

К.А. Галин

ОГРАНИЧЕНИЯ ПРИНЦИПА СВОБОДЫ ДОГОВОРА НОРМАМИ ЗАКОНА В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВАХ ГЕРМАНИИ И РОССИИ

Аннотация. Статья посвящена исследованию влияния императивных, диспозитивных и оценочных норм законодательства на свободу договора. В первой части автор исследует вопрос о необходимости ограничения свободы договора, а также вопрос о презумпции императивности или диспозитивности норм договорного права в законодательствах Германии и России. Далее автор рассматривает влияние оценочных норм в законодательствах Германии и России на содержание договора, а также сравнивает практику применения положений о недействительности безнравственных сделок, содержащиеся в ст. 169 ГК РФ и в § 138 ГГУ.

Ключевые слова: ограничение свободы договора, императивные и диспозитивные нормы закона, презумпция императивности или диспозитивности норм закона, оценочные (каучуковые) нормы закона, добросовестность, справедливость, социальная мораль, безнравственная сделка, ростовщическая сделка.

Вступление

Несмотря на частноправовую природу и господство принципов автономии воли и свободы договора в гражданском праве, ни один правопорядок не может обойтись без установления общеобязательных запретов и предписаний. Как справедливо отмечал И.А. Покровский: «Не подлежит, конечно, сомнению, что недопустим договор, противный закону: государство имеет право определять необходимые условия общежития, и естественно, что частным лицам не может быть предоставлена возможность идти против закона и разрушать устанавливаемый им порядок. Так же естественно, в частности, что закон может вносить те или другие ограничения в область частных соглашений, может запрещать, например, наем малолетних детей на фабричные работы, может устанавливать maximum рабочих часов и т.д.»¹. «Право не может санкционировать договора об убийстве, о возбуждении бунта против властей и т.д.; это означало бы уничтожение самого правопорядка»².

Содержание конкретной сделки обычно дополняется положениями различных норм права, в основном гражданского. В частности, к законодательному регулированию договоров относятся многочисленные правовые нормы, развивающие сделки: общие требования к содержанию и оформлению договоров, порядку их заключения и исполнения. Среди названных норм имеются как императивные, так и диспозитивные нормы. Кроме того, в договорном регулировании выделяются нормы оценочного характера или так называемые «каучуковые нормы».

Представляется очевидным, что сфера договорных отношений во избежание различных злоупотреблений и нарушения публичных интересов должна быть урегулирована законодательством, однако любое регулирование влечет ограничение свободы, в данном случае — ограничение свободы договора, которая гарантирована ст. 421 ГК РФ. Это означает, что при регулировании договорных взаимоотношений всегда существует опасность, что его избыточный характер вместо защиты интересов общества наоборот приведет к существенному ограничению одного из основополагающих гражданских прав.

Настоящая статья посвящена различным видам нормативного регулирования договорных отношений и обеспечению принципа свободы договора при применении этого регулирования в правовых системах России и Германии.

1. Регулирование договорных отношений императивными и диспозитивными нормами права

Деление правовых норм на императивные, или повелительные (строго обязательные) и диспозитивные, или восполнительные (допускающие отступление) является давно известной общей характеристикой юридических предписаний, имеющей большое значение для процессов законотворчества и правоприменения. Особую значимость это деление приобретает в сфере гражданско-правового регулирования ввиду как самой специфики частноправовых отношений, допускающих широкую свободу действий их субъектов, так и повседневного применения гражданско-правовых норм.

Императивные нормы ввиду их важности строго обязательны и не допускают отступлений, независимо

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 3-е, стереотип. М., 2001. С. 251.

² Там же.

от возможностей и желания участников имущественного оборота, а допущенные отступления должны признаваться недействительными. Лишь в порядке исключения суду в ряде случаев предоставляется право при разрешении споров отходить от строгой обязательности императивных норм, обычно в интересах защиты более слабой стороны, каковой является физическое лицо (например, ст. 205, п. 3 ст. 1083, п. 4 ст. 1090 ГК РФ).

Диспозитивные нормы действуют постольку, поскольку стороны своим соглашением не установили иные условия своего поведения.

Казалось бы, разграничение императивных и диспозитивных норм не составляет большого труда и легко усматривается из содержания нормы права, однако при определении характера норм договорного права в научной литературе выявляются, к сожалению, различные подходы и выводы, которые способны вести к неустойчивой и противоречивой правоприменительной практике.

Эта проблема является чрезвычайно актуальной и важной для российского гражданского права, поскольку придание какому-либо положению договорного права императивного характера означает исключение свободного усмотрения сторон в части отношений, урегулированных данной нормой права, то есть ведет к ограничению принципа свободы договора.

