид нормы договорного права, не является чем-то невозможным как с точки зрения доктрины права, так и с позиции законодательных органов. Более того, подобное влияние неизбежно (что и признается в ряде зарубежных стран) для того, чтобы суды принимали справедливые и обоснованные решения по конкретным спорам. Однако даже если опираться на формальный подход, в соответствии с которым только сам законодатель может изменить установленное им правило, то имеется множество положений, с помощью которых формальный подход может быть полностью соблюден. Следовательно, такой аргумент, как невозможность влияния фактических обстоятельств на вид нормы, не препятствует толкованию норм с целью определения их вида и не может поставить под сомнение выдвинутые в рамках настоящего исследования предложения.

Установив универсальное правило для определения вида нормы, необходимо определить сферу его применения, а именно – обозначить, для изменения каких норм договорного права оно может быть применено. Если опираться на те основания, из которых было выведено общее правило, то необходимо признать, что его допустимо использовать исключительно для применения диспозитивных норм в качестве императивных или односторонне диспозитивных (возможность изменения вида нормы в пользу слабой стороны-потребителя). Иными словами, установленное правило является основой для ограничения воли сторон сделки.

Однако, на наш взгляд, те же самые основания, из которых выведено общее правило, могут быть использованы и для применения императивных норм в качестве диспозитивных. Только теперь их надо рассматривать в другом качестве – как основания для сохранения достигнутого соглашения (а не для ограничения воли сторон). То есть при оценке императивной нормы необходимо устанавливать, не нарушает ли соглашение контрагентов права и интересы слабой стороны договора (потребителя или стороны, имеющей с контрагентом неравные переговорные возможности), публичные интересы, права и интересы третьих лиц или иной заслуживающий защиты законный интерес. Основываясь на этом, императивная норма может быть признана диспозитивной в отношении с потребителем, если она изменена в пользу потребителя и не нарушает публичных интересов или прав и интересов третьих лиц (односторонняя диспозитивная норма). Данная позиция в части изменения императивных норм является достаточно очевидной, о чем говорит ее воплощение в рамках судебной практики<sup>323</sup>. Заметим, что к изменению императивных норм также относятся все сделанные нами выводы о влиянии фактических обстоятельств на волю законодателя.

Таким образом, общее правило, основанное на оценке прав и интересов различных лиц с целью определения вида нормы, может быть применено в отношении как диспозитивных, так и императивных норм. При рассмотрении обоих видов норм необходимо оценивать, не нарушает ли (необоснованно ущемляет или ограничивает) согласованное условие сделки прав и интересов какой-либо стороны, прав и интересов третьих лиц, публичных интересов, прав и интересов добросовестного контрагента или иных заслуживающих защиты законных интересов. Для изменения диспозитивной нормы такие нарушения должны иметь место, а для изменения императивной – отсутствовать.

---

<sup>323</sup> См., например, Постановление Пленума ВАС РФ № 16 от 14.03.2014 г. «О свободе договора и ее пределах».

*Установление алгоритма определения вида норм договорного права с помощью толкования*

По результатам исследования оптимальный алгоритм определения вида нормы договорного права должен строиться следующим образом.

***На первом этапе*** определяется сфера регулирования нормы.

Если норма связана с установлением критериев по вступлению субъектов в обязательственное правоотношение соответствующего типа, то она всегда является только императивной. Дальнейший ее анализ не требуется.

***На втором этапе*** анализируется позиция законодателя относительно императивного или диспозитивного характера нормы с помощью системного толкования или применения иных оснований, построенных на системном толковании.

***На третьем этапе*** происходит учет обстоятельств конкретных отношений, сложившихся на практике.

Для этого проводится оценка, не нарушает ли согласованное условие сделки прав и интересов какой-либо стороны, прав и интересов третьих лиц, публичных интересов, прав и интересов добросовестного контрагента или иных заслуживающих защиты законных интересов.

Для признания буквально диспозитивной нормы императивной – указанные нарушения должны иметь место. Для изменения буквально императивной нормы на диспозитивную – указанные нарушения должны отсутствовать.

**§ 3. Общая характеристика мер по стимулированию выявления императивных и диспозитивных норм российского договорного права посредством толкования.**

*Определение общих мер, стимулирующих выявление императивного или диспозитивного характера норм договорного права посредством толкования*

После того как нам удалось, во-первых, доказать необходимость определения вида нормы договорного права исключительно посредством толкования; во-вторых, установить оптимальный алгоритм определения вида нормы договорного права с помощью толкования – попробуем смоделировать, как в рамках российского правопорядка реализовать подобные подходы наилучшим образом.

Несомненно, наиболее приемлемым вариантом является тот, при котором суды будут определять вид нормы договорного права с помощью толкования, основываясь только на доктрине. Это позволит в полной мере реализовать те положительные моменты, которые были описаны нами в рамках настоящей работы, и заложить фундамент для преодоления чрезмерного позитивизма и формализма в других областях гражданского права. Как нам представляется, итоги настоящего исследования наглядно продемонстрировали, что реализация подобного варианта в рамках российского правопорядка более чем возможна.

Однако это не означает, что недопустимы варианты, при которых реализация предложенного подхода может быть облегчена или ускорена каким-либо иным образом. Рассмотрим два наиболее вероятных варианта и оценим их с точки зрения перспективности: во-первых, издание соответствующих разъяснений высших судебных инстанций; во-вторых, внесение изменений в ГК.

