

В Е С Т Н И К ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

№1
2006
Том 6

Редакционный Совет

М.И. БРАГИНСКИЙ

В.В. ВИТРЯНСКИЙ

Г. А. ГАДЖИЕВ

В. ЕМ

И.С. ЗЫКИН

А.А. ИВАНОВ

А.С. КОМАРОВ

П.В. КРАШЕНИННИКОВ

А.А. МАКОВСКИЙ

(председатель)

Е.А. СУХАНОВ

В.Ф. ЯКОВЛЕВ

Главный редактор

Е.А. СУХАНОВ

Зам. главного редактора

СВ. ТРЕТЬЯКОВ

Редакционная коллегия

Г.Е. АВИЛОВ

В.А. ЖУКОВ

(ответственный секретарь)

СВ. ТРЕТЬЯКОВ

О.М. КОЗЫРЬ

А.Н. КУЧЕР

А.А. МАКОВСКАЯ

Л.А. НОВОСЕЛОВА

Е.А. ПАВЛОВА

СВ. САРБАШ

Д.И. СТЕПАНОВ

В.В. ЧУБАРОВ

Выпускающий редактор Т.Б. ДЕГАТЬКОВА

Директор издания СЮ. КОНАРЕВ

Дизайн: А.Г. ОРЛОВА

Отдел рекламы: reklama@mvgp.ru

Отдел подписки: podpiska@mvgp.ru

Отдел доставки: dostavka@mvgp.ru

Журнал «Вестник гражданского права»

выходит два раза в полугодие.

«Вестник гражданского права» зарегистри-

рован Федеральной службой по надзору

за соблюдением законодательства в сфере

массовых коммуникаций и охране

культурного наследия.

Per. № ФС77-25484 от 14 августа 2006 г.

Учредители:

В. Ем, А.Л. Маковский, Е.А. Суханов

Издатель: ООО «Издательский дом В. Ема»

119454, г. Москва, ул. Лобачевского,

д. 92, корп. 4, оф. 6.

тел.: +7(495)649 18 06;

www.mvgp.ru

Перепечатка материалов из журнала

«Вестник гражданского права»

допускается только с согласия Издателя.

Ссылка на источник опубликования обязательна.

Издатель или Редакция не дают справок

и консультаций и не вступают в переписку.

Рукописи не рецензируются и не возвращаются.

Учредители и Издатель не несут ответственности

за содержание рекламы и объявлений.

Мнения, высказываемые в публикациях

авторов, не обязательно отражают

официальную точку зрения организаций,

которые они представляют.

ISSN 1992-2043

Подписано в печать 09.11.2006.

Формат 70 x 100 1/16. Объем 18 п.л.

Тираж 5 000 экз. Цена свободная

Отпечатано

ООО «Технология ЦД»

119606, Москва, пр-т Вернадского, д.84

ПРИНЦИП ДОБРОЙ СОВЕСТИ В ПРОЕКТЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА



И.Б. НОВИЦКИЙ

В нормах гражданского права очень нередко можно или встретить прямое упоминание начала «дородой совести» или обнаружить невыраженную *verbis expressis* связь содержания данного постановления с той же идеей. Эта черта, выпукло выступающая в новейших западноевропейских кодификациях, не могла не проявиться и в русской кодификационной работе — проекте Гражданского уложения. В дальнейшем делается попытка очернить предположения в этом направлении авторов проекта, при этом мы ограничиваем свою работу рамками одного лишь обязательственного права как внесенного уже в окончательной формулировке на рассмотрение Государственной Думы.

ГЛАВА I ПОНЯТИЕ ДОБРОЙ СОВЕСТИ

Многочисленные случаи, когда гражданско-правовые нормы прямо или косвенно привлекают начало доброй совести, могут быть сведены к двум основным категориям. В одних случаях добрая совесть выступает в объективном значении, как известное внешнее мерило, которое принимается во внимание законом, судом, применяющим закон, и которое рекомендуется членам гражданского оборота в их взаимных сношениях друг с другом; здесь

перед нами как бы открывается новый источник, выступает параллельная или подсобная норма, призываемая к действию законом¹. В других случаях принимается во внимание добрая совесть в субъективном смысле, как определенное сознание того или иного лица, как неведение некоторых обстоятельств, с наличием которого закон считает возможным связать те или иные юридические последствия².

Необходимо прежде всего остановиться на вопросе, что же обозначает добрая совесть в том и другом смысле.

§ Добрая совесть как объективное (внешнее) мерило

Ни в самом проекте, ни в объяснительных записках к разным его редакциям мы не находим не только точного определения принципа добросовестности в нормативном смысле, но даже и приблизительных его очертаний. Все, что может быть извлечено из названных материалов, сводится к общим замечаниям редакционной комиссии, что «договорные отношения сторон должны покоиться на началах справедливости и добросовестности», что «требования добросовестности составляют коренное начало договорно-обязательственных отношений»³ и т.п. Редакционная Комиссия приводит также ряд примеров, в которых сказано значение этого принципа⁴, но в рассмотрение его сущности не входит.

Добрая совесть в качестве внешнего мерила в принципе не есть новшество современного законодательства, это развитие старой идеи, небызывестной еще римским юристам. В римском праве во многих случаях рекомендуется судье разбирать дело *ex fide bona*, а участникам гражданского оборота определять и строить свои взаимные отношения так, как принято среди честных, добропорядочных людей: *ut inter bonos agere oportet*. Из оставленных римскими юристами общих изречений, характеризующих *iudicia bonae fidei*, равно как из иллюстрирующих эти тезисы гражданско-правовых казусов, разрешенных под углом зрения интересующего нас принципа, выясняется, что рассмотрение дела *ex fide bona* в противоположность судебному процессу *stricti iuris* означало большую свободу и самостоятельность судьи в обращении

¹ В немецкой терминологии можно проводить различие между *Treu und Glauben* как объективным понятием и *guter Glaube* как субъективной добросовестностью (*Oertmann, D. Recht der Schuldverhältnisse, 1899, S. 13; Endemann, Einführung, I, § 100, пр. 9; Thur, Der allgem. Teil des deutsch. burg. R. II, 1-e Abth., 1914, S. 134, Anm. 63*).

² Проект Гражд. Улож., кн. V, 1899, т. I, стр. LII, ЦП.

³ Так, договоры должны быть исполняемы по доброй совести (ст. 65, по пр. 1913 г. - ст. 72 и 78); неисполнение договора одною стороною лишь в незначительной части не дает права другой стороне отказываться от исполнения лежащего на ней обязательства, если такой отказ по обстоятельствам дела предоставляется недобросовестным (ст. 71, ч. 2, по пр. 1913 г. - ст. 79, ч. 2); случаи, когда дальнейшее исполнение договора сопряжено с чрезмерными издержками для обязанной стороны или вообще для нее весьма обременительно (ст. 314, 362, 422, 438 п. 3, 451, 457, 458, 997 и др.; по пр. 1913 г. - 336, 387, 446, 464, 502, 508, 1102; *ibid.*, III).

с материалом, возможность обращать внимание не на одну только букву договора, но главным образом и на его смысл, возможность принимать во внимание встречные притязания, приспособляться к изменяющейся жизненной обстановке. В процессе *bonae fidei* расширилось *officium iudicis*, причем судья получил право прибегать в качестве вспомогательного масштаба к *bonum et aequum*, к *naturalis aequitas*, к практике честных людей и т.п.⁵

Современные кодексы не содержат определений доброй совести как известного объективного мерил. Даже цивилистическая литература еще довольно расплывчата по данному вопросу, не выясняет окончательно этого понятия совести в объективном значении. Некоторые авторы прямо отказываются от уяснения и определения рассматриваемого понятия. Так, Вендт, посвятивший большую работу вопросу об *exceptio doli generalis* в современном праве, носящую подзаголовок «Добросовестность в праве долговых отношений», оговаривается, что он не задается целью дать точное определение понятия, и что *bona fides* несет в себе много неопределимого, много такого, что больше чувствуется и угадывается, чем поддается логическому расчленению⁶. Также Эртманн⁷ замечает: что следует понимать под *Treu und Glauben* в действующем праве, легче оценить чувством, чем охватить рассудком, и формулировать как определенное понятие. Подобного мнения держится и Кромэ⁸. Не входят в рассмотрение вопроса, что такое добрая совесть, и многие другие авторы, напр. Эннецерус⁹, Тур¹⁰, Планьоль¹¹; не касаются этого вопроса и большинство русских авторов. Но некоторые писатели более или менее подробно останавливаются на выяснении понятия доброй совести. Приведем наиболее существенные мнения, выраженные по данному вопросу.

Нельзя прежде всего обойти некоторых замечаний проф. Л.И. Петражицкого в его работе «*Lehre vom Einkommen*». Этот автор не задается прямо вопросом о том, что понимать под доброй совестью, но некоторые из высказанных им (в другой связи) мыслей приобретают интерес и для нашей темы ввиду того, что в них слышится мотив, внутренне близкий к тому, какой

⁵ J. IV. 6. 30; D. III. 3. 31 и др; *Pernice*, *Sabeo*, II, 1, 161, 170 слл.; *Mitteis*, *Rom. Privatrecht*, 1, 317; *Seonhard*, *Bona fides* в *Real-Enc. v. Pauly - Wissowa*; Хвостов, *Ист. рим., пр.*, стр. 203 и др.

⁶ *Arch. f civil. Parx.*, Bd. 100, 1906, 2-3.

⁷ *Oertmann*, *Rechtsordnung u. Verkehrssitte*, 345. Ср. его же *Recht d. Schuldverh.*, 13.

Crome, *System*, I, § 13, Anm. 14. Ср. *Regelsbergere Krit. Vierteljahresschr.*, Bd. 44 (1902), 429. Ср. Покровский, *Осн. пробл. гр. пр.*, 229 ел.