1.2. Императивность и диспозитивность норм гражданского права России

Еще в условиях ранее действовавшего гражданского законодательства, для которого были характерны многочисленные правовые запреты и детальная регламентация, В.Ф. Яковлев сделал следующий вывод: диспозитивность проявляется в избытии диспозитивных норм, которое наблюдается в гражданском праве. В некоторых его институтах (например, обязательственном праве) они абсолютно преобладают над нормами императивными³. Аналогичные суждения можно найти и в популярном учебнике гражданского права: «...Большинство норм гражданского права носит диспозитивный характер»⁴. Этот вывод соответствует общепринятым представлениям о гражданском праве как ядре частного права, для которого характерны равенство участников и автономия воли.

Однако существует и противоположная характеристика гражданско-правовых норм.

³ Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972. С. 86.

⁴ Гражданское право: Учебник. Ч. I. 5-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2001. С. 41.

«...В случае сомнения в юридической природе конкретной гражданско-правовой нормы следует исходить из ее императивного характера, ибо диспозитивность должна быть прямо, недвусмысленно выражена в ней, будучи все-таки особенностью, а не общим правилом правового регулирования, в т.ч. гражданско-правового»⁵.

В русле этих же суждений лежат приводимые М.И. Брагинским цифры: «В новом ГК в составе норм, регулирующих отдельные виды договоров, оказалось около 1600 императивных и только около 200 диспозитивных норм»⁶.

В последнее время в связи с реформированием действующей кодификации гражданского права с новой силой встал вопрос об установлении императивного или диспозитивного характера норм и необходимости закрепления в ГК РФ презумпции диспозитивности норм договорного права.

В правовой литературе все чаще встречается идея отказа от позитивного закрепления характера правовой нормы. Вместо указания в тексте закона формулировок «если иное не предусмотрено соглашением сторон», «при отсутствии иного соглашения» и т.п., позволяющих сделать вывод о диспозитивном регулировании, предлагается устанавливать характер правового регулирования в каждом конкретном случае, руководствуясь смыслом и целью принятия правового предписания.

Таким образом, определяющим при решении вопроса о диспозитивности или императивности определенной нормы права должна стать ее оценка со стороны доктрины права и судебной практики. Это предложение было выдвинуто и аргументировано А.Г. Карапетовым⁷

В отношении необходимости закрепления в ГК РФ общего руководящего указания для определения характера правового регулирования в виде презумпции диспозитивности или императивности норм договорного права существуют различные точки зрения.

Так, А.Г. Карапетов предлагает в ст. 421 или 422 ГК РФ «прямо указать на презумпцию диспозитивности норм кодекса и других гражданско-правовых законов о сроках, сделках, обязательствах или договорах, если иное не вытекает из прямого указания в законе или природы соответствующей нормы»⁸.

⁵ Гражданское право: Учебник. 2-е изд. / Под ред. Е.А. Суханова. М., 1998. Т. 1. С. 63.

⁶ Брагинский М.И. О нормативном регулировании договоров // Журнал российского права. 1997. № 1.

⁷ Карапетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 100-133.

⁸ Там же. С. 130.

Другие же авторы, полагают, что в настоящее время очень остро стоит задача «смягчить позитивизм, которым проникнуты судьи, прежде всего, старой закалки», поэтому вместо позитивного закрепления презумпции диспозитивности «надо добиваться изменения мировоззрения правоприменителя»⁹.

Проект нового ГК РФ (Проект Федерального закона № 47538-6) не предусматривает включения в ст. 421 или 422 ГК РФ презумпции диспозитивности норм договорного права, такое предложение отсутствует также и в Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России, одобренной 26.01.2009.

В тексте Концепции совершенствования общих положений ГК РФ, одобренной 11.03.2009, в отношении изменения ст. 168 ГК РФ отмечается, что «имеют место случаи, когда несоответствие сделки тем или иным положениям закона не может выступать основанием для столь существенной негативной оценки данной сделки со стороны правопорядка, как признание ее ничтожной... Целесообразно уточнить, что не любая не соответствующая закону сделка является недействительной, а только та, которая нарушает запрет закона» (п. 1 § 2 раздел V).

Таким образом, Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства предлагается помимо деления на императивные и диспозитивные нормы права выделять «запреты закона», нарушение которых влечет недействительность сделки.

Согласно данному предложению для признания сделки недействительной по ст. 168 ГК РФ суду будет необходимо не просто установить несоответствие сделки норме права, но еще и определить является ли данная норма права «запретом закона». Суд, применяя ст. 168 ГК РФ и устанавливая несоответствие сделки закону, уже не сможет руководствоваться простым отсутствием в норме права формулировок, указывающих на ее диспозитивность, а должен будет толковать смысл нормы в целях установления наличия или отсутствия в ней запрета. Изложенное фактически представляет собой косвенное закрепление в законе требования судам в каждом конкретном случае оценивать содержание нормы права для определения ее характера.