*Стимулирование посредством установления судебных разъяснений*

Первый вариант представляется наименее проблематичным. Разъяснения высших судов предполагают возможность дать позицию в максимально развернутой форме и расставить необходимые акценты, тем самым, предостерегая суды от вероятных ошибок. В этом смысле

разъяснения высших судов имеют преимущество над нормой закона, которая связана правилами юридической техники. Более того, подобные разъяснения могут быть оперативно изменены, если появится какой-либо перекося в ходе их применения. Причем именно судебные органы первые узнают о таком перекося. Естественно, при подобном варианте также существует опасность, что разъяснения будут пониматься формально и/или слишком узко (широко), как это часто бывает с нормой закона, но при указанной специфике разъяснений таких последствий можно избежать или достаточно быстро их исправить. И это также станет своего рода преодолением позитивизма и формализма в процессе правоприменения, поскольку судебное толкование (выраженное в разъяснении) будет преобладать – в вопросе определения вида нормы – над текстом закона.

Стоит отметить, что в рамках первого варианта в настоящий момент уже существуют определенные результаты. В частности, 14 марта 2014 года Пленумом ВАС РФ было принято Постановление № 16 «О свободе договора и ее пределах» (далее – Постановление). Данный акт является значительным прорывом в вопросе определения вида норм договорного права с помощью толкования.

#### *Положительные позиции, закрепленные в Постановлении*

Во-первых, Постановление отражает идею, в соответствии с которой не только формальные признаки нормы определяют ее вид<sup>324</sup>. Как мы упоминали, именно данный фактор долгие годы негативно сказывался на правоприменительной практике. Теперь же постулат, который мы доказывали и подробно обосновывали в настоящей работе, нашел воплощение в руководящих началах ВАС РФ для нижестоящих арбитражных судов.

---

<sup>324</sup> «... норма, определяющая права и обязанности сторон договора, толкуется судом исходя из ее существа и целей законодательного регулирования, то есть суд принимает во внимание не только буквальное значение содержащихся в ней слов и выражений (выделено нами – прим. авт.), но и те цели, которые преследовал законодатель, устанавливая данное правило» (абз. 3 п.1 Постановления).

Во-вторых, в Постановлении предпринята попытка вывести алгоритм определения вида норм договорного права, которые устанавливают права и обязанности сторон договора.

В соответствии с Постановлением первоначально необходимо выяснить, не содержит ли норма прямого запрета на установление иного соглашением сторон. Если такого запрета выявить не удалось, норма «является императивной, если исходя из целей законодательного регулирования это необходимо для защиты особо значимых охраняемых законом интересов (интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов и т. д.), недопущения грубого нарушения баланса интересов сторон либо императивность нормы вытекает из существа законодательного регулирования данного вида договора» (абз. 1 п. 3 Постановления). Во всех иных случаях норма является диспозитивной<sup>325</sup>.

В-третьих, в Постановлении закрепляется обязанность нижестоящих судов при наличии спора о виде нормы обосновывать принятое решение с учетом описанного в Постановлении алгоритма<sup>326</sup>. Данное положение очень важно как в смысле ограничения необоснованного усмотрения суда в вопросе определения вида нормы, так и с точки зрения придания дополнительной убедительности и легитимности решению суда о выборе соответствующего вида нормы в рамках конкретного дела.

В-четвертых, Постановление определяет последствия изменения сторонами императивной нормы, а именно – признания или всей сделки, или ее отдельных условий недействительными<sup>327</sup>. В данном случае важно, что

---

<sup>325</sup> «Если норма не содержит явно выраженного запрета на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного в ней, и отсутствуют критерии императивности, указанные в пункте 3 настоящего постановления, она должна рассматриваться как диспозитивная» (абз. 1 п. 4 Постановления).

<sup>326</sup> «При возникновении спора об императивном или диспозитивном характере нормы, регуливающей права и обязанности по договору, суд должен указать, каким образом существо законодательного регулирования данного вида договора, необходимость защиты соответствующих особо значимых охраняемых законом интересов или недопущение грубого нарушения баланса интересов сторон определяют императивность этой нормы либо пределы ее диспозитивности» (абз. 3 п. 3 Постановления).

<sup>327</sup> В соответствии с Постановлением недействительность может наступать в силу ст. 168 ГК («... отличие условий договора от содержания данной (диспозитивной – прим. авт.) нормы само по себе не может служить основанием для признания этого договора или отдельных его условий недействительными по статье 168 ГК РФ» (абз. 1 п. 4 Постановления) или в силу ст. 169 ГК: «...поскольку согласно пункту 4 статьи

есть прямое указание на возможность сохранения сделки в целом. На наш взгляд, таких ситуаций большинство. Ранее подобное решение было для практики неочевидным.

### *Тенденции, вытекающие из Постановления*

Отметив наиболее важные положительные аспекты, которые привнесены Постановлением, нельзя не сказать о некоторых тенденциях, которые вытекают из соотношения позиций, выраженных в Постановлении, и выводов, полученных в рамках настоящей работы.

1. Используемые в Постановлении основания для изменения вида нормы (защита интересов слабой стороны, интересов третьих лиц, публичных интересов, нарушение баланса интересов, противоречие соглашения существу нормы, злоупотребление правом) практически в полном объеме повторяют те основания, которые судебная практика на протяжении как минимум пяти последних лет использовала в правоприменительной деятельности. Это свидетельствует, что суды и до принятия Постановления выявили необходимые основания и обладали полным набором инструментария для принятия обоснованных решений. Постановление лишь подтвердило допустимость их применения.

2. То же самое касается и практики судов, которые посредством толкования и, естественно, с опорой на соответствующие основания определяли вид нормы договорного права. То есть принятие Постановления не создало новый способ по определению вида нормы договорного права, а только подтвердило легитимность уже существовавшего<sup>328</sup>.

3. Из текста Постановления следует, что судебное сообщество так и не смогло открыто признать, что фактические обстоятельства конкретного дела влияют на вид нормы договорного права. В предыдущем параграфе мы

---

1 ГК РФ никто не вправе извлекать преимущество из своего недобросовестного поведения, слабая сторона договора вправе заявить ... о ничтожности таких условий по статье 169 ГК РФ» (абз. 3 п. 9 Постановления).