Enneccerus, *Das burg. Recht*, I. В § 54 автор говорит только, что ссылка закона на *Treu und Glauben* приводит к тому, что судья должен решить дело так, как поступили бы в данном случае верные (*treue*), сознающие свои обязанности (*pflichtbewusste*) люди.

¹⁰ *Thur*, *Der Allgem. Teil des deutschen burg. R.*, 1, 1910; II, 1, 1914.

Planiol, *Traite*.

через два года¹² раздался в работе Штаммера, уже прямо касающийся нашей темы. Высказывая различные правнополитические соображения относительно распределения благ (по поводу II проекта Герм, улож.), Петражицкий проводит идею, что руководящее значение должна получить любовь к ближним, к согражданам. Любовь автор понимает как деятельную силу, отличающуюся все возрастающей интенсивностью, причем в качестве кристаллизовавшихся продуктов этого начала являются воззрения, инстинкты, учреждения и т.д. При внимательном анализе общественного здания, говорит Петражицкий, можно прийти к заключению, что весь его фундамент и устои, собственно, не иное что, как кристаллизации, образовавшиеся под долгим воздействием любви и разума (причем оба эти начала переходят одно в другое). В известные эпохи в известных отношениях бросается иногда в глаза иное: видно, как выступает эгоизм в качестве властной силы, но если не ограничивать наблюдения одним мгновением и отдельными, еще неготовыми частями здания, а присмотреться к развитию целого в течение долгого времени, то можно будет заметить два особенных явления. Первое состоит в том, что любовь и эгоизм как деятельные силы идут в жизнь в известной очереди и конкуренции, но с течением времени спорная область постепенно сокращается за счет второй силы в пользу первой; второе наблюдение состоит в том, что каждый период борьбы оставляет после себя расширение и укрепление всего здания новыми продуктами кристаллизации любви, которых потом не может уничтожить новый натиск враждебной силы. Цель гражданской политики состоит в приближении к любви, в облагораживании мотивации в общественной жизни¹³.

Близкие по духу идеи встречаем у Штаммера¹⁴. Сходство своих идей со взглядом Петражицкого не отрицает и сам Штаммер¹⁵. Признавая формулу Петражицкого «любовь к согражданам» недостаточной, так как любовь есть одностороннее влечение, а для направления общественной жизни нужна сознательно обоснованная, обоюдная симпатия, Штаммер дает следующие соображения относительно понятия доброй совести. *Treu und Glauben* есть принцип, дающий известное направление судейскому приговору, это норма, указывающая для каждого особого положения правильное в смысле социального идеала. А так как понятие социального идеала предполагает идею взвешивания индивидуальных желаний с точки зрения общественной, приспособление частных целей к конечной цели общества¹⁶, то в каждом случае

Petrazycki, *Lehre vom Einkommen*, II, 1895; *Stammler*, *Das Recht d. Schuldverh.*, 1897.

¹³ *Lehre vom Einkommen*, II, 468, 477, 541 и др.

¹⁴ *Stammler*, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 36 ff.

¹⁵ *Ibid.*, 41.

конфликта интересов отдельных лиц судья, раз он решает с точки зрения доброй совести, должен задаться вопросом: как разрешился бы этот конфликт, если бы осуществились идеальные в общественном смысле отношения, если бы каждый руководствовался не только своими желаниями и интересами, преследовал не только свои личные цели, но заботился и о ближних, относился к чужим целям, как к своим? — и в соответствии с решением этого вопроса судья должен вынести суждение и по спорному казусу. Таким образом, указание в законе на соображение решения с правилами доброй совести не дает судье непосредственного материала для решения, но указывает метод объективно правильного выхода, дает направление, в котором нужно идти, разбирая казус; направление это сводится к внесению объективного критерия, согласованного с социальным идеалом, объективный критерий должен стать над субъективными желаниями и требованиями сторон и наметить границу, по которой должны быть размежеваны сталкивающиеся требования; противоречивые субъективные интересы и претензии взвешиваются с точки зрения социального идеала и получают объективное разрешение. В конкретном случае нужно восходить к высшей цели всего правопорядка, которая состоит в идее такой общественной жизни, чтобы каждый подчиненный праву относился к другому безлично правильным образом, цели другого делать своими.

В принципе разделяет точку зрения Штамmlера на значение доброй совести также и Штейнбах¹¹. И этот автор считает добрую совесть такой нормой для решения юридического спора, которая дает в каждом особом положении направление в смысле социального идеала, позволяет решить, что (с этой точки зрения) правильно. Цель введения этого начала — объективность, взвешивание и обсуждение противоречивых интересов и желаний в смысле социального идеала. Однако Штейнбах подчеркивает, что социальный идеал не всегда один и тот же. Правовые сферы, в которых складываются отношения, подлежащие рассмотрению и составляющие предмет судебных решений, весьма различны, и применительно к каждой такой сфере понятие социального идеала может оказаться неодинаковым. Социальные цели многочисленных организаций, в которые объединяются люди, очень разнообразны, часто даже противоречивы, отсюда различия в степени общности интересов, интенсивности связи в разных организациях; эти различия сказываются, между прочим, в том, что не во всех правоотношениях требуется одинаковая мера доброй совести. Во многих случаях государство считает экономическую борьбу на почве конкуренции между отдельными его членами допустимой, даже выгодной и только стремится оказать известное влияние

DieLehrevond. rich! R, 196 ff.

Steinbach, Treu und Glauben im Verkehr, 22 am., 26.

на эту борьбу как в том направлении, чтобы борьба не исключалась заранее в таких областях, где она, по мнению государственной власти, должна дать благие результаты для общества, так и в том направлении, чтобы борющиеся не могли употреблять некоторых, недопустимых с точки зрения государства средств¹⁸. Там, где выступает идея ограждения интересов организации, начинается более сильное проявление принципа доброй совести в форме ограничения свободы действия отдельных членов общежития.

Иную формулировку — недостаточно, впрочем, определенную — дает *Эндеман*¹⁹. Введение в закон принципа доброй совести обозначает связь закона с нравственными основами оборота; в руки судье дается масштаб, покоящийся на нравственных убеждениях общества, как они отливаются в действительности, в практике оборота. Следовательно, начало доброй совести не покрывается субъективными воззрениями отдельного лица, это объективный масштаб, в основе которого лежит честный образ мыслей, какого, по господствующим в данном общежитии понятиям, можно требовать от каждого члена общежития. В сочетании с обычаями оборота принцип доброй совести дает возможность оказывать на правовой оборот такое же влияние, какое имела *bona fides* римских юристов.

Наконец, остановимся на воззрении по интересующему нас предмету *Шнейдера*²⁰. Шнейдер признает, что заложенная в учении Штаммлера о социальном идеале мысль вообще правильна, но он не соглашается с тем, что принцип доброй совести в долговых отношениях должен пониматься с точки зрения социального идеала. Такое содержание идеи доброй совести слишком расплывчато и приводит к смешению права и нравственности, между тем в области этих отношений требуется масштаб из более прочного материала. Когда норма права становится в связь с принципом доброй совести, это не означает для судьи возможности приносить один частный интерес в жертву другому, благодетельствовать одну сторону за счет другой, ни даже подавлять частный интерес ради всего целого: этот частный интерес остается закономерным, хотя и сдерживается в разумных границах. С другой стороны, попытки определять принцип доброй совести посредством привлечения общих этических соображений ошибочны ввиду того, что соотношение права и нравственности нисколько не изменяется в тех случаях, когда норма содержит указание на добрую совесть; этим норме придается лишь большая гибкость, позволяющая судье приспособиться к индивидуальным особенностям случая; сообразование с особенностями конкретного случая может отразить

См. об этом также ниже, в § 3.

Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B., 1897, 3-4 Aufl. § 11, 100.

Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des B. G. B., 1902.

в себе и этические требования, но это вытекает не из существа понятия доброй совести, а из предоставленной судье положительную нормою свободы усмотрения. Добрая совесть в первом и самом подлинном смысле есть принцип верности договору, уважения договорного соглашения, соблюдения данного слова. В целях большого приспособления спорного вопроса к нормам права и соглашения заинтересованных лиц законодатель уполномочивает иногда судью разбирать дело в соответствии с доброй совестью, но это должно происходить при неизменном условии соблюдения норм, выставленных законодателем, и положений, принятых сторонами. Вспомогательный масштаб в виде принципа доброй совести дается в руки судьи постольку, поскольку тот не может и не должен находить ответа *ex lege* или *ex lege contractus*. Применение принципа доброй совести выражается в беспристрастном взвешивании противоположных экономических интересов спорящих сторон, каждая из которых может ждать от другой поведения, сообразного с законом и договором, словом, такого поведения, какое данная сторона могла и должна бы одобрить²¹.

Попытаемся подвести итоги, сделать выводы.

Представляется прежде всего несомненным, что нельзя свести понятие добросовестности к внутреннему чувству, к внутреннему голосу, подсказывающему, как нужно поступить при данной комбинации, как отнестись к другим людям; это значило бы лишить понятие доброй совести признаков объективного мерила, превратить его в субъективный взгляд каждого отдельного члена общезития, что явно неправильно и недопустимо. Даже за римской *bona fides* не отрицают значения объективного масштаба, тем менее сомнений на этот счет может быть в современном праве, стремящемся к объективированию.

Становясь на эту точку зрения, нельзя также удовольствоваться при выяснении содержания доброй совести социальным идеалом Штамллера, принципом любви Петражицкого и аналогичными формулировками других авторов. Бесспорно, что во всех этих и подобных определениях кроется правильная мысль, именно та, что принцип доброй совести является известной сдержкой эгоизма в юридических отношениях, но выражение этой мысли недостаточно определено и, кроме того, преувеличенно: все идеалы, как известно, имеют ту особенность, что они далеки от осуществления, они, как маяки, указывают нам надлежащую дорогу, но сами пока недостижимы. Правда, Штаммлер подчеркивает²², что мысль о социальном идеале не означает осуществления (по содержанию) правопорядка «райского общезития», это лишь указание на известный метод, формальный масштаб, решение же получает

Op. cit., 4, 20, 48, 94, 131 и др. Cp. *Schneider*, *Abanderliches Recht u. Verkehrssitte*, в *Iher. Jahrb.* Bd. 59, 1911, 5. 389, также в *Arch. f. burg. Recht*, Bd. 25, 283, 288.