1.3. Императивность и диспозитивности норм гражданского права Германии

В ГГУ императивный характер норм во многих случаях прямо выражен¹⁰. Однако в обязательственном праве Германии, как правило, не содержится четкого указания на императивность или диспозитивность конкретной нормы и возникает вопрос определения характера нормативного предписания.

В доктрине права Германии отмечается, что в обязательственных правоотношениях существенное значение имеет то, что регулирующие их нормы в большинстве случаев являются диспозитивными и позволяют сторонам урегулировать все самостоятельно¹¹. Лишь в случае, если необходимо защитить определенные интересы стороны или третьего лица, норма является принудительной и не может быть изменена сторонами (например, абз. 1 § 311 b ГГУ — требование нотариального удостоверения сделок с недвижимостью, или § 566 ГГУ — защита арендатора помещений при смене собственника). Помимо диспозитивных и принудительных норм в Германии выделяют также полупринудительные нормы (*halbzwingende Normen*), которые встречаются во многих положениях о защите прав потребителей и предусматривают, что отступление от их регулирования хоть и возможно, но только в сторону улучшения положения потребителя¹².

Господствующее правовое мнение в Германии исходит из того, что свобода договора прямо закреплена в Конституции (Основном законе) Германии, а именно в абз. 1 ст. 2, согласно которому каждый имеет право на свободное развитие своей личности, поскольку он не нарушает прав других лиц и не посягает на конституционный порядок или нравственный закон. Право на свободное развитие личности толкуется в Германии расширительно и охватывает не только всеобщую свободу личности, но и всеобщую свободу действий, в которую, соответственно, входят свобода заключения договора, свобода выбора контрагента и свобода составления содержания договора¹³.

Согласно абз. 3 ст. 1 Конституции Германии основные права обязательны для законодательной, исполнительной власти и правосудия как непосредственно действующее право. Таким образом, свобода договора действует в Германии непосредственно как конституционно закрепленная свобода каждого.

¹⁰ Эннексерус Л., Кипп Т., Вольф М. Курс германского гражданского права. Т. I. Полутом 1. М., 1949. С. 173.

¹¹ См.: Там же.

¹² Einführung zum BGB von Professor Dr. Helmut Köhler, München, 2003. S. XVIII.

¹³ См.: Heinrich Christian. Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Tübingen, 2000. S. 74-75

⁹ Егоров А. Текст доклада на круглом столе по договорному праву, прошедшем в рамках Научно-практической конференции на Петербургском юридическом форуме в мае 2012 г. (http://rapsinews.ru/judicial_analyst/20120521/263223383.html)

Отнесение свободы договора к основополагающим конституционным свободам соответствует ограничительной модели права, согласно которой право определенным образом ограничивает свободу отдельного индивидуума лишь с внешней стороны. Правопорядок обязан особо обосновать каждый случай ограничения. В публичном праве ограничительная модель необходима как основа концепции основных прав, обеспечивающих защиту лица от произвола государства. Приоритет отдается свободе воли сторон по оформлению своих правоотношений, контроль же имеет место во внешней сфере этой свободы¹⁴.

С учетом этого при наличии сомнений в том, является ли норма ГГУ диспозитивной или императивной, суды в силу абз. 3 ст. 1 Конституции Германии должны исходить из приоритета конституционной свободы договора, которая предполагает возможность свободного формирования сторонами своих обязательственных отношений.

Таким образом, при применении положений ГГУ, в которых прямо не выражен их императивный характер, суды должны руководствоваться презумпцией диспозитивности нормативного регулирования. Конечно, данная общая презумпция опровергается в соответствующих случаях, когда нормативное регулирование установлено в целях защиты интересов слабой стороны договора или интересов третьих лиц, права которых затрагиваются договорными положениями.

Правовая определенность при установлении императивности или диспозитивности конкретной нормы права достигается также благодаря наличию многочисленных правовых исследований, подкрепленных судебной практикой, в которых мотивированно разбирается, почему данная норма права является императивной или диспозитивной.

Необходимо отметить, что в первоначальном проекте ГГУ предпринималась попытка прямо определить императивный или диспозитивный характер всех норм. Но при дальнейшем рассмотрении законопроекта эта идея была отвергнута, что было зафиксировано Комиссией по ревизии предварительного проекта ГГУ в 1896 г.¹⁵

Обоснованность отхода от прямого закрепления императивного или диспозитивного характера нормативных положений обязательственного права подтверждается практикой правоприменения и других стран ЕС, в частности, в Комментариях к Принципам европейского договорного права указывается, что в ус-

ловиях отсутствия прямого указания в тексте нормы на практике в праве европейских стран именно суды определяют ее диспозитивный или императивный характер путем толкования¹⁶.