<sup>328</sup> В данном случае не оспаривается тот факт, что до Постановления практика определения вида нормы договорного права посредством толкования была незначительна и носила фрагментарный характер. Очевидно, принятое Постановление должно вывести подобную практику на уровень обычной правоприменительной деятельности.

отмечали, что данный аргумент является по сути центральным (и, возможно, единственным) препятствием для того, чтобы определять вид нормы в зависимости от наличия или отсутствия нарушения (в рамках конкретных договорных отношений) чьих-либо законных интересов.

Постановление формально говорит о том, что необходимость защиты особо значимых, охраняемых законом интересов (интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов и т. д.), недопустимость грубого нарушения баланса интересов сторон должна следовать из *целей законодательного регулирования*. Подобное свидетельствует, что в Постановлении поддержан подход, в соответствии с которым вид нормы изменяется не в зависимости от фактических обстоятельств, а в силу того, что сам законодатель предусмотрел такую возможность.

Однако, на наш взгляд, данная позиция плохо соотносится с критериями определения вида нормы, которые закреплены в самом Постановлении. В частности, оно предусматривает, что при определении вида нормы необходимо оценивать, не нарушаются ли охраняемые законом интересы. Наиболее часто указанные интересы нарушаются, когда в отношениях участвует, в качестве слабой стороны, потребитель. При этом в аналогичных отношениях, где вместо потребителя участвует иное лицо, нет и слабой стороны (как правило). Легко заметить: подобные случаи – яркие примеры того, как частные обстоятельства конкретного дела непосредственным образом влияют на решение о виде нормы.

Однако, чтобы не акцентировать на этом внимание, примеры с участием потребителей в Постановлении отсутствуют в принципе. Более того, в нем показываются все случаи изменения вида нормы, когда соглашением сторон нарушены охраняемые законом интересы, кроме случая нарушения прав слабой стороны. Не хочется делать из последнего тезиса далеко идущих выводов, но подобный факт выглядит довольно символично.

К сожалению, как показал анализ последней тенденции, Постановление несет в себе не только позитивные черты, но и ряд определенных недостатков.

Первый из них связан как раз с тем, что в соответствии с Постановлением при выборе вида нормы необходимо опираться не только на определенные основания, но также на то, что защита того или иного интереса должна вытекать из целей законодательного регулирования. На наш взгляд, это означает, что при защите определенных интересов суд должен ссылаться на те законодательные нормы, которые предопределяют необходимость защиты соответствующего интереса.

Однако, во-первых, это не позволяет в полной мере освободиться от необоснованного позитивизма и формализма при решении вопроса о выборе вида нормы. Исходя из формальных посылов, закрепленных в Постановлении, менять норму можно только тогда, когда такую возможность, хотя и не прямо, допустил сам законодатель. Подобное вновь заставляет думать, что на самом деле позитивистский подход никуда не исчез, а, напротив, еще более укрепился.

Во-вторых, при выявлении таких норм суд должен оценивать, какие цели преследовал законодатель при их установлении. Между тем, как нами уже отмечалось, в рамках российского правопорядка достаточно сложно определить истинные цели законодателя. В настоящее время элементарно не хватает источников, из которых можно установить соответствующие цели, не налажена работа по оформлению мотивов при принятии законодательных актов<sup>329</sup>. В таких обстоятельствах, когда в большинстве случаев практически невозможно установить истинные цели законодательного регулирования, суды (по большей части) вынуждены заниматься предположениями. В итоге это может привести к неубедительному обоснованию их решений и, следовательно, снижению уровня доверия к судебной системе.

---

<sup>329</sup> Подробнее об этом см. параграф 2 главы 2 «Современные подходы к преодолению презумпции императивности норм договорного права. Законодательная презумпция диспозитивности норм договорного права».

Второй недостаток связан с алгоритмом определения вида нормы договорного права. Достаточно очевидно, что Постановление дает определенный алгоритм определения вида нормы посредством толкования, но только для тех случаев, когда норма сформулирована как императивная, то есть не содержит оговорки «если иное не предусмотрено договором»<sup>330</sup>. Подобный подход создателей Постановления объяснить достаточно легко. Как мы уже указывали в рамках настоящей работы, основной проблемой, связанной с дихотомией, является необоснованное ограничение автономии воли сторон в силу формального подхода к определению вида норм, большинство из которых не содержит указания на их диспозитивность. Изложенный в Постановлении алгоритм направлен как раз на решение этой первостепенной проблемы.

Между тем, анализ судебной практики показал, что во многих случаях необходимо ограничивать автономию воли сторон и применять диспозитивные нормы в качестве императивных. Как оказалось, это не менее важно, чем применение императивных норм – в качестве диспозитивных. Более того, большинство всех оснований, которые установила судебная практика, были применены в случаях, когда требовалось ограничить автономию воли сторон.

Определенные сомнения вызывает последовательность применения оснований, которые могут изменить вид нормы. В частности, наряду с основаниями, направленными на защиту охраняемых законом интересов,

---

<sup>330</sup> Доказательств этому в самом тексте Постановления достаточно много. В частности, об этом прямо говорится в абз. 1 п. 4 Постановления: «Если норма не содержит явно выраженного запрета на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного в ней, и отсутствуют критерии императивности, указанные в пункте 3 настоящего постановления, она должна рассматриваться как диспозитивная». При этом аналогичного прямого указания на то, что схожий алгоритм применяется к диспозитивным нормам, Постановление не содержит. Возникает странная ситуация – для того, чтобы прийти к важнейшему выводу, пришлось бы толковать позицию Пленума ВАС РФ.

При подобных обстоятельствах несколько удивляет, что Постановление распространяет изложенный в нем алгоритм и на формально диспозитивные нормы. В частности, одно из таких мнений было выражено Р.С. Бевзенко («упомянутые тесты работают и тогда, когда в норме обязательственного права имеется явный атрибут диспозитивности (фраза «если иное не предусмотрено договором»)» ([http://zakon.ru/Blogs/o\\_svobode\\_dogovora\\_i\\_eyo\\_predelax/11140](http://zakon.ru/Blogs/o_svobode_dogovora_i_eyo_predelax/11140))).