²² *Recht d. Schuldverh.*, 46-47.

содержание только как исторически условное, на основании конкретного правового материала. Однако если мы желаем придать этому указанию какое-нибудь практическое значение, приходится, отходя от Штаммлеровской точки зрения, все-таки парить слишком высоко²³. Между тем добрая совесть и вытекающие из нее частные указания и положения принадлежат к числу обиходных понятий, касаются повседневных явлений жизни. С другой стороны, точка зрения Шнейдера, что добрая совесть состоит в верности данному слову, а за пределами договорного соглашения и за отсутствием специального указания закона выражается в беспристрастном взвешивании взаимных интересов сторон, слишком узка. Договорная верность, несомненно, одно из велений доброй совести, но ею одной это последнее понятие не исчерпывается²⁴; если бы закон имел в виду только верность договору и беспристрастное отношение суда к интересам сторон, не было нужды уделять так много сравнительно места принципу доброй совести; скромные задачи, указываемые Шнейдером, и без того вытекают из современных кодификаций.

Добрая совесть (*bona fides*, *Treu und Glauben*, etc.), по этимологическому смыслу, таит в себе такие элементы, как: знание о другом, о его интересах; знание, связанное с известным доброжелательством; элемент доверия, уверенность, что нравственные основы оборота принимаются во внимание, что от них исходит каждый в своем поведении. Вместе с тем принципом доброй совести выражается связанность, согласованность отдельных частных интересов, а также частного интереса с интересом целого; подчинение каждого равномерно идее общего блага, поскольку она проявляется или отражается на отношении между данными лицами²⁵. В этом принципе одна из границ индивидуализма в гражданско-правовых, в частности обязательственных, отношениях, здесь сказывается роль социального начала в гражданском праве, приводящего к отрицанию от чистого индивидуализма²⁶.

Изложенный взгляд на сущность доброй совести не приводит, однако, хотя бы и в других выражениях, к категории социального идеала. Осуществление социального идеала состоит, выражаясь словами Штаммлера, в том, что лицо чужие интересы и чужие цели как бы делает своими. На наш взгляд, это слишком возвышенно: так высоко положительное право и судебная практика подняться не могут. Иное дело — только сообразование собственного

Dernburg. Das burg. R., Bd. II, 1-e Abtz. (4 Aufl., 1909), § 10,5 29.

²⁴

Ср. для римской *bona fides*: *Wendt*, Arch. f. civ. Praxis, 1906, 42 ff.

С этой стороны оказывается соприкосновение принципа доброй совести с категорией справедливости, отсюда попытки сближения (*Pernice*, *Labeo*, II, 1, 196) и даже отождествления (*Birkmeyer*, Die Exceptionen im *bonae fidei iudicium*, 1874, стр. 93, пр. 15) обоих понятий, последнее нужно признавать безусловно ошибочным.

¹ Ср. *Endemann*, § I, III.

интереса с чужими, установление известных границ для проявления эгоизма, признание интересов общества; именно такое признание интересы общества и должны получить в доброй совести.

Предложенная формула носит, несомненно, схематический и абстрактный характер; спрашивается: откуда же влить в нее живое, конкретное содержание? Думается, можно, не опасаясь упрека в предвзятости и произвольности суждений, сказать, что, так как назначение этого вспомогательного критерия сводится к обслуживанию интересов гражданского оборота, то здесь, в его воззрениях, и нужно искать для каждого данного момента ответа на вопрос, каков смысл и содержание этого критерия. С другой стороны, этим только путем и можно сохранить связь с практической жизнью, остережись от излишнего теоретизирования²¹. Таким образом, намечается соприкосновение этого критерия с другим — обычаями гражданского оборота (с которым он в некоторых случаях и комбинируется)²⁸. Общее между ними — источник: решает вопрос «среда», ее взгляды. Однако одно начало не поглощает другого. Обычаи гражданского оборота воплощают в себе установившуюся деловую практику вне связи с вопросом, соответствует ли она господствующим нравственным воззрениям; назначение принципа доброй совести — предотвратить безудержный эгоизм, полное обособление индивида от окружающей среды; добрая совесть должна установить равновесие интересов, взаимную их связь, осуществить известное внимание к чужим интересам, насколько оно требуется нравственными воззрениями среды. Таким образом, при комбинировании обоих начал (доброй совести и обычаев гражданского оборота)^{2*} получается, с одной стороны, что в принципе доброй совести заключается как бы общая граница проявления индивидуалистических стремлений, в пределах этой черты (как и что можно и надлежит делать) проявляется регулирующее значение обычаев гражданского оборота; с другой стороны, эти последние помогают в сомнительных случаях установить требования доброй совести, а также дополняют собой это начало, когда дело идет о вопросах, безразличных с точки зрения доброй совести³⁰.

Ср. *Holder* в *Iher. Jahrb.*, Bd. 55, 427, Note 6: не может быть вообще речи о доброй совести помимо оборота и вытекающего из него масштаба для того, чего мы можем ждать от других, а они от нас. Он же в *Iher. Jahrb.* Bd. 58, 114. Ср. *Kiss*, *ibid.*, 461, 463 ff.

См. нашу статью «Обычаи гражд. оборота в проекте обязат. права» в *Вестн. Гражд. Права*, 1915, № 1.

²¹ Относительно целесообразности такого комбинирования, подвергаемой иногда сомнению (напр., *Stammler*), см. ниже, в § 4.

Ср. *Endemann*, i, § 100. Ненормальным должно быть признано такое положение, если обычаи гражданского оборота подавляют собой веления доброй совести (ср. *Crote*, *System*, I, § 13, 2 b; также § 172 проекта Новеллы к аустр. Гражд. улож. 1912 г., предписывающий толковать договор, как соответствует практике честного оборота (wie es der Uebung des redlichen Verkehrs entspricht); *Schondorf*, *Ueb er den Entwurf einer Novelle zum osterr. a. B. G. B.*, Arch. f. burg. R., Bd. 39 (1913), 177).

Для того чтобы принцип доброй совести в качестве руководящего мерила мог сыграть свою роль, необходимо, чтобы в тех случаях, где на него ссылается закон, частные лица своими соглашениями не могли отменить его действия, другими словами, чтобы соответствующие нормы имели принудительный характер. Приведенное выше мнение Шнейдера, что масштаб доброй совести дается законодателем в руки судьи лишь на тот случай, если стороны по договору не дали ему иного указания, не обосновано с точки зрения положительных норм Германского уложения³¹ и не приемлемо *de lege ferenda*, ибо оно сводит на нет все значение доброй совести как средства согласования частных интересов между собой и с интересом общественным. Надо заметить, что эта идея усвоена и нашим проектом, в некоторых частных случаях не допускающим отмены требований доброй совести; так, не допускается снятие с должника, сполна или в части, ответственности на случай умышленного неисполнения обязательства (ст. 126); не признается действительным соглашение об устранении или ограничении ответственности продавца за эвикцию или за недостатки вещи, если продавец, зная о существовании права третьего лица или о наличии недостатков вещи, умышленно скрыл это от покупателя (ст. 216 и 221)³² и др.

Кроме доброй совести и обычаев гражданского оборота проект, подобно другим современным кодификациям, знает еще категорию добрых нравов. Спрашивается: каково взаимное отношение этих понятий?³³ Штаммлер полагает³⁴, что добрая совесть на деле сводится к тому же, что и добрые нравы: то и другое обозначает обсуждение конкретных правовых вопросов с точки зрения социального идеала. Ср. Papinianus, D. 22, 1, 5: *Generaliter observari convenit bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur*. Такое отождествление обеих категорий не может быть признано правильным³⁵. Добрая совесть, как было отмечено, есть критерий, указывающий, чего требует от лица связанность, согласованность отдельных частных интересов между собой и с интересом общественным, как нужно поступить, чтобы эту согласованность не нарушить; в доброй совести заложен предел индивидуалистического начала. Добрые нравы — это вылившиеся вовне, обьективировавшиеся в практике данного общества представления этого общества³⁶

Такова господствующая в литературе точка зрения (Stammler, Endemann, Steinbach и др.).

³²

Иначе сенатская практика (*Синайский*, Русск. Гражданск. пр., II, 69).

³³

Сводку различных мнений о существе добрых нравов дает *Herzog*, *Zum Begriffe der guten Sitten* im B. G. B., 1910, 2-12.

D. Recht d. Schuldverh., 49; ср. *Die lehre von dem richt Rechte*, 48-49.

³⁵

Ср. *Endemann*, I, § 103, пр. 9.

Что считать за воззрения общественной среды - мнения ли толпы или лучших представителей народной массы? Во втором смысле высказываются *Синайский* (II, 8), *Колер* (Гражд. Право Герм., 177). Однако справедливо ли и практично ли требовать от каждого заурядного человека проведения принципов, до которых

о благе, честности, порядочности, а также условные правила общественного благоприличия.

Таким образом, категория добрых нравов имеет также точки соприкосновения с нравственностью и практикой оборота. В литературе немало представителей даже крайнего взгляда, отождествляющего добрые нравы с нравственностью³⁷. Однако такое отождествление нельзя признать основательным; с одной стороны, не все безнравственное противоречит добрым нравам (ср. приводимые Колером примеры: жадность, скупость и т.п.); с другой стороны, к добрым нравам принадлежат также условные правила приличия, с нравственной точки зрения безразличные. Не совпадает понятие добрых нравов и с обычаями гражданского оборота: первое — так сказать, практика добрая, второе — вся, как она сложилась; с другой стороны, обычаи гражданского оборота регулируют только деловые отношения, добрые нравы касаются также и других сторон жизни лица в обществе.