1.4. Позиция автора

Конечно, в правовом регулировании по общему правилу должны преобладать императивные нормы, без чего право утрачивает свое воздействие на общественные отношения. Это общепризнанно и в обосновании не нуждается. Однако гражданское право как важнейшая отрасль частного права находится, на наш взгляд, в особом положении. В отличие от права публичного частного право традиционно рассматривается в связи с автономией воли и формальным равенством субъектов.

Г. Кельзен видел в основе деления права на частное и публичное различные способы правотворчества: автократический и демократический¹⁷. Разница между ними заключается в механизме обязывания. Если норма, установленная договором адресована только тем субъектам, которые сами принимали участие в её разработке, то есть сторонам договорного соглашения, то в публичном праве, которое является примером автократического правотворчества, нормы принимаются без непосредственного учёта мнения субъектов устанавливаемых прав и обязанностей. Именно в этой возможности каждого субъекта составлять свои правовые отношения по собственному желанию и есть коренное отличие частного права от публичного.

Таким образом, гражданское право не сможет успешно выполнять свои задачи при господстве строго обязательных правовых предписаний, сдерживающих хозяйственную инициативу и заинтересованность.

Представляется справедливым, что диспозитивный или императивный характер нормы договорного права должен устанавливаться судами в каждом конкретном деле с учетом смысла и целей принятия нормы, а также сложившейся практики правоприменения и доктрины права. При этом суды должны осознавать важность принципа свободы договора и приоритет условий соглашения сторон перед нормами договорного права.

К сожалению, приходится констатировать, что для современного уровня российского судопроизводства, для которого все еще характерно буквальное толкование закона, отсутствие полноценной мотивировки выводов судебных актов и нежелание принимать любое соглашение сторон, не вписывающиеся в привычные

¹⁴ Ян Шапп. Основы гражданского права Германии. Москва, 1996. С. 229.

¹⁵ Карапетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права. // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 121.

¹⁶ Там же. С. 120.

¹⁷ Кельзен Ханс. Чистое учение о праве. Сб. пер. Вып. 1. М.: АН СССР ИНИОН, 1987.

рамки известных судьям договорных типов, задача мотивированного толкования норм договорного права с целью установления характера их регулирования будет крайне сложной и даже невыполнимой для рядовых судей, если они предварительно не получат несколько примеров такого толкования от ВАС РФ и ВС РФ.

2. Регулирование договорных отношений оценочными нормами права

Кроме императивных и диспозитивных норм закона содержание сделки дополняют так называемые «каучуковые нормы». Эти нормы также фиксируются в законодательных и иных актах и представляют собой социально обусловленные обобщённые идеи, принципы, которые с необходимостью должны присутствовать в договорах («общественный порядок», «публичный интерес», «добрые нравы», «разумный срок» и т.п.)

Понятия, о которых идет речь, отличаются тем, что они представляют собой некую меру, от которой отправляются при определении значимости обстоятельств, характеризующих конкретный случай. Именно по этой причине, за небольшим исключением, нет возможности установить единообразно, не прибегая к другим таким же оценочным категориям, объем искомого понятия. Однако в этом и нет нужды, поскольку само появление подобных категорий объясняется стремлением предоставить субъектам оборота и суду в необходимых случаях возможность самим указать, в какие именно рамки укладываются соответствующие конкретные ситуации, тем самым в строго установленных пределах индивидуализировать содержащееся в норме правило.

В российской дореволюционной цивилистике решительным противником таких норм был И.А. Покровский В этой связи он подверг резкой критике не только Швейцарский гражданский кодекс, но и Германское гражданское уложение, а также авторов проекта российского Гражданского уложения. Основной его аргумент состоял в необходимости оградиться от «свободного судебного правотворения». И.А. Покровский так отзывался о подобных нормах: «Внеюрисдикционные инстанции, которые привлекает право для своего пополнения, растут в числе и расширяются в объёме; но мы видели, что все они в конечном счёте служат только прикрытием для свободного усмотрения судьи»¹⁸.