При этом необходимо заметить, что, как показало настоящее исследование, алгоритм для изменения вида диспозитивной нормы может в определенной степени отличаться от тех случаев, когда изменению подвергается императивная норма.

самостоятельным основанием объявляется существо законодательного регулирования. Как следует из Постановления, на вид нормы может повлиять только одно из указанных оснований. Однако, на наш взгляд, изменение вида нормы в связи с существом законодательного регулирования в определенных случаях допускает применение иных оснований. Например, можно допустить, что из существа законодательного регулирования вытекает императивность нормы, но при этом, поскольку изменение такой нормы не влечет нарушения чьих-либо охраняемых законом интересов, она должна быть применена как диспозитивная.

Третий недостаток следует из выводов, сделанных в рамках настоящего исследования. Как нам удалось установить, при использовании системного толкования вид нормы может меняться до того момента, когда необходимо осуществить проверку, нарушены чьи-либо охраняемые законом интересы или нет. Таким образом, исходя из логики Постановления, если мы посредством системного толкования определим, что формально императивная норма должна быть применена как диспозитивная, то закрепленный в Постановлении алгоритм уже не может быть применен, так как он рассчитан на изменение только императивных норм. Однако при нашем понимании алгоритма после изменения вида нормы посредством системного толкования оно (изменение) может произойти еще раз, если это будет необходимо для защиты чьих-либо законных интересов.

Более того, Постановление вообще никак не отражает тот факт, что вид нормы может быть изменен с помощью системного толкования. На наш взгляд, отсутствие такого толкования в перечне оснований изменения вида нормы может привести к необоснованным и несправедливым решениям судов в части определения вида нормы договорного права.

Таким образом, ввиду отсутствия возможности обратиться к системному толкованию – как к одному из оснований для изменения вида нормы – алгоритм определения вида нормы не может считаться

полноценным. Особо отметим, что это касается случаев, связанных с изменением и императивных, и диспозитивных норм.

Также не однозначным выглядит разъяснение, связанное с применением ст. 10 ГК. Не совсем понятно, как применение этой статьи связано с другими основаниями изменения вида норм, изложенными в Постановлении. В частности, Постановление предписывает лишать соглашение сторон силы и применять норму как императивную, если отсутствует нарушение охраняемых законом интересов. Какую роль в таком алгоритме играет ст. 10 ГК? Если подобные нарушения есть, суд применяет норму как императивную. Применение ст. 10 ГК в этом случае излишне. Если нарушения соответствующих интересов отсутствуют, то оснований для ее применения также нет, поскольку эта статья направлена именно на защиту нарушенного интереса. В итоге получается, что ст. 10 ГК дублирует уже заложенные в Постановлении механизмы по определению вида норм договорного права.

#### *Некоторые предложения по результатам анализа Постановления*

Завершая анализ Постановления, обратим внимание еще на один момент. Как представляется, для правильного применения отмеченных нами положительных идей, заложенных в Постановлении, требуется значительно большее количество конкретных примеров, показывающих, как именно они должны быть реализованы на практике. Отмеченные в Постановлении основания достаточно многогранны и один пример, который отведен каждому из них, не может отразить эти грани в полной мере. Более того – проигнорированы вопросы влияния на вид нормы положений антимонопольного законодательства, а также, напомним, отношения с потребителями, в то время как именно они, на наш взгляд, должны содержать большое количество случаев корректировки вида применяемых норм.

Как нам представляется, в развитие положительных идей Пленума было бы целесообразно воспользоваться такой формой разъяснений, как

обзор судебной практики ВС РФ. Именно в его рамках можно привести достаточное количество примеров по определению вида норм договорного права с помощью толкования.

### *Стимулирование посредством изменения законодательства*

Теперь перейдем к анализу второго варианта, который связан с внесением в ГК соответствующих изменений, а именно – с изъятием из ГК определений императивной и диспозитивной норм. Такой подход а) исключит необходимость применения существующего порядка определения вида нормы и б) подтолкнет суды к решению вопроса о виде нормы самостоятельно – посредством ее толкования и с опорой на доктрину.

Очевидны и негативные последствия такого подхода – они были нами обозначены при рассмотрении предложения о законодательном закреплении презумпции диспозитивности норм договорного права. В первую очередь, изъятие из ГК определений императивной и диспозитивной норм будет означать явную поддержку позитивистского подхода, который и предопределил существующие недостатки в вопросе определения вида норм договорного права. Дело в том, что законодательное препятствие для разрешения судами вопроса о виде нормы с помощью толкования будет в этом случае устранено опять-таки с помощью внесения изменений в законодательство.

В остальном же данный вариант не имеет значительных недостатков и, несомненно, поспособствует переходу к определению вида норм договорного права судом посредством толкования. В итоге его можно признать определенным средним вариантом между предложением по регулированию проблемы посредством судебных разъяснений и предложениями сторонников законодательной презумпции диспозитивности. Однако, на наш взгляд, отмеченный недостаток данного подхода настолько серьезен, что это не позволит ему реализоваться на практике.

*Выводы по результатам характеристики мер по стимулированию выявления императивного или диспозитивного характера норм российского договорного права посредством толкования*

Ознакомившись с возможными моделями по стимулированию выявления вида норм российского договорного права в зависимости от их юридической силы посредством толкования, можно отметить следующее. Несомненно, оптимальным вариантом развития российского права в части определения вида норм договорного права является тот, в соответствии с которым вид нормы будет определяться посредством толкования только с опорой на доктрину. Он позволит совершить «мягкий» переход к диспозитивности норм договорного права без серьезных потрясений для правоприменителя.