Требования доброй совести и добрых нравов в отдельных случаях могут покрывать взаимно одни другие. Однако это не общее правило, во многих случаях можно встретить и расхождение этих двух критериев. Так, обещание не вступать в брак, никогда не мириться с обидчиком или иные стеснения в вопросах личного характера, продажа наследниками трупа в целях увеличения наследственной массы, договор о неоткрывшемся наследстве (проект, ст. 23), распоряжение членами тела прежде отделения их и тл. — все это сделки, нарушающие добрые нравы, но с указанной точки зрения их нельзя назвать недобросовестными.

§ 2. Добросовестность в субъективном смысле

Понятие доброй совести в субъективном смысле подвергалось исследованию и определению главным образом применительно к приобретению права собственности по давности³⁸. Однако оно имеет значение также и для обязательственного права, а потому нужно попытаться установить смысл названного понятия в этой сфере.

доросли лишь отдельные выдающиеся индивиды? Не останутся ли такие требования в отношении большинства без осуществления? Конечно, нельзя исходить и из воззрений низов данной среды, целесообразным представляется руководствоваться некоторым средним уровнем, воззрениями, господствующими в этой среде. Ср. *Endemann*, I, § 103, пр. 5.

³⁷ *Enneccerus*. D. burg. R., I (1901), 247; *Oertmann*, Komm., Allgem. Teil, 1908, 424 ff и др. (см.: *Herzog*, op. cit., 2 ff). Также *Синайский* (1, 137), изъясняя ст. 1528, т. X, ч. 1, говорит: «...под благочинием понимаются добрые нравы, короче - нравственность». Автор ссылается также на ст. 2151 того же тома. Компании, коих предмет представляется явно несбыточным или противен законам нравственности, доброй вере в торговле и общественному порядку... вовсе к учреждению не допускаются.

В отношении римского права проводится даже разграничение двух значений *bona fides* так, что *bona fides* в смысле объективном относится к праву обязательственному, в субъективном - к вещным правам (*Pernice*, *Labeo*, II, 1, 311, 483).

Добросовестность как известное субъективное состояние лица определяется не честным образом мыслей как таковым, а знанием или незнанием фактов³⁹. В основе здесь лежит заблуждение, будет ли то незнание тех или иных действительных фактов, отражающихся на правовых отношениях, или ошибочная уверенность в их наличии. Само собой разумеется, что это заблуждение не должно быть неизвинительным: обстановка должна быть такова, чтобы ее можно было охарактеризовать выражением *prospere pop posse*⁴⁰. Не всякое спокойное и самодовольное сознание лица, что оно действует в согласии с правовым порядком, достаточно, чтобы признать это лицо добросовестным. Вместе с тем наличие *bona fides* в субъективном смысле зависит не от одних субъективных воззрений и убеждений лица, о котором идет речь, требуется, чтобы эти субъективные воззрения находили себе опору в объективной обстановке, по которой и приходится судить, извинительно ли неведение или заблуждение лица или нет. Поэтому нельзя говорить о добросовестности лица, если оно заблуждается в нормах права, а также и в тех случаях, когда заблуждение хотя и касается фактов, но основывается на грубой небрежности данного лица. Если заблуждение основывается на небрежности, но не грубой, дело положительного права указать, можно ли связывать с ним те последствия, какие могли бы иметь место, в случае признания добросовестности. С точки зрения интересов народного хозяйства, страдающих от всякой неустойчивости и пертурбаций, Петражицкий⁴¹ высказывается вообще за установление более строгих условий для признания *bona fides*. Вопрос должен решаться в зависимости от того, была ли в данном случае возможность предвидеть, что придется, быть может, лишиться некоторых благ, входящих в имущество, и могло ли данное лицо сообразовать с этим обстоятельством свой хозяйственный план. Если этой возможности предвидения в данном случае установить нельзя, мы должны признать лицо добросовестным.

Положительное право в разных случаях смотрит разное. Так, напр., в Герм. улож., § 122 наряду с тем случаем, когда лицо знало об обстоятельствах, приводящих к известному результату (дело идет об основаниях ничтожности или оспоримости волеизъявления), ставит случаи, когда лицо не знало этого вследствие небрежения, причем не делается различия между небрежностью грубой и незначительной (так же в § 132). В ряде параграфов того же уложения (§ 123, 142, 307, 674, 729 и др.) встречаем простое сопоставление случаев, когда лицо знало факты, о которых идет речь, и таких, когда оно должно было их знать: к *kennen* приравнивается *kennenmüssen*; лицо не может быть

Ср. *Thur.*, *Der allg. Teil*, II, 1e Abth., 134, Anm. 63.

См.: *Петражицкий*, *Bona fides* в гражд. праве, 2-е изд., 251, 254.

См. там же, 250 ел.

признано добросовестным, если оно знало или должно было знать о некоторых обстоятельствах, мешающих предполагаемому правовому состоянию. Напротив, в § 407 того же Герм. улож. *kennen* и *kennenmüssen* уже не сопоставляются: только знание должника об уступке требования дает цессионару право оспаривать платеж, совершенный должником cedentu после уступки; незнание, при какой бы обстановке то ни было, прикрывает платеж должника,

В швейцарском обязательственном праве постановка вопроса в общем не отличается от Германского уложения, но в Швейцарском уложении (1907 г.) есть общее, весьма эластичное постановление ст. 3, абз. 2: никто не может ссылаться на свою добросовестность, если она несовместна с внимательностью, какой обстоятельства позволяли требовать от данного лица.

Действующее русское право применительно к институту владения довольно снисходительно при оценке добросовестности: «Владение признается добросовестным дотоле, пока не будет доказано, что владельцу достоверно известна неправота его владения», — гласит ст. 530 т. X, ч. 1 и затем добавляет: «Одно сомнение в законности владения не есть еще основание к признанию владельца недобросовестным». В области права обязательственного т. X не дает почти никаких указаний .

De lege ferenda заслуживает, думается, предпочтения более строгая точка зрения Петражицкого. Не надо упускать из виду, что добросовестность получает признание главным образом в том отношении, что нарушается строгая последовательность юридических выводов из сложившихся фактических условий⁴³. Это затрагивает интересы посторонних лиц, по общему правилу ни в чем не повинных и не имевших возможности как-нибудь предусмотреть такое положение. Вносится, следовательно, некоторое смятение в отношения. Естественно, что нужны очень солидные основания для того, чтобы, не считаясь с отрицательными последствиями, какие могут возникнуть от нарушения, вследствие признания добросовестности одного, интересов другого, также не заслуживающего упрека в недобросовестности, все-таки снабдить добросовестность таким влиянием.

Какова точка зрения на этот вопрос составителей проекта?

Прежде всего нужно заметить относительно проекта вотчинного права, что хотя мы и не встречаем в нем подчеркивания достоверности знания, подобно ст. 530 т. X, ч. 1, но все-таки добросовестность при приобретении вещных прав имеет место по проекту лишь тогда, когда лицо знает, что имение не принадле-

Сюда относится ст. 1527¹: отчуждение и заклад имущества, купленного с рассрочкой платежа, до полной уплаты цены недействительны, кроме того случая, когда купивший или принявший в заклад не знал, что имущество не могло быть отчуждаемо.

43,

См. ниже, § 7.

жит отчуждателю, и т.п.; незнание, вытекающее из небрежности данного лица, отдельно не упоминается⁴⁴. В объяснениях редакционной комиссии к названному проекту⁴⁵, между прочим, приводятся такие соображения: «В противоположность общепринятому значению слова недобросовестность, употребляемого в самом широком и преимущественно нравственном смысле, недобросовестность является по ст. 8 проекта понятием, точно определенным и число юридическим. Под недобросовестностью в ней разумеется знание приобретателя об обстоятельствах, препятствующих по закону предполагаемому им приобретению вотчинного права» и дальше: «должна быть удостоверена положительная известность приобретателю о препятствиях к приобретению им права, ибо одно лишь сомнение в законности приобретения не делает еще приобретателя недобросовестным». Относительно этого последнего ограничения возможна и иная точка зрения. Не лишено значения замечание Петражицкого, что кто сомневается в своем праве, тот сознает возможность отмеченной выше опасности — пертурбации в хозяйстве, поэтому закону не приходится оберегать его, заглаживать ошибки в его хозяйственном плане: при должной осторожности лицо могло поспешить с опасностью и ее избежать. Те же руководящие начала уместны и в обязательственном праве (напр., вопрос о возврате незаконного обогащения).

Как же подходит к этому вопросу наш проект? Упоминание о добросовестности в субъективном смысле в проекте обязательственного права встречается во многих случаях (подлежащих ниже нашему рассмотрению), но определения этого понятия мы в проекте не имеем. В объяснениях к ст. 593 (по проекту 1913 г. ст. 668) редакторы проекта особо отмечают⁴⁶, что эта статья не дает объяснений понятия добросовестности, следуя в этом отношении примеру большинства положительных законодательств, причем приводят то соображение, что вопрос о добросовестности имеет более общее значение, а не только применительно к данной статье. Последнее замечание внушает предположение, что понятие добросовестности обрисовывается где-то в другом, более общем, месте, однако в действительности этого нет.

Приходится поэтому извлекать из проекта отдельные черточки, характеризующие названное понятие, и из сопоставления их уяснить себе его смысл. Результат такой работы получается недостаточно удовлетворительный. Лишь в немногих нормах проекта, как бы в виде исключения, можно встретить

См.: Проект Вотч. Права. Ст. 8: Бесповоротность вотчинных прав на недвижимое имение... не наступают... 2) если приобретатель во время приобретения права действовал недобросовестно, зная, что имение не принадлежит лицу, значащемуся в вотчинной книге собственником, или что приобретаемое право недействительно. - Подобные же выражения в ст. 13. Ст. 150.