Сегодня представляется уже очевидным, что правоприменение, следующее исключительно букве закона, является слишком жестким и неспособным к адекватному функционированию в условиях постоян-

но меняющихся сложных общественных отношений. Конечно, законодателю предоставлена возможность реагировать на актуальные тенденции общественной жизни при помощи внесения в закон соответствующих изменений или издания новых нормативно-правовых актов, однако расширение правового урегулирования общественных отношений также имеет границы. В противном случае, работа законодателя, пытающегося зафиксировать в праве со все возрастающей скоростью меняющуюся социальную реальность, превратилась бы в подобие сизифова труда. Зачастую очень долгая процедура законотворчества, а также сознательно или неосознанно неразрешенные законодателем проблемы выступают причинами, по которым закон не может найти решения, подходящего для каждой конкретной ситуации¹⁹.

Необходимы не новые законодательные акты, направленные на урегулирование отдельных общественных явлений, которые за недостатком абстрактности снова потребуют принятия новых правовых предписаний, а гибкие, «каучуковые» нормы, позволяющие избежать казуистичности законодательства и излишне жесткого регулирования общественных отношений.

Таким образом, в любом правовом порядке должно присутствовать достаточное количество норм, санкционирующих определенное «свободное усмотрение» правоприменителя в установленных этой нормой границах.

2.1. Оценочные нормы в гражданском праве России

Применительно к ГК РФ следует отметить, что в нем есть достаточно большое число «каучуковых норм» — это те нормы, в которых употребляются понятия «добросовестность», «разумность» и «справедливость» и др. Значительное число таких понятий может быть определенным образом сгруппировано вокруг одного, формирующего группу понятия.

Первое место по количеству норм, в которых оно использовано, и их значимости занимает группа, которая образуется вокруг почти неизвестного ранее российскому праву понятия «разумный». Имеется в виду, в частности, «разумный срок», а наряду с ним — «разумные расходы», «разумное ведение дел», «разумная мера», «разумная цена», «разумно», «разумность», «разумная заботливость», «разумное понимание», «разумно произведенные».

Вторая понятийная группа связана с термином «обычный»: «обычно предъявляемые требования»,

¹⁸ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. С. 274.

¹⁹ См.: Heinrich Christian Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Tübingen, 2000. S. 207-208.

«обычно применяемое правило», «обычная практика», «обычно устанавливаемая цена», «обычный способ», «обычный срок», «обычные условия», «национальный обычай».

Третья имеет в качестве ключевой формулу «необходимый». Соответственно выделяются «необходимые меры», «необходимые условия», «необходимые расходы», «необходимость», «необходимое для осуществления», «необходимое для содержания», «нормально необходимое».

В четвертой группе коренное слово — «существенный». Соответственно выделены: «существенные условия», «существо обязательства», «существо договора», «существо банковского вклада», «существенные недостатки», «существенные нарушения».

К другим таким же гибким понятиям можно отнести: «уважительные причины», «очевидно свидетельствующие», «чрезвычайность», «явная несоразмерность», «крайняя незначительность», «осуществимые», «конкретные», «нормальное ведение», «неустранимые недостатки», «явные недостатки», «незамедлительно», «наиболее очевидный», «тяжелые обстоятельства», «достаточное основание», «заслуживающие внимания», «общие начала и смысл», «наиболее выгодные условия», «должная заботливость», «доступные меры», «добросовестность» и «недобросовестность» и др.

Для сравнения можно указать, что из всего приведенного выше перечня в ГК 1922 г. и ГК 1964 г. использовались, к тому же крайне редко, главным образом, только «добросовестность», «необходимое», «обычные» и «существенные».

К сожалению, до настоящего времени российские суды не выработали какой-то устоявшейся и целенаправленной практики применения оценочных норм. В случае разрешения спора, в котором, исходя из обстоятельств дела, необходимо использовать закрепленные в ГК РФ категории «добросовестности» и «справедливости», суды обычно предпочитают уклониться от этого, опасаясь отойти от прямо закрепленной буквы закона и проявить свое свободное усмотрение.

Характерным примером использования российскими судами оценочных норм является положение ст. 169 ГК РФ, устанавливающее, что сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ничтожна. Это положение ГК РФ по сути аналогично § 138 ГГУ, однако применяется в России совсем не так как в Германии.

Так, например, в Информационном письме Президиума ВАС РФ от 20.10.2010 № 141 «О некоторых вопросах применения положений ст. 319 ГК РФ» суд разъяснил, что соглашение, предусматривающее, что при исполнении должником денежного обязательства не в полном объеме требования об уплате неустойки,

процентов, предусмотренных ст. 395 ГК РФ, или иные связанные с нарушением обязательства требования погашаются ранее требований, названных в ст. 319 ГК РФ (требования об уплате основного долга и процентов), противоречит смыслу данной статьи и является ничтожным на основании ст. 168 ГК РФ. Между тем ст. 319 ГК РФ по своему характеру является диспозитивной (на что прямо указывает формулировка «при отсутствии иного соглашения») и не предусматривает каких-либо запретов или ограничений для установления очередности погашения денежных требований, связанных с нарушением обязательства. Запрещая подобные соглашения, суд руководствовался, прежде всего, принципом справедливости и действовал в интересах защиты должника по денежному обязательству. Того же результата суд мог бы достичь, применив подлежащее, на наш взгляд, применению в данном случае положение ст. 169 ГК РФ, согласно которому сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ничтожна. Однако в России, в противоположность Германии, где закреплена генеральная клаузула ничтожности сделок, противоречащих добрым нравам (§ 138 I ГГУ), а также иным развитым зарубежным правопорядкам, эти нормы применяются крайне редко.