Однако если все же принимать определенные меры по стимулированию, то они точно не должны быть связаны с изменением законодательства, так как это может поддержать формальный подход по определению вида нормы и стимулировать новую волну практики, скованной позитивизмом. Тогда все положительные моменты, которые достигались с таким трудом, могут быть нивелированы.

Стимулирование судов по определению вида нормы с помощью толкования на основе соответствующих разъяснений выглядит менее опасным и более приемлемым вариантом. Очевидно, что и в этом случае могут обнаружиться некоторые негативные последствия, но, во-первых, они не будут столь серьезными, во-вторых, могут быть достаточно оперативно исправлены. При этом, на наш взгляд, наилучшим образом данный вариант можно реализовать тогда, когда разъяснения суда будут выражены в виде конкретных примеров, демонстрирующих, как необходимо применять толкование для определения вида норм договорного права. Оптимальная форма – обзор судебной практики ВС РФ. Это позволит как расставить нужные акценты в механизме определения вида норм, так и устранить многие пробелы в вопросах применения инструментов толкования.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Настоящая работа является одной из первых работ, посвященных вопросам комплексного анализа: сферы применения императивных и диспозитивных норм; основных принципов функционирования доктрины разделения норм на императивные и диспозитивные; факторов, влияющих на формирование доктрины о разделении норм на императивные и диспозитивные; связи между формальными наборами реквизитов нормы и ее видом, а также алгоритма определения императивного или диспозитивного характера норм договорного права. Проведенное исследование позволило сформулировать и обосновать следующие основные положения и выводы, выносимые на защиту.

1. Традиционно считается, что диспозитивный или императивный характер нормы обязательственного права должен выводиться из внешних признаков данной нормы, в частности, из наличия или отсутствия в ней фразы «если иное не предусмотрено законом». Однако такой подход является недостаточно гибким и не соответствует развитым имущественным отношениям.

Возможности законодателя по определению императивного или диспозитивного характера норм договорного права в тексте самой нормы существенно ограничены, так как разработчики норм не могут предвидеть всех жизненных ситуаций, в которых эти нормы будут применяться. В итоге норма, которая выглядит как императивная, в определенных случаях может применяться на практике как диспозитивная, и наоборот.

В действительности многие нормы обязательственного права не могут быть абсолютно (окончательно) императивными или диспозитивными.

2. С точки зрения юридической техники для определения императивного или диспозитивного характера норм обязательственного права нельзя использовать законодательную презумпцию диспозитивности таких норм, так как законодатель рискует упустить множество жизненных

ситуаций, при которых одна и та же норма может получать как императивный, так и диспозитивный характер. Более того, закреплением такой презумпции будет поддержан позитивистский подход к определению характера норм договорного права, из-за которого в настоящий исторический период и возникли основные проблемы, связанные с разделением норм договорного права на императивные и диспозитивные.

3. На данный момент нет необходимости проводить ревизию норм договорного права и переформулировать их с целью указания на диспозитивную или императивную принадлежность. В условиях, когда текст нормы договорного права и буквальное толкование не определяют такой принадлежности, действующий текст ГК не препятствует правильному и справедливому определению императивного и диспозитивного характера норм договорного права. Более того, даже если подобная ревизия будет проведена, она не сможет однозначно на будущее решить вопрос о виде норм договорного права.

4. В условиях, когда отсутствует прямая связь между текстом нормы и ее видом, решающую роль при определении императивной или диспозитивной принадлежности нормы договорного права необходимо отводить толкованию правовых предписаний.

Анализ европейских правовых систем показывает, что решающая роль толкования в подобных случаях оптимальна; это – финальный результат масштабной и длительной работы по разделению императивных и диспозитивных норм.

5. Алгоритм определения императивного или диспозитивного характера норм договорного права должен строиться следующим образом.

***На первом этапе*** определяется сфера регулирования нормы.

Если норма связана с установлением критериев по вступлению субъектов в обязательственное правоотношение соответствующего типа, то она всегда является только императивной. Дальнейший ее анализ не требуется.

*На втором этапе* анализируется позиция законодателя относительно императивного или диспозитивного характера нормы с помощью системного толкования или применения иных оснований, построенных на системном толковании.

*На третьем этапе* происходит учет обстоятельств конкретных отношений, сложившихся на практике.

Для этого проводится оценка, не нарушает ли согласованное условие сделки прав и интересов какой-либо стороны, прав и интересов третьих лиц, публичных интересов, прав и интересов добросовестного контрагента или иных заслуживающих защиты законных интересов.

Для признания буквально диспозитивной нормы императивной – указанные нарушения должны иметь место. Для изменения буквально императивной нормы на диспозитивную – указанные нарушения должны отсутствовать.

## БИБЛИОГРАФИЯ

### Нормативные материалы

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.94 № 51-ФЗ (ред. от 27.12.2009, с изм. от 05.05.2014) // Собрание законодательства Российской Федерации, 1994, №32, ст. 3301
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.96 № 14-ФЗ (ред. от 17.07.2009, с изм. от 28.12.2013) // Собрание законодательства Российской Федерации, 1996, №5, ст.410.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 28.12.2013, с изм. от 28.12.2013) // Собрание законодательства Российской Федерации, 2001, № 49, ст. 4552.
4. Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 № 136-ФЗ (ред. от 28.12.2013, с изм. от 28.12.2013) // Собрание законодательства Российской Федерации, 2001. № 44. ст. 4147.
5. Закон РФ «О защите прав потребителей» от 07.02.1992 № 2300-1 (ред. от 05.05.2014, с изм. от 05.05.2014) // Собрание законодательства Российской Федерации, 1996, № 3, ст. 140.

### Судебная практика

1. Постановление Пленума ВАС РФ № 16 от 14.03.2014 «О свободе договора и ее пределах».
2. Постановление Пленума ВАС РФ от 17.11.2011 № 73 «Об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре аренды»
3. Постановление Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством».