45

Проект Гражд. Улож., кн. III, т. I, стр. 20-22.

46 См.: Пр. Гр. Ул., кн. V (189*), т. III, стр. 285.

сопоставление тех случаев, когда лицо знало известные факты, с случаями, когда оно их должно было знать. Так, по ст. 1030 страховщик не вправе отступить от договора ввиду умолчания или неверного сообщения страхователем некоторых существенных обстоятельств, если страховщик имел или должен был иметь правильные сведения об обстоятельствах, о которых страхователь умолчал или дал неверные сведения⁴⁷. По ст. 250 (об осуществлении права преимущественной покупки) с передачей новому покупщику движимого имущества или с внесением в крепостную книгу акта о продаже недвижимости право преимущественной покупки первого продавца может осуществляться лишь в тех случаях, когда новый покупатель действовал недобросовестно или акт о праве преимущественной покупки был отмечен в реестре крепостных дел, т.е. когда покупатель должен был о нем знать. Статья 1038 противопоставляет «недобросовестность» и «извинительное заблуждение». В ст. 408 дается неопределенная формула, по которой ответственность поклажедателя за убытки, причиненные поклажепринимателю, не имеет места, если поклажедатель при передаче вещи не знал и не мог знать об опасном свойстве вещи, а также если поклажеприниматель знал или должен был знать о таком свойстве вещи.

Но во многих случаях постановка вопроса иная. Так, в ст. 594 (по вопросу о прекращении доверенности⁴⁸) упоминается случай, когда третье лицо знало о прекращении доверенности, но с ним не сопоставляется тот случай, когда оно должно было это знать. Также в ст. 558 (...действия поверенного признаются обязательными и для доверителя, разве бы последний доказал, что третье лицо знало об отмене доверенности), в ст. 241 (отчуждение или заклад имущества, купленного с рассрочкой платежа, до первой уплаты цены недействительны, кроме того случая, когда купивший или принявший в заклад не знал, что имущество не могло быть отчуждаемо или закладываемо), в ст. 30 (в случае обмана, совершенного третьим лицом, договор может быть по просьбе потерпевшей стороны признан недействительным, если другая сторона знала об обмане) и др.

Любопытно, что в предыдущей редакции проекта ст. 30 содержала оговорку «или должна была знать». В последнем проекте эта фраза исключена, причем в объяснительной записке министра юстиции 1913 г.⁴⁹ по этому поводу приводятся следующие соображения: «Нельзя не заметить, что при нашем культурном уровне не следует отождествлять по своим последствиям то, что сторона действительно знает, с тем, что она должна была знать; отсутствие же в законе выражения «должна была знать» не представляет никакой опасности, так как

⁴⁷ Эта формулировка является новшеством последнего проекта (1913 г.), в предыдущих редакциях упоминалось только о знании страховщика. Ср. Объясн. Зап. Мин. Юстиции, изд. Сорина, вып. 3, стр. 86.

⁴⁸ Относительно погрешностей терминологии этой статьи см. ниже, § 7.

⁴⁹ Проект, изд. Сорина, вып. 2, стр. 16-17.

суд и без того всегда, по обстоятельствам дела, может сделать вывод о том, что данная сторона хотя и не знала, но по своему развитию должна была знать, и в подобных случаях это неведение приравнивается к знанию. Ввиду этого казалось бы целесообразным выражение «или должна была знать» из части второй настоящей статьи исключить». Это рассуждение, на наш взгляд, содержит в себе противоречие с одной стороны, здесь констатируется, что даже без прямого указания со стороны закона судья руководствуется тем, что данное лицо должно было знать, причем решает последний вопрос в зависимости от уровня развития лица и вообще по обстоятельствам дела; с другой — открытое предоставление того же самого права суду признается нежелательным «при вашем культурном уровне». Нам представляется приведенное объяснение совершенно неубедительным: в тех случаях, когда лицо по своему культурному уровню не могло предусмотреть известных фактов, судья не скажет, что оно должно было предвидеть эти факты, напротив, судья не затруднится признать его действовавшим добросовестно. Таким образом, опасность, которая рисуется министру юстиции, — опасность призрачная, тогда как вред для оборота, который получится, если суду не будет дано право вникать, извинительно ли незнание субъекта, будет иметь вполне реальный характер. Было бы желательным поэтому, чтобы законодательные учреждения нашли возможным в общие положения включить, между прочим, статью, подобную цитированной выше ст. 3 Швейц. улож, по которой нельзя ссылаться на добросовестность, когда лицо не проявило такой степени внимательности, какой требовали обстоятельства⁵⁰. Если бы было признано затруднительным включить в общую часть кодекса то или иное определение добросовестности, то во всяком случае желательно, чтобы законодательные учреждения внесли в текст соответствующих статей (хотя бы в той форме, как это сделано редакционной комиссией в отношении проекта восточного права) основные признаки добросовестности, причем к знанию лицом известных фактов приравнивали бы и незнание, вытекающее из небрежности лица

ГЛАВА II ДОБРАЯ СОВЕСТЬ В ОБЪЕКТИВНОМ СМЫСЛЕ

§ 3. Ограничения свободы договорных соглашений

Основным принципом договорного права, его отправной точкой является свобода частного соглашения⁵¹. Мы не встречаем, правда, в современных зако-

⁵⁰ Ср. предложение *Петражицкого*, *Bona fides*, 2-е изд., стр. 256, 320.

⁵¹ *Saleilles*, Introduction a l'etude du droit civil allemand, 44; *Thur*, op. cit., II, 1, 143. Против выражения «свобода договоров» возражает *Л. Петражицкий* (Вестн. Гр. Права, 1900, № 2, ар. 18): «...дело не в свободе, а в несвободе».

нодательствах таких откровенных, пожалуй, даже циничных заявлений, как выражения римских юристов — Помпония, что «in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumscribere» или Павла: «quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iures est»⁵². Но деликатное выражение Сенеки⁵³: *Venditori nihil debet qui bene emit* — могло бы служить эпиграфом и для договорного права современных кодификаций. В этом вопросе современное гражданское право не изменило по сравнению с классическим римским исходной позиции. По общему правилу стороны вольны в общих рамках закона вносить в договоры какое угодно содержание, причем каждый из контрагентов вправе направлять свои усилия и заботы на лучшее обеспечение своего эгоистического интереса и не раскрывать глаз противнику, неумеющему должным образом блюсти свой интерес. Каждый должен сам знать, на что идет, подчиняясь известным условиям. Для дееспособных граждан нет опекунов, а потому каждый должен внимательно следить за своими интересами, не давать себя в обиду.

Однако безусловное проведение принципа частной автономии не может иметь места. Как отмечалось в литературе, договорная свобода в самой себе содержит нечто самоубийственное: при абсолютном действии этого принципа стороны могли бы использовать договорную свободу для того, чтобы своим соглашением упразднить эту свободу⁵⁴. Государство не может предоставить индивида всецело самому себе и безучастно взирать на соперничество и борьбу при отстаивании частных интересов. Положительное право разных эпох и стран при всех различиях содержания сходится в том, что не признает полной частной автономии. Неограниченное признание индивидуалистического начала признается несовместным с публичным интересом.

Не могли не посчитаться с этим соображением и составители нашего проекта. В объяснениях к проекту 1899 г.⁵⁵ редакционная комиссия в основных положениях, между прочим, говорит, что «закон должен быть справедлив; ограждая равноправность сторон в обязательственных отношениях, закон вместе с тем должен оградить интересы всех слабых, беспомощных,

в связанности, в невозможности произвольно отступать от договора». Едва ли, однако, выражение «свобода договоров» заслуживает полного осуждения, оно содержит в себе правильную мысль о том, что стороны вольны, в известных границах, определять содержание договора. Ср. Шв. Об. Пр., 19: *Der Inhalt des Vertrages kann innerhalb der Schranken des Gesetzes beliebig festgestellt werden.*

⁵² D. 4. 4. 16, 4; 19. 2. 22, 3. Ср. *Hermogenianus*, 1. 23 eod.; *Africanus*, D. 39. 2. 44, 1. C. J. 4. 44. 4, 6, 7. Nov. 97, c. 1: *Non enim aliter iustitiae aequitatis servabitur ratio, si negotiative alterutros circumveniat.*

⁵³ *De benef.*, VI., 15.

⁵⁴ *Steinbach*, *Rechtsg. d. wirt. Organ.*, 146.
Кн. V, т. I, стр. Ц и слл.

словом, всех тех, кто по своему личному или имущественному положению нуждается в особой защите закона, не будучи в состоянии с достаточной энергией отстаивать свои права».

Вмешательство государства в состязание отдельных интересов и государственная опека над социально слабыми представляет самостоятельный, очень важный и большой вопрос гражданского права и гражданской политики, исследование которого во всем объеме не входит в нашу задачу. Мы ограничиваемся здесь рассмотрением лишь некоторых случаев, в которых такое вмешательство может быть поставлено в более или менее близкую связь с принципом доброй совести.

Где граница для эгоистического проявления заботы о собственном интересе? Какие требования ставит добрая совесть в этом отношении?

Признание принципа доброй совести в качестве руководящего мерил при решении спорных вопросов само по себе не исключает возможности эгоистического отстаивания каждым своих интересов. Экономическая борьба на почве конкуренции между отдельными членами государства не только допускается, но даже поощряется. Вместе с тем правовой порядок не может потерпеть, чтобы в этой борьбе интересов осуществлялась полная свобода в выборе средств борьбы, точно так же современное правосознание не допускает полного порабощения одними лицами других, за каждым индивидом должен быть сохранен известный минимум свободы, не зависящий от давления конкуренции. Таково первое, самое грубое очертание того района, в котором действует правило о допустимости «*in vicem se circumscribere*».