К сожалению, существующая правоприменительная практика направлена не на развитие применения ст. 169 ГК РФ, а, напротив, на его ограничение. Так, в соответствии с п. 1 Постановления Пленума ВАС РФ от 10.04.2008 № 22 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с применением ст. 169 ГК РФ» к безнравственным сделкам отнесены действия, нарушающие скорее положения уголовного законодательства, а отнюдь не добросовестное поведение участника гражданского договора. В частности, к сделкам, являющимся ничтожными согласно ст. 169 ГК РФ, были отнесены: сделки, направленные на производство и отчуждение определенных видов объектов, изъятых или ограниченных в гражданском обороте (соответствующие виды оружия, боеприпасов, наркотических средств, другой продукции, обладающей свойствами, опасными для жизни и здоровья граждан, и т.п.); сделки, направленные на изготовление, распространение литературы и иной продукции, пропагандирующей войну, национальную, расовую или религиозную вражду; сделки, направленные на изготовление или сбыт поддельных документов и ценных бумаг.

Справедливости ради необходимо отметить, что подобной трактовке ст. 169 ГК РФ способствовала предусмотренная данной статьей санкция — изъятие всего полученного по сделке в доход государства при наличии умысла у обеих сторон сделки. Чрезмерно жесткий для гражданского права характер данной

санкции отмечается и в Проекте нового ГК РФ (Проект Федерального закона № 47538-6), и в Концепции совершенствования общих положений ГК РФ, одобренной 11.03.2009.

Так, согласно п. 1 § 2 раздел V Концепции совершенствования общих положений ГК РФ, одобренной 11.03.2009: «Не могут исключаться случаи, в которых последствием совершения сделки, нарушающей основы правопорядка и нравственности, должна выступать двусторонняя реституция. Положения ГК РФ, не допускающие подобную возможность, могут считаться не достаточно гибкими». Далее Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства отмечается: «Целесообразно внести коррективы в содержание ст. 169 ГК РФ, предусмотрев применение конфискационной санкции не в качестве обязательного последствия недействительности соответствующей сделки, а в качестве механизма, который может применяться судом в тех случаях, когда затруднено или невозможно использование иных публично-правовых средств».

Указанные предложения были восприняты при подготовке проекта нового ГК РФ, в частности, в проекте Федерального закона № 47538-6 предлагается следующим образом изменить ст. 169 ГК РФ: «Сделка, совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, ничтожна и влечет последствия, установленные статьей 167 настоящего Кодекса. В случаях, предусмотренных законом, суд может взыскать в доход Российской Федерации все полученное по такой сделке сторонами, действовавшими умышленно, или применить иные последствия, установленные законом».

2.2. Оценочные нормы в гражданском праве Германии

В положениях ГГУ свобода договора часто ограничивается социально-этическими критериями «добрых нравов» и «доброй совести». Помимо § 138 ГГУ, прямо признающего недействительной всякую сделку, противоречащую «добрым нравам», следует указать и правила о толковании договоров в соответствии с требованиями «доброй совести» (§ 157 ГГУ) и, наконец, правило об исполнении договоров так, «как того требует добрая совесть, сообразуясь с обычаями гражданского оборота» (§ 242 ГГУ).

Как уже отмечалось в ст. 169 ГК РФ представляет собой норму, аналогичную § 138 ГГУ, однако в правоприменительной практике Германии к сделкам, противоречащим добрым нравам согласно § 138 ГГУ, отнесены совсем другие группы сделок.

Нарушение добрых нравов в Германии есть противоречие минимальным требованиям социальной мора-

ли²⁰. Под социальной моралью понимаются моральные представления, действительно господствующие в обществе, в воззрениях разумных и добропорядочных граждан всего народа²¹. Не требуется, чтобы лицо, нарушающее добрые нравы, осознавало это; достаточно просто осознанного совершения фактического поступка.