4. Постановление Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации».

5. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11.01.2002 № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой» делается вывод, что «данная норма закона, требующая при совершении сделок с арендными правами получение согласия арендодателя, является императивной, а поэтому не может быть изменена договором».

6. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.11.2008 № 126 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения».

7. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120 «Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации».

8. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 № 146 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров».

9. Постановление Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством».

10. Обзор судебной практики по гражданским делам, связанным с разрешением споров об исполнении кредитных обязательств, утвержденный Президиумом ВС РФ 22.05.2013 г.

11. Определение Конституционного Суда РФ от 21.10.2008 № 800-О-О.

12. Определение Конституционного Суда РФ от 15.01.2009 № 243-О-О.

13. Постановление Президиума ВАС РФ от 13.04.2010 № 16996/09 по делу № А43-27008/200839-731.

14. Постановление Президиума ВАС РФ от 21.06.2011 № 17859/10 по делу № А44-3139/2009. Определение ВАС РФ от 20.07.2011 № ВАС-9058/11 по делу № А55-11889/2009.

15. Определение ВАС РФ от 29.05.2009 № ВАС-6245/09 по делу № А56-13413/2008.

16. Определение ВАС РФ от 14.07.2011 № ВАС-8943/11 по делу № А55-11894/2009.

17. Определение ВАС РФ от 11.12.2009 № ВАС-15779/09 по делу № А76-1694/2008-24-207.

18. Постановление ФАС СЗО от 22.10.2009 по делу № А05-1137/2009.

19. Постановление ФАС МО от 16.12.2008 № КГ-А41/9749-08.

20. Постановление ФАС УО от 15.10.2008 № Ф09-7531/08-С1.

21. Постановление ФАС СЗО от 03.03.2011 по делу № А13-3444/2010.

22. Постановления ФАС СЗО от 27.09.2010 по делу № А56-34357/2008.

23. Постановления ФАС СЗО от 24.03.2010 по делу № А13-4823/2009.

24. Постановление ФАС ПО от 15.11.2012 по делу № А65-26160/2011.

25. Постановление ФАС ПО от 07.09.2009 по делу № А65-27744/2008.

26. Постановление ФАС УО от 25.01.2012 № Ф09-8536/2011 по делу № А76-3514/2011.

27. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 02.06.2010 № 09АП-10253/2010-ГК по делу № А40-175288/09-60-789.

28. Постановление ФАС МО от 31.12.2009 № КГ-А40/13828-09 по делу № А40-25561/09-62-228.

29. Постановление ФАС СЗО от 31.01.2013 по делу № А56-5623/2012.

30. Постановление ФАС ПО от 01.03.2010 по делу № А55-3527/2009.

31. Постановление ФАС МО от 16.09.2010 № КГ-А40/10549-10 по делу № А40-175288/09-60-789.

32. Постановление ФАС МО от 09.07.2010 № КГ-А40/6602-10 по делу № А40-105183/09-82-652.

33. Постановление ФАС УО от 16.06.2010 № Ф09-3663/10-С3 по делу № А76-36130/2009-60-420/4.
34. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.09.2011 по делу № А56-2946/2011.
35. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 30.04.2013 № 09АП-10901/2013 по делу № А40-164593/12-46-572.
36. Постановление ФАС МО от 08.11.2010 № КГ-А40/13275-10 по делу № А40-156067/09-30-1172.
37. Постановление ФАС ВСО от 24.11.2009 по делу № А78-4181/2009.
38. Постановление ФАС ПО от 04.06.2013 по делу № А55-22908/2012.
39. Постановления ФАС УО от 01.04.2009 № Ф09-1794/09-С1 по делу № А60-16825/2008-С6.
40. Постановления ФАС УО от 03.09.2008 № Ф09-6296/08-С1 по делу № А60-3412/08.
41. Постановления ФАС УО от 27.03.2008 № Ф09-1930/08-С1 по делу № А60-32287/07.
42. Постановления ФАС УО от 24.03.2008 № Ф09-1803/08-С1 по делу № А60-29973/07.
43. Постановление ФАС ПО от 30.07.2009 по делу № А65-861/2009.
44. Постановление ФАС ВВО от 20.11.2009 г. по делу № А17-1481/2009.
45. Постановление ФАС СЗО от 01.02.2010 по делу № А66-10857/2009.
46. Постановление ФАС УО от 10.11.2008 № Ф09-8187/08-С5 по делу № А60-5505/2008-С2.
47. Постановление ФАС ЦО от 11.03.2009 № Ф10-593/09 по делу № А09-8546/2008.
49. Постановление ФАС ВСО от 02.10.2013 по делу № А58-3629/11.
49. Постановление ФАС УО от 02.04.2007 № Ф09-2083/07-С5 по делу № А60-9637/2006-С3.

50. Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 30 июля 2012 года по делу № А19-2015/2012.
51. Постановление ФАС ВСО от 29.09.2009 по делу № А33-2342/09.
52. Постановление ФАС ВВО от 23.05.2012 по делу № А11-2796/2011.
53. Постановление ФАС СЗО от 25.11.2010 по делу № А26-2160/2010.
54. Постановление ФАС ЦО от 17.02.2009 № Ф10-83/09 по делу № А09-6568/2008-18.
55. Постановление ФАС ДО от 15.01.2009 № Ф03-6178/2008 по делу № А73-7234/2008-94.
56. Постановление ФАС СЗО от 11.02.2010 по делу № А26-3936/2009.
57. Постановление ФАС МО от 02.08.2012 по делу № А40-176815/09-47-1203.
58. Постановление ФАС СЗО от 26.11.2007 по делу № А26-316/2007.
59. Постановление ФАС ВВО от 18.05.2009 по делу № А82-14622/2008-22.
60. Постановление ФАС СЗО от 01.02.2010 по делу № А66-10857/2009.
61. Постановление ФАС УО от 05.10.2010 N Ф09-7915/10-С1 по делу № А47-2300/2010.
62. Постановление ФАС СЗО от 01.02.2010 по делу № А66-10857/2009.
63. Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 09.07.2013 по делу № А26-11387/2012.
64. Постановление ФАС СЗО от 05.03.2011 по делу № А56-89259/2009.
65. Постановление ФАС ЦО от 10.03.2005 № А68-АП-323/Я-04.
66. Постановление ФАС УО от 05.04.2012 № Ф09-2354/12 по делу № А50П-610/2011.
67. Постановление ФАС ВВО от 06.06.2011 по делу № А79-7240/2010.
68. Постановление ФАС СКО от 29.03.2011 по делу № А63-4421/2010.
69. Постановление ФАС ДО от 30.06.2009 № Ф03-2760/2009 по делу № А04-7996/2008.