Любопытно отметить попытку Штейнбаха⁶ дать некоторую общую схему разграничения интересов. Штейнбах устанавливает тот принцип, что граница, до которой можно в полном соответствии с объективным правом преследовать свои личные интересы в ущерб другой стороне, при заключении имущественных договоров склонна к перемещению в различных областях права, причем на это перемещение границы решающее влияние оказывают сложившиеся в обороте воззрения. Штейнбах пытается наметить различие двух видов производительной деятельности: как промысел (*Erwerb*) и как призвание (*Beruf*)⁷. В первом случае преобладают эгоистические моменты; главная цель деятельности состоит в приобретении, наживе; такая деятельность находится под влиянием почти исключительно точек зрения и соображений индивидуалистического характера. Во втором случае каждый работает, как член организованного союза; главная цель деятельности — не приобретение или нажива отдельного лица, а результат, какой может получиться для

Steinbach, op. cit., 36 am.

Ibid., 58 en. Ср. его же *Erwerb und Beruf*, 1896.

общества; социальные мотивы вытесняют индивидуальные. Едва ли есть чистый тип той или другой формы деятельности; в соответствии с человеческой природой те и другие мотивы переплетаются.

Странно было бы в предлагаемой Штейнбахом схеме видеть сколько-нибудь достаточную формулу, из которой можно почерпнуть указания, до какой границы допустима свобода договорных соглашений без нарушения принципа доброй совести. Однако в этой схеме заключается правильное указание, что мера заботы о чужом интересе, ограничение свободы соглашения должны видоизменяться в зависимости от характера отношений и сложившихся в данной области воззрений, как они выразились в обычаях оборота. Тот же Штейнбах напоминает пример из Цицерона (*De officiis*, III, 12). Во время голодовки и дороговизны родосцев некий купец везет пшеницу из Александрии в Родос. Ему известно, что по тому же направлению находятся в пути еще много кораблей с хлебом: обязан ли он предупредить родосцев или может промолчать и таким образом продать свой хлеб возможно дороже? По словам Цицерона, на этот счет оказалось разногласие между двумя стоиками. Диоген Вавилонский держался того мнения, что купец может и промолчать, и заключенные им сделки оспариванию не подлежат; напротив, Антипатр, исходя из общего принципа, что цели и выгоды отдельного лица должны сливаться с общими, считал и в данном случае недопустимым сокрытие истины. Едва ли прав Штейнбах, когда он замечает, что второй взгляд не соответствует воззрениям оборота ни того времени, ни нашего⁵⁹. Рядом с наблюдающимся объективированием правовой жизни старые девизы «*ius vigilantibus scriptum est*» и «*licere contrahentibus se circum venire*» в сфере таких отношений, как купля-продажа, во многом сохраняют значение. Поэтому законодательства выделяют лишь некоторые, вопиющие случаи, но ни одно еще не решилось произвести полный переворот в этой области, стать очень щепетильным в оценке поведения сторон. В некоторых других отношениях распространены иные воззрения и в результате иная оценка поведения. Если бы при обстоятельствах, подобных тем, какие описаны у Цицерона, мандатарий поступил бы аналогичным образом по отношению к манданту, один из товарищей против других и т.п., ответ был бы иной. В этих отношениях господствуют иные воззрения, их главная основа — доверие, и здесь не допускается широкое осуществление своего личного интереса за счет интересов контрагента, и закон и обычаи оборота требуют в этих случаях ограничения эгоизма в большей мере, чем в других договорах.

Штейнбах дает интересную иллюстрацию, применяя это разграничение к развитию меновых договоров.

Штейнбах (op. cit., 21), между прочим, цитирует комментатора Цицерона - Christian Garve (1783): купцу люди его профессии скорее поставят в вину, если он будет продавать дешевле обычных цен, хотя бы они были несправедливо высоки, чем если он повысит цены.

Обращаясь к постановлениям проекта, направленным на ограничение свободы договорных соглашений, нужно прежде всего отметить общую норму, объявляющую недействительными договоры, нарушающие добрые нравы (ст. 50). Выше отмечалось, что категория добрых нравов не покрывает собой интересующее нас понятие доброй совести, но в некоторых случаях правила доброй совести и добрых нравов совпадают между собой, вследствие чего обойти в нашем перечне ст. 50 нельзя. Наличие такой общей нормы не составляет особенности нашего проекта. Все правовые системы с древних времен и до наших дней знают такие постановления. Здесь сказывается то положение, что метод точных перечислений отдельных случаев в самом законе ненадежен ввиду затруднительности для законодателя не только предусмотреть возможные новые комбинации отношений, но даже и уловить фактически существующие и нуждающиеся в нормировке⁶⁰. Современные кодификации признают необходимым в параллель эластичной норме, дающей сторонам возможность вкладывать в договоры какое угодно содержание, ввести столь же гибкую норму и для противодействия таким соглашениям, которые нарушают серьезные интересы, принимаемые правом под свою защиту. Так же поступают и составители нашего проекта⁶¹.

Среди специальных постановлений проекта, ограничивающих свободу договорных соглашений, с точки зрения доброй совести наиболее существенное значение имеют ст. 31 и 70⁶². Статья 31 проекта гласит: «Договор может быть также оспорен и в тех случаях, когда кто-либо, злоупотребляя принадлежащею ему властью или оказываемым ему доверием либо пользуясь нуждою или несчастием другого, заключит с ним чрезмерно невыгодный для него договор». Таким образом, свободное усмотрение сторон при определении содержания договоров ограничивается по смыслу ст. 31 при наличии двух предположений: 1) для оспаривания договора требуется нарушение всякого соответствия между предоставлением одной стороны и взаимным предоставлением другой, чрезмерное превышение выгоды, приобретаемой

В русской литературе выражено мнение (И.А. Покровским в его статье «Юридич. сделки в проекте Гражд. Улож.», Вестн. Гр. Права, 1904, кн. 1, стр. 100), что скорее можно примириться с неполнотой перечня в законе, чем с введением в закон такого неопределенного начала, как добрые нравы, способного породить разноречивые решения, судебскую субъективность. Заключающийся в этом замечании принципиальный вопрос о положении судьи будет затронут ниже.

Герм. улож. применяет тот же метод и к области недозволенных действий (§ 826: кто умышленно причинит вред другому способом, противным добрым нравам, тот обязан возместить ему этот вред. Ср. Шв. Об. Пр., 41). По этому поводу см. статью И.А. Покровского, «Принудительный альтруизм», Вестн. Гр. Права, 1902, кн. 2. Не касаясь пока вопроса о правильности исходной точки зрения автора на положение судьи, нельзя не присоединиться к его доводам относительно сомнительного значения «принудительного альтруизма». Ср. Сливицкий в Сборнике памяти Шершеневича, 375 слл. Наш проект соответствующей нормы не содержит.

⁶²Ср. Герм. ул., 138, 343; Шв. Об. Пр., 21, 163.

одной стороной, над жертвами, с которыми договор связывается для другой стороны, но 2) одного объективного признака чрезмерной невыгодности договора для одного из контрагентов недостаточно для применения ст. 31, требуется еще наличие признаков эксплуатации («злоупотребляя властью или доверием», пользуясь нуждой или несчастьем другого»⁶³). Ввиду одного этого (не говоря о других различиях) надо признать неуместной ссылку составителей объяснительной записки на институт *laesio enormis*⁶⁴. Этот институт, равно как и другие старые ограничения свободы договорных отношений, как меры борьбы с ростовщичеством, в частности *lex Anastasiana* и т.п. строились проще: раз наступают известные общие предположения, механически разрешается и вопрос о последствиях. Новые законодательства ставят вопрос тоньше, они стремятся к индивидуализации каждого случая. С этой стороны наша статья всего ближе к § 138, ч. 2 Герм. уложения.

Проектируемая норма вызвала особенно энергичные возражения со стороны проф. И.А. Покровского⁶⁵. Квинтэссенция этих возражений сводится к тому, что введение проектируемой статьи означало бы возложение на судью обязанности контролировать, опекать гражданский оборот, разграничивать случаи применения закона спроса и предположения, нормальной борьбы интересов, конкуренции и случаи недозволенной эксплуатации. Эта задача, перелагаемая законодателем с себя на плечи судьи, неразрешима и для последнего: критерий недозволенной эксплуатации не отличается определенностью. Покровский приводит ряд примеров в подтверждение своей мысли. Некто находит у букиниста интересующую его книгу; он знает, что эта книга — библиографическая редкость, что ей цена 15-20 руб.; если, однако, букинист просит за нее только 1 руб., вправе он купить книгу за эту цену? С другой стороны, если это лицо от покупки откажется, книга, быть может, проваляется долгое время у букиниста и в конце концов будет продана в мелочную лавочку на фунты всего за 15-20 коп. Во время снежных заносов полотна железной дороги нужна экстренная работа крестьян прилегающей деревни. Понимая положение, крестьяне запрашивают по 5 руб. в день на человека; дорога соглашается; может она потом сослаться на ст. 31? И др. Покровский указывает, что в жизни, где все покоится на принципе конкуренции, спроса и предложения, где всякий спешит воспользоваться своим благоприятным положением по сравнению

Германская практика по применению аналогичного § 138 В. Г. В. держится такого взгляда, что не требуется особого намерения использовать бедственное положение контрагента, достаточно сознания, что такое положение имеет место (*Oertmann*, Kommentar, Allgem. Teil, 5.433).

⁶⁴ Кн. V, т. I, стр. 81.

См.: И.А. Покровский, Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека, Вестн. Гр. Права, 1899, № 10, стр. 59-88.