В классическом учебнике германского права²² указывается, что большинство случаев нарушения правил добрых нравов могут быть сведены в следующие группы:

1) Сделка, представляющая собой осуществление того или способствование тому, что запрещено добрыми нравами, или же служит препятствием для осуществления того, что предписано добрыми нравами. Например, ничтожно условие, которым выговаривают себе денежное вознаграждение на случай развода с принятием на себя вины.

2) Сделка, обязывающая к действиям (или к воздержанию от действий), которые должны быть свободными. Например, обещание усыновить лицо или отдать своего ребенка в усыновление, обещание безбрачия или вступления в брак по воле другого лица, договоры, имеющие своим назначением облегчение развода или прекращение семейной общности, обещание переменить вероисповедание или, наоборот, не менять такового и т.п.

3) Сделки, чрезмерно ограничивающие личную или экономическую свободу отдельного лица посредством установления слишком строгих обязательств. К этим случаям относятся, так называемые «оговорки о конкуренции», которые, однако, не всегда нарушают добрые нравы. При рассмотрении судом вопроса, имеется ли противоречащее добрым нравам нарушение свободы, решающее значение имеет, с одной стороны, степень (размер) ограничения, а равно его продолжительность, а с другой — больший или меньший правомерный интерес, который в этом ограничении имеет другая сторона (которому, в свою очередь, противостоят принципы экономической свободы и свободы конкуренции)²³.

4) Сделки, ставящие в зависимость от уплаченных денег и ценностей то, что по правилам добрых нравов не должно от этого зависеть. Например, несовершение преступления, правильное решение со стороны судьи, недонесение о преступлении, вступление в брак, поскольку дело идет не о приданном или об облегчении

²⁰ Ян Шапп. Основы гражданского права Германии. М., 1996. С. 229.

²¹ Эннекцерус Л., Кипп Т., Вольф М. Курс германского гражданского права. Т. I. Полутом 2. М., 1949. С. 269

²² Там же. С. 272-276.

²³ Там же. С. 274.

иным образом расходов, связанных с браком, дача правдивого показания и дозволенный отказ от показаний, исполнение обязательства.

5) Ростовщические и другие эксплуататорские сделки, указанные в § 138 II ГГУ, который устанавливает: «В частности, ничтожна сделка, по которой какое-либо лицо, пользуясь стесненным положением, неопытностью, легкомыслием или слабоволием другого, заставляет последнего взамен каких-либо услуг со своей стороны пообещать или предоставить себе или третьему лицу имущественные выгоды, явно несоразмерные встречному удовлетворению».

Как следует из выражения «в частности», § 138 II ГГУ регулирует специальный случай безнравственной сделки, конкретизирующий генеральную клаузулу ничтожности сделок, противоречащих добрым нравам. Как отмечает Генрих Кристиан, против толкования § 138 II ГГУ как ограничения генеральной клаузулы говорит не только формулировка указанной нормы, но и исторические и телеологические предпосылки²⁴.

В соответствии с данной нормой ничтожность сделки наступает при наличии следующих предпосылок: с объективной стороны, во-первых, должно иметься обещание или предоставление имущественных выгод, которые настолько превышают (на момент заключения сделки) ценность совершаемого действия, что получается разительное (по обстоятельствам дела) несоответствие между предоставлением и встречным предоставлением; во-вторых, другое лицо (по общему правилу — контрагент, но возможно и третье лицо) находилось в нужде или было легкомысленным либо неопытным; с субъективной стороны требуется наличие эксплуатации, то есть сознательное (злой умысел не является необходимым) использование нужды, легкомыслия, неопытности.

Вопрос соотношения абзацев I и II § 138 ГГУ возникает в том случае, если вышеуказанный состав ростовщической сделки согласно § 138 II ГГУ не был исполнен в полном объеме. Господствующее мнение придерживается той точки зрения, что если состав § 138 II ГГУ не был полностью исполнен, то это исключает также наличие предпосылок для признания сделки безнравственной согласно § 138 I ГГУ. Вопреки этому мнению Генрих Кристиан полагает, что абзацы I и II § 138 ГГУ возможно применять параллельно друг другу, поскольку абз. II не содержит никакого запрета применения абз. I, поэтому нет никаких оснований для вывода о том, что отсутствие полной совокупности элементов состава § 138 II ГГУ исключает общее признание

сделки безнравственной²⁵. При проверке генеральной клаузулы § 138 I ГГУ, по мнению Генриха Кристиана, возможен такой случай, когда особенно сильное несоответствие между предоставлением и встречным предоставлением при отсутствии всех элементов, необходимых для состава § 138 II ГГУ, все же будет являться основанием для признания сделки безнравственной.