70. Постановление ФАС ПО от 17.08.2009 г. по делу № А12-21078/2008.

71. Постановление ФАС ВВО от 12.12.2011 по делу № А11-280/2011.

### **Монографическая литература**

1. Анненков К.Н. Система русского гражданского права Т. 1, С.-Петербург, 1894.

2. Андреев Ю.Н. Ограничения в гражданском праве России // СПС КонсультантПлюс.

3. Афанасьев Д. Суверенитет на 10% // Ведомости. № 117 (3131). 27 июня 2012. С.4.

4. Барон Ю. Система римского частного права: В 6 кн.: кн. 1 / Предисловие кандидата юридических наук В.В. Байбака. – СПб.: Издание Р.Асланова «Юридический мир Пресс». 2005.

5. Барьер Ф. и др. Цивилистические правовые традиции под вопросом (по поводу докладов Doing Business Всемирного банка) Т. 1 / Пер. с фр.: А. Грядов – М.: Волтерс Клувер, 2007.

6. Бергманн В. Новое германское обязательственное право (обзор положений вступившего в силу 1 января 2002 г. германского закона о реформе обязательственного права) // Вестник ВАС. – 2003, № 5 С. 133-142; №6, С. 102 – 115; № 7 С.123-131, № 8 С. 101-114.

7. Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов. – М., 1913.

8. Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. Выпуск 1. Введение и Общая часть. – СПб., 1894.

9. Витрянский В.В. Правовое регулирование имущественных (обязательно-правовых) отношений в Земельном кодексе Российской Федерации / Экологическое право. N 1 // СПС КонсультантПлюс.

10. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Под ред. и с пред. В.А. Томсинова. – М.: Изд. Зерцало, 2003.
11. Гарридо М.Х. Римское частное право: казусы, иски, институты / Пер. с испанского; отв. ред. Л.Л. Кофанов. – М.: Статут, 2005.
12. Годэмэ Е. Общая теория обязательств. М., 1948.
13. Головки Л. «Объективные предпосылки объединения высших судов» // <http://itar-tass.com/opinions/1924>.
14. Гражданский кодекс Нидерландов. Кн. 2, 3, 5 – 7 / Пер. М. Ферштман. Лейден, 2000.
15. Гражданское право: В 4 т. Общая часть: Учебник. Т. 1, 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. Е.А. Суханова, М.: Волтерс Клувер, 2008 // СПС КонсультантПлюс.
16. Давид, Р. Основные правовые системы современности. М., 1988.
17. Де ла Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции: в 3 т. Т. 1. – М., 1958.
18. Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. – М.: Статут, 2002.
19. Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. 2. – М.: Статут, 2002.
20. Договорное право. Книга первая: Общие положения / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, 3-е изд., стер. – М.: Статут, 2008.
21. Договорное право. Книга вторая: Договоры о передаче имущества / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, 4-е изд., стереотипное. – М.: Статут, 2002 // СПС КонсультантПлюс.
22. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, ид. испр. и доп., – М.: Статут, 2005.
23. Дождев Д.В. Римское частное право: учебник / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. – 3-е изд., испр. и доп. – М.: Норма. 2008.

24. Дормидонтов Г.Ф. Система римского права. Общая часть. – Казань, 1910 // Allpravo.Ru – 2005.
25. Егоров А.В. Понятие посредничества в гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002.
26. Емельянов В. Пределы осуществления гражданских прав // Российская юстиция. 1999. № 6.
27. Жильцов А.Н., Муранов А.И. Суверенитет и российское право // РБК daily. 31 октября 2012.
28. Карапетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права / Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 11. 2009. С. 100-133.
29. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т.1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. – М.: Статут, 2012.
30. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т.2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. – М.: Статут, 2012.
31. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая: Учебно-практический комментарий (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева. Проспект. 2010 // СПС КонсультантПлюс.
32. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй: Т. 1 / Т.Е. Абова, Л.В. Андреева, Е.Б. Аникина и др.; под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрайт-Издат, 2006.
33. Концепция совершенствования общих положений ГК РФ: [http://www.privlaw.ru/files/concep\\_11\\_2009.pdf](http://www.privlaw.ru/files/concep_11_2009.pdf)
34. Кулаков В.В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России: монография. 2-е изд., перераб. и доп. М.: РАП, Волтерс Клувер, 2010 // СПС КонсультантПлюс.