с другим, достигнуть наибольших выгод с наименьшими затратами, трудно разграничить случаи эксплуатации дозволенной (действия закона спроса и предложения) от недозволенной (злоупотребления нуждой); критерий ст. 31, по его мнению, не помогает: везде нужда, везде ею пользуются. Остается один выход: признать эксплуатацию незаконной, когда она выходит за пределы обыкновенного уровня, но тогда критерий субъективный превращается в объективный (недаром перед составителями объяснительной записки проносится идея *laesio enormis*). Пользу от ст. 31 Покровский считает проблематичной, а, между тем, она должна быть куплена дорогой ценой — превращением судьи в общего контролера гражданского оборота, следящего за справедливостью, за нормальностью цен и пр. Закон спроса и предложения должен получить себе в лице судьи справедливого регулятора; в случае принятия ст. 31 продавать, покупать и т.п. можно будет не по свободному соглашению сторон, а по справедливым ценам, тариф которых исключительно в сердце судьи.

Таким образом, наряду с сомнением, вернее, отрицанием возможности, осуществимости для судьи возлагаемой ст. 31 задачи выступает сомнение нежелательности подобного стеснения частной автономии. Остановимся сначала на первой точке зрения. Мы не можем в данном случае согласиться с мнением проф. И.А. Покровского и полагаем, что сочетание объективного и субъективного признаков в качестве необходимых предположений применения проектируемого правила дает в руки судьи достаточно надежные указания для его практической деятельности. Разумеется, в конечном итоге вопрос сводится к степени доверия к суду: при известной мере пессимизма в этом направлении замечания проф. Покровского должны быть приняты «к сведению и исполнению» без всяких оговорок и колебаний. Но позволительно задуматься: есть ли в действительности основание для такого пессимизма, по крайней мере в отношении нормальных судебных органов?⁶⁶ И разве нельзя подыскать примеров, когда в силу ли прямого указания закона или ввиду его молчания судья пользуется и теперь достаточно широкой свободой усмотрения, так что для особенных опасений по поводу еще нового случая проявления доверия к суду оснований нет?

Припомним яркие примеры, приводимые Покровским. Покупка библиографической редкости у букиниста за ничтожную плату (возможно, конечно,

Профессор Покровский заканчивает одну из своих статей (Юрид. сделки в проекте Гр. Ул., Вестн. Гр. Права, 1904, кн. 1) словами: «приняли ли... авторы проекта во внимание всю совокупность реальных условий нашей жизни, задалась ли они, по крайней мере, вопросом: а судьи кто?» - и в качестве примера ссылается на условия назначения и действия земских начальников. Нам кажется, уже один тот факт, что земский начальник не есть судья в подлинном смысле, а представляет орган административный с судебными функциями, не позволяет на основании практики этих должностных лиц делать какие-либо общие выводы о деятельности гражданского суда.

и обратное положение: ввиду редкости вещи продавец назначает несоразмерно высокую цену): может ли какой-нибудь судья усмотреть здесь пользование чужой нуждой или несчастьем? Едва ли подойдут под действие ст. 31 и те случаи, когда люди пользуются такими «затруднениями», как необходимость для железной дороги расчистить снежные заносы и т.п.: нужду и несчастье надо понимать в точном и узком смысле⁶⁷. Так, взгляд судьи на дело будет, вероятно, иной, если, например, вдова, оставшаяся без средств и вынужденная из большой квартиры переехать в маленькую комнату, станет распродавать вещи, а любители легкой наживы прижмут ее, зная, что ей необходимо продать, за сколько бы ни пришлось. Наибольшая осторожность потребует от судьи, если взять примеры с поднятием цен на номера, за проезд и т.п.; в большинстве случаев по самому характеру подобного рода отношений, возникающих обычно между лицами, неизвестными друг другу, окажется больше оснований усмотреть здесь простое действие закона спроса и предложения, тем более, что в этой области остается возможность иного способа помочь делу, путем установления такс и т.п. мер.

Различие задач, которые стоят перед законодателем и перед судьей, различие функций, исполняемых тем и другим, делают вполне естественным, что в законе по этому вопросу содержатся лишь некоторые общие, более или менее расплывчатые и неопределенные указания (удачные или нет — отдельный вопрос), а оценка конкретной обстановки всецело возлагается на судью. Умудренный опытом, чуткий к запросам жизни судья сумеет разобраться в индивидуальных обстоятельствах каждого случая, напр. оценить разные побочные последствия, с которыми связана для должника сделка и которые, быть может, отягчают или, наоборот, облегчают его положение; учтет риск, с которым связывается сделка для верителя, примет во внимание социально-экономическое положение сторон⁶⁸ и из совокупности всех этих данных составит более или менее ясную картину. В западных кодексах аналогичные нормы вошли в жизнь и, по-видимому, свою роль исполняют в ней с успехом, по крайней мере о каких-либо значительных препятствиях для здоровой судебной деятельности не слышно. Едва ли в этом вопросе национальные и местные особенности способны сделать совершенно неприменимыми для нас выводы и итоги чужеземной практики. Нет, кажется, достаточных оснований, по которым к русскому судье следовало бы относиться с меньшим доверием, чем к его иностранным коллегам.

Но, быть может, введение проектируемого правила связано с такими вредными, неблагоприятными для оборота последствиями, что его все-таки

Ср. *Dernburg*, *Das burg. R.*, I (1906), § 127.

Ср. приводимый Покровским пример займа денег под 100% миллионером, временно оказавшимся в затруднительном положении, и т.п.

надо признать нежелательным? Может быть — если возвратиться хотя бы к приведенному нами примеру с бедной вдовой — следует задуматься над вопросом: выгодно ли для этой вдовы попечение о ней закона? Оберегая ее от убыточной продажи, не оставит ли оно ее вовсе без денег, не приведет ли к тому, что ей некому будет продать вещи даже за бесценок? Конечно, этот вопрос не праздный. Излишние стеснения оборота нежелательны и могут обессилить лучшие намерения законодателя, может явиться, по выражению Петражицкого⁶⁹, психическое трение, сказывающееся в разных страхах, сомнениях и подозрениях относительно успеха сделки. Требуется в этих вопросах большая осторожность. Именно это соображение и привело к тому, что новейшие законодательства уже не знают таких институтов, как *laesio enormis* или *lex Anastasiana*⁷⁰. Напротив, соединением критериев объективного и субъективного (отнюдь не покрывающих один другой) достигается устранение излишних стеснений оборота. Сопоставление этих двух моментов и в ст. 31 проекта внушает уверенность, что вмешательство судьи в содержание договорных соглашений будет иметь место лишь в действительно вопиющих случаях и во всяком случае позволяет не опасаться, что положение человека нуждающегося или зависимого при наличии проектируемой статьи окажется хуже, чем теперь; напротив, можно быть уверенным, что во многих случаях критикуемая статья принесет положительную пользу. Мы вполне разделяем приведенное Редакционной Комиссией⁷¹ соображение, что опасение насчет ослабления договоров проектируемой статьей «едва ли возможно признать основательным», что следует больше опасаться недобросовестности, чем борьбы против нее. Это мнение редакторов проекта встретило сочувствие и среди тех лиц — в частности, юристов-практиков, — которые представляли свои замечания на проект кн. V. В ряде «замечаний» подтверждается, что необходимость бороться с недобросовестностью при заключении сделок посредством более эластичных правил, расширяющих усмотрение суда, выяснилась и в русском законодательстве⁷².

Помимо рассмотренных выше сомнений относительно ст. 31 с принципиальной точки зрения проф. Покровский в той же работе отрицает также

Bona fides в Гр.пр., 2-е изд., 308. Ср. *Oertmann*, *Yorfrage* (Die volkswirtsch. Bedeutung des B. G. B.), 84, пр. 5.

Впрочем, есть защитники и этих норм (*Hartmann*, *Arch. f. civ. Prax.*, Bd. 73, 354-355). Ср. мотивы проекта Новеллы к австр. Гражд. ул. 1912 г. (*Arch. f. burg. R.*, 1913, 184). Из действующих кодексов сохраняет институт *laesio enormis* (и то в исключительных лишь случаях: при разделе, продаже недвижимости, а также в пользу некоторых лиц, пользующихся льготным отношением со стороны законодателя, каковы, напр., несовершеннолетние (*Code civil*, art. 887, 1118, 1674 и др.; *Baudry-Lacantinerie*, *Traite*, 137 sqq. (*Planiol*, *Traite*. I №284, 1586 и слл.).

⁷¹ См.: Проект 1899 г., кн. V, т. I, стр. 81.

72

См.: СводЗамеч. на проект, кн. V, № 151-159. Ср. Полож. Общие, кн. I (1903), стр. 197, также Объясн. Зап. Мин. Юст. изд. Сороина, вып. 2, стр. 17.

и практичность этой нормы. Он полагает, что с ростовщичеством и аналогичными ему явлениями бороться средствами гражданского права нельзя: причина в общих условиях кредита для лиц несостоятельных, не имеющих возможности дать кредитору надлежащего обеспечения. Профессор Покровский ищет другого выхода и усматривает его в ограничении взысканий, в применении ко всякому должнику *beneficium competentiae*: за каждым человеком должен быть сохранен минимум средств, необходимых для его существования. Это предложение, весьма симпатичное в принципе и вполне осуществимое практически, думается, не исключает надобности в рассматриваемой норме: *beneficium competentiae* имеет целью предоставить лишь известный минимум, до которого, следовательно, хищнические приемы контрагента могут применяться в полной мере. Принцип доброй совести такого положения не терпит. Предлагаемая Покровским мера представляется нам скорее подсобной, на случай тех непредотвратимых положений, когда неопределенность индивидуальной обстановки не даст судье возможности помочь обиженному иным способом.

Таким образом, возлагаемая проектируемой статьей на судью роль должна быть признана, по нашему мнению, неопасной с принципиальной стороны, осуществимой и небесплодной — с практической.

Необходимы, однако, существенные поправки к этой статье. Прежде всего нельзя упускать из виду, что кн. V будущего гражданского уложения должна объединить право гражданское с торговым; спрашивается: можно ли признать рациональным правило ст. 31 также и для сделок торговых? На этот вопрос мы отвечаем так: только в том случае, если сделка для обеих сторон носит торговый характер, заключается в связи с их торговой деятельностью, указанное правило применяться не должно. Что касается сделок, носящих торговый характер только для одной стороны, то их следовало бы данной статье подчинить в уверенности, что судья сумеет ею воспользоваться в разумных границах.

Другая поправка к ст. 31 вытекает из меткого замечания И.А. Покровского, что эта статья бьет значительно дальше цели. По смыслу ст. 31 (равно как и ст. 32) для заключившего чрезмерно невыгодный договор открывается лишь один выход — оспаривание договора, просьба об уничтожении его силы. Но заинтересованное лицо во многих случаях может желать иного: оно предпочитает, чтобы договор был сохранен, но обязанность этого лица была соответственно уменьшена. Например, находясь в крайности, лицо заплатило за нужную вещь слишком дорого; требовать уничтожения договора и возвращать вещь лицо не желает, оно желало бы только справедливого понижения цены. Нельзя не согласиться с проф. Покровским относительно желательности предоставления судье права в случае соответствующей просьбы потерпевшего сохранять договор в силе, но понижать размер обязанности, принятой на себя потерпевшим.

Возникает вопрос: можно ли также предоставить потерпевшему просить о справедливом увеличении обязанности, принятой на себя другой стороной (эксплуататором)? Например, вещь продана за бесценок, продавец просит доплаты. Русское право знает специальную норму такого содержания: если скупщик приобрел у крестьян хлеб (на корню, снопами или зерном) по несоответственно низкой цене, воспользовавшись заведомо тяжелым положением продавцов, то последним закон 18 июня 1892 г. дает право требовать доплаты до действительной стоимости проданного хлеба⁷³. Быть может, осторожнее будет ограничиться и впредь такой специальной нормой, не обобщая ее в будущем уложении: хотя между понижением обязанности эксплуатируемого, с одной стороны, и повышением обязанности эксплуататора — с другой, принципиальной разницы и нет, так как в обоих случаях дело идет о пресечении возможности воспользоваться ростовщическими комбинациями, однако во втором случае для достижения этой цели берется более сильное средство; является опасение, что предоставление этого средства действительно могло бы отразиться вредно на обороте.

Суммируя сделанные замечания, приходим к выводу, что ст. 31 могла бы быть отредактирована приблизительно так:

«В тех случаях, когда кто-либо, злоупотребляя принадлежащею ему властью или оказываемым ему доверием либо пользуясь нуждою или несчастьем другого, заключит с ним чрезмерно невыгодный для него договор, потерпевшему предоставляется просить суд или о признании договора недействительным, или об уменьшении размера принятой им на себя обязанности.

Означенное правило не применяется к сделкам, имеющим для обеих сторон торговый характер».

Вводя в проект рассмотренную ст. 31, составители не отказываются и от старых приемов борьбы с ростовщичеством: так, ст. 380 (повторяющая ст. 2023 т. X, ч. 1) борется с чрезмерным ростом, предоставляя заемщику, обязавшемуся платить свыше 6% на занятый капитал, через шесть месяцев возратить капитал (с обязанностью предупреждения о том заимодавца не менее как за три месяца); ст. 382 воспроизводит правило о недопустимости анатоцизма; при этом согласно ст. 104 проекта эти правила имеют применение не только при займе, но и при всяких соглашениях о процентах.

Статья 70 проекта гласит: «Если в договоре назначена неустойка в очевидно преувеличенном размере или если неустойка представляется чрезмерною ввиду неисполнения должником обязательства лишь в незначительной части, то суд может по просьбе должника уменьшить размер неустойки,

⁷³

См.: *Синайский*, \, 111.

но обязан при этом принять в соображение не только имущественные, но и другие справедливые интересы верителя».

Право судьи понижать размер договорной неустойки может быть признано в общем продуктом нового времени. Римское право знало лишь одно ограничение размера неустойки, а именно чтобы неустойка не могла служить средством обхода норм о ростовщичестве⁷⁴. В новых законодательствах за судьей признается право понижать неустойку. Но тут надо разграничивать две категории. С одной стороны стоит Code civ. 1231: *La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie* (аналогична ст. 1214 итал. Гр. ул.). Таким образом, по французскому закону судья имеет право понизить размер неустойки лишь в том случае, если главное обязательство частично исполнено. Составители Кодекса приводили разные соображения в пользу этого исключения из общего правила: случай, когда исполнение последовало частичное, должен рассматриваться как не предусмотренный сторонами; уравнивание должника, ничего не сделавшего для исполнения обязательства, со сделавшим нечто, хотя и не все (предполагая, конечно, что частичное исполнение известный интерес для верителя представляет), несправедливо⁷⁵. Другие кодификации идут дальше и признают за судом вообще право понижать размер выговоренной по договору неустойки независимо от частичного исполнения. Такое право впервые признано австр. Гр. улож., § 1336, п. 3: если должник докажет чрезмерность неустойки, она уменьшается судом, во всяком случае по выслушании заключения сведущих людей. Герм, улож., а равно швейц. обяз. право содержат еще более категорические указания. § 343 Герм, улож.: если подлежащая уплате неустойка несоразмерно велика, то по просьбе должника она может быть уменьшена до соответствующих размеров судебным решением. При обсуждении надлежащего размера принимается во внимание не только имущественный, но и всякий иной интерес кредитора. После уплаты неустойки уменьшение ее исключается. Шв. Об. Пр., 163, абз. 3: чрезмерно высокую договорную неустойку судья может уменьшить по своему усмотрению. Действующее русское право подобной нормы не содержит⁷⁶. Любопытно, что в нашем

См.: *Пергамент*, Договоры, уеустойка, 2-е изд., 256 слл. - Реш. Сен. 1893 г., № 108: периодическая неустойка, определяемая в процентах на сумму неоплаченного в срок по договору займа роста, условленного за пользование капиталом, не может быть назначаемая в размере, превышающем узаконенный рост (*Синайский*, II, 47).

75

См.: *Пергамент*, указ. соч., 259.

В т. X есть лишь специальное ограничение суммы договорной неустойки в силу самого закона (а не по усмотрению суда) для губерний Черниговской и Полтавской, ст. 1584. По этому поводу см.: *Пергамент*, указ. соч., 257, пр. 1. Некоторые аналогичные нормы торгового права (вычеты за прогулы и неисправности по договорам фабрикантов с рабочими, неустойка по договору найма корабля под груз) приведены в объяснениях к проекту 1899 г. (т. I, стр. 145).

прошлом известны случаи понижения судом договорной неустойки. Владимирский-Буданов по этому поводу замечает: «На практике суд, по собственному усмотрению, уменьшал размер неустойки даже тогда, когда она условлена в определенной сумме. Так, крестьяне условились с монастырем об уступке спорной земли и обеспечили ее неустойкой в 50 р. Суд признал невозможным действительно взыскать такую громадную, по тогдашнему, сумму для бедной деревни: «А в заставе по записи в пятьдесят рублех Климецкого монастыря службе отказано для того, что деньги неданые (условлены не для того, чтобы их, в самом деле, отдавать), погост бы от того пуст не был»⁷⁷.

Вводя в проект норму о праве суда понижать неустойку, редакторы уложения в объяснениях так мотивировали это новшество⁷⁸: «Ввиду того, что предоставление сторонам полной свободы в назначении размеров неустойки вызывает на практике многие злоупотребления: что установление какого-либо определенного размера неустойки вследствие разнообразия отношений участвующих в договоре лиц и трудности привести в соответствие размер неустойки с могущими быть причиненными верителю убытками представляется невозможным, — признается за лучшее предоставить право уменьшать размер неустойки суду, который ввиду всей совокупности обстоятельств дела имеет полную возможность урегулировать отношения сторон по предмету неустойки на справедливых основаниях».

В литературе имеются мнения авторитетных юристов, предостерегающие от принятия ст. 70. Так, сомнения в целесообразности этой нормы были выражены проф. Пергаментом⁷⁹. Признавая, что в ее основе лежит начало гуманное и бесспорно симпатичное, и не задаваясь, с другой стороны, целью сгруппировать доводы pro и contra, проф. Пергамент отмечает лишь, что в данном случае перед нами не чрезвычайно смелый опыт, мера не только оригинальная, но и гадательная по своим результатам.

Если общий топ возражений Пергаamenta позволяет назвать его критику довольно мягкой и скорее видеть в ней сомнения в пригодности проектируемой нормы, чем прямое утверждение непригодности ее, то другой авторитетный цивилист — И.А. Покровский⁸⁰ решительно отвергает эту норму. Сущность его доводов сводится к следующему. Стороны при наличности такой нормы, устанавливая неустойку, не могут быть уверены в том, сохранит ли она свое значение в тот момент, когда дело дойдет до суда. Лицо, добиваясь обеспечения незначительного по содержанию договора крупной неустойкой, имеет

⁷⁷ Ак. Ф. Чех., I, № 86; Владимирский-Буданов, Обзор истории рус. права, 2-е изд., стр. 497-498.

⁷⁸ Кн. V, т. I, стр. 146.

79

См.: Пергамент, Договорная неустойка, 298 слл.; его же статья в «Вестн. Гр. Права» за 1900 г., № 24.

⁸⁰ В цит. ст., Вестн. Гр. Права, 1899, № 10.

в виду, быть может, очень важные для него лично интересы, осуществление которых зависит от исправного исполнения основного обязательства. Между тем эта цель — обеспечить исправность исполнения — при действии ст. 70 может оказаться недостижимой: в случае неаккуратности должника взыскание с него условленной суммы может встретить препятствия в слишком значительном, по сравнению с суммой основного обязательства размере неустойки. Правда, ст. 70 рекомендует суду при оценке соразмерности принимать во внимание не одни имущественные, но и другие справедливые интересы верителя, однако, замечает