2.3. Позиция автора

Оценочные нормы создаются законодателем. И если он отказывается от определения их смысла, то таким образом выражает волю раздвинуть рамки свободного усмотрения тех, кто применяет норму. Однако тем самым не исключается необходимость определенной унификации подхода к разъяснению смысла, заложенного в норме понятия. Этому может содействовать доктринальное толкование, и, прежде всего, содержащееся в различного рода комментариях. Последние имеют целью обеспечить возможность того, чтобы толкование легального понятия в данном конкретном случае, как и во всех других, действительно соответствовало воле законодателя.

С учетом изложенного, оценочная правовая норма получает определенное содержание только после ее применения в конкретном случае, и поэтому в случае с оценочными нормами на правоприменителя возлагается не только функция реализации готовых нормативных предписаний, но и роль творца права, свободное усмотрение которого ограничено лишь рамками оценочной нормы. Из этого следует, что механизм «каучуковых» норм имеет смысл и может работать лишь при активной правоприменительной практике.

Чрезвычайно важной оценочной нормой, содержащейся в законодательствах большинства европейских стран и широко применяющейся судами и в наше время, является норма о запрете совершения антисоциальных и противных добрым нравам сделок. При помощи нормы о запрете антисоциальных сделок на частное право оказывает влияние система основополагающих ценностей государства, закрепленная в Конституции. Например, на основании § 138 ГГУ судебная практика Германии противостоит недобросовестному использованию отдельными участниками оборота своей экономической мощи.

Аналогичная норма содержится и в ст. 169 ГК РФ, однако практика применения этой нормы в России крайне незначительна и существенно отличается от европейской, что, к сожалению, характеризуют современный низкий уровень судебного правоприменения России. На отдельные моменты, препятствующие над-

²⁴ Heinrich Christian Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Tübingen, 2000. S. 389.

²⁵ Там же: S. 390.

лежащему применению ст. 169 ГК РФ, было обращено внимание при подготовке проекта нового ГК РФ. Несомненно, что предложенные изменения ГК РФ могут благоприятно сказаться на расширении сферы применения ст. 169 ГК РФ, однако помимо изменения закона

для обеспечения реализации механизма, заложенного в оценочную норму, необходимо изменить также и мировоззрение современных российских судей, которые должны быть творческими развитыми людьми, толкующими закон по его духу, а не по букве.

Библиографический список:

1. Heinrich Christian. Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Tübingen, 2000.
2. Köhler Helmut Einführung zum BGB. München, 2003.
3. Брагинский М.И. О нормативном регулировании договоров // Журнал российского права. 1997. № 1.
4. Гражданское право: Учебник. Ч. I. 5-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2001.
5. Гражданское право: Учебник. 2-е изд. / Под ред. Е.А. Суханова. М., 1998. Т. 1.
6. Карапетов А.Г. Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.
7. Кельзен Ганс. Чистое учение о праве. Сб. пер. Вып. 1. М.: АН СССР ИНИОН, 1987.
8. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права Изд. 3-е, стереотип. М., 2001.
9. Садиков О.Н. Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве // Юридический мир, июль 2001 г.
10. Шапп Ян. Основы гражданского права Германии. М., 1996.
11. Эннексерус Л., Кипп Т., Вольф М. Курс германского гражданского права. Т. I. Полутом 1. М., 1949.
12. Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972.

References (transliteration):

1. Braginskiy M.I. O normativnom regulirovanii dogovorov // Zhurnal rossiyskogo prava. 1997. № 1.
2. Grazhdanskoe pravo: Uchebnik. Ch. I. 5-e izd., pererab. i dop. / Pod red. Sergeeva A. P., Tolstogo Yu. K. M., 2001.
3. Grazhdanskoe pravo: Uchebnik. 2-e izd. Pod red. Sukhanova E.A. M., 1998. T. 1.
4. Karapetov A.G. Svoboda dogovora i predely imperativnosti norm grazhdanskogo prava // Vestnik VAS RF. 2009. № 11.
5. Kel'zen Gans. Chistoe uchenie o prave. Sb. per. Vyp. 1. M.: AN SSSR INION, 1987.
6. Pokrovskiy I.A. Osnovnye problemy grazhdanskogo prava Izd. 3-e, stereotip. M., 2001.
7. Sadikov O.N. Imperativnye i dispozitivnye normy v grazhdanskom prave // Yuridicheskiy mir, iyul' 2001 g.
8. Shapp Yan. Osnovy grazhdanskogo prava Germanii. M., 1996.
9. Ennektserus L., Kipp T., Vol'f M. Kurs germanskogo grazhdanskogo prava. T. I. Polutom 1. M., 1949.
10. Yakovlev V.F. Grazhdansko-pravovoy metod regulirovaniya obshchestvennykh otnosheniy. Sverdlovsk, 1972.