35. Малеин Н.С. Охраняемый законом интерес // Советское государство и право. 1980. № 1.
36. Малько А.В. Законные интересы советских граждан: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1985.
37. Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы как правовая категория. С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2004.
38. Малько А.В., Субочев В.В., Шериев А.М. Права, свободы и законные интересы: проблемы юридического обеспечения. М.: Норма, Инфра-М. 2010 / СПС КонсультантПлюс
39. Малышев, К. Курс общего гражданского права России. Часть 1. С.-Петербург, 1878.
40. Мейер Д.И. Русское гражданское право. Часть 1. - М.: Статут, 2000.
41. Перетерский И.С. Принудительные и диспозитивные нормы в обязательственном праве Гражданского кодекса. — Советское право, 1924, № 4, С. 68—80.
42. Постатейный научно-практический комментарий Земельного кодекса Российской Федерации / Волков Г.А., Голиченков А.К., Козырь О.М. // СПС КонсультантПлюс.
43. Почуйкин В.В. Уступка права требования: основные проблемы применения в современном гражданском праве России. М.: Статут, 2005.
44. Пояснительная записка к новому Гражданскому кодексу Чешской Республики // <http://obcanskyzakonik.justice.cz>.
45. Практика рассмотрения коммерческих споров: Анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации / Р.С. Бевзенко, А.В. Ерш, А.А. Маковская и др.; под ред. Л.А. Новоселовой, М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008. Вып. 4.
46. Римское частное право: учебник / В.А. Краснокутский и др.; под ред. Проф. И.Б. Новицкого, проф И.С. Перетерского. – М.: Волтерс Клувер, 2010.

47. Российское гражданское право: Т. 2: Обязательственное право / В.В. Витрянский, В.С. Ем, Н.В. Козлова и др.; отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М.: Статут. 2011.
48. Розенберг М.Г. Международная купля - продажа товаров. М.: Статут, 2007.
49. Садилов О.Н. Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве // Юридический мир. 2001. № 7.
50. Сериков Ю.А. Презумпции в гражданском судопроизводстве / Ю.А. Сериков; науч. ред. В.В. Ярков. М.: Волтерс Клувер, 2006.
51. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М.: Статут, 2010 // СПС КонсультантПлюс.
52. Советское гражданское право: учебник: в 2-х т. / под ред. О. А. Красавчикова. - 3-е изд., испр. и доп. - М.: Высш. шк. 1985.
53. Степанов Д.И. Устав как форма сделки / Вестник гражданского права, 2009, N 1 // СПС КонсультантПлюс.
54. Степанов Д.И. Диспозитивность норм договорного права. К концепции реформы общих положений Гражданского кодекса РФ о договорах / Вестник ВАС РФ. 2013. № 5. С. 6-59.
55. Субочев В.В. Законные интересы / под ред. А.В. Малько. М.: НОРМА, 2008.
56. Субочев В.В. Проблемы теории государства и права. Учебник / Под ред. А.В. Малько. - М.: Юрлитинформ, 2012.
57. Суханов Е.А. О частных и публичных интересах в развитии корпоративного права // Журнал российского права. 2013. N 1.
58. Французский гражданский кодекс: учебн.—практич. комментарий. – М.: 2008.
59. Халфина, Р.О. Договор в английском праве. М., 1959.
60. Хохлов С.А. Концептуальная основа части второй Гражданского кодекса // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель. М., 1996.

61. Цитович П.П. Курс русского гражданского права. Том 1. Учение об источниках права. Выпуск 1. - Одесса: Типография Г. Ульриха, 1878.

62. Черепахин Б.Б. Труды по гражданскому праву. - М.: Статут, 2001.

63. Шапп Я. Система германского гражданского права. М., 2006.

64. Ширвиндт А.М. Ограничение свободы договора в целях защиты прав потребителей в российском и европейском частном праве // Вестник гражданского права. 2013. N 1. С. 5 – 51.

65. Эннексерус Л., Кипп Т., Вольс германского гражданского права. Т. I. Полутом 1. М., 1949.

66. Эрделевский А.М. О некоторых вопросах злоупотребления правом // СПС КонсультантПлюс.

#### **Литература на иностранных языках**

1. Brox H. Allgemeiner Teil des BGB. 23., neubearb. Aufl. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 1999.

2. Calliess C. Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts. NJW 2005.

3. Chitty on Contracts. 29th ed. Vol. 1. General Principles. L.: Sweet&Maxwell, 2004.

4. David R. The Distinction Between Lois Imperatives and Lois Suppletives in Comparative Law // 22 Rev. Jur. U.P.R. 1952–1954.

5. David R. French Law. Its Structure, Sources, and Methodology. Louisiana State University Press, 1972.

6. Eisenberg M.A. The Limits of Cognition and the Limits of Contract // Stanford Law Review. 1994–1995. Vol. 47.

7. Ehrlich E. Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena, 1899.

8. Endemann Fr. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl., unveränd. Abdr. der 5. Aufl. Berlin, 1899.

9. Garro A.M. Codification Technique and the Problem of Imperative and Suppletive Laws // 41 La. L. Rev. 1980–1981.
10. Hesselink M.W. Non-Mandatory Rules in European Contract Law // 1 European Review of Contract Law. 2005.
11. J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen / BGB Einleitung / Neubearbeitung 2004.
12. Larenz, K. Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts: München. 1967.
13. Larenz, K. Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts: 7, neubearb. Aufl. – München. 1989.
14. Markesinis B., Unberath H., Johnston A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-nd ed. Oxford, 2006.
15. Medicus D. Schuldrecht I. Allgemeiner Teil. 14. Aufl. München: C.H. Beck, 2003.
16. Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 67. Aufl. München: C.H. Beck, 2008.
17. Pothier R. Traité élémentaire du contrat de société: Paris. 1861.
18. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full editions. C. von Bar, E. Clive. 2009.
19. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition / Ed. by C. von Bar, E. Clive and Hans Schulte-Nölke. 2009.
20. Regelsberger, F. Pandekten: Leipzig , 1893.
21. The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary / ed. by D. Busch, E.H. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas, W.M. Schrama. Kluwer, 2002.
22. Ulrici, B. Verbotsgesetz und zwingendes Gesetz. JuS 2005, S. 1073-1076.
23. Unger, J. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts - 5., unveränd. Aufl. Leipzig, 1892.

24. Wagner KI-R. Grenzen des Richterrechts. NJW 1981, S. 316-320.
25. Windscheid, B. Lehrbuch des Pandektenrechts Band 1 , Düsseldorf 1862.
26. Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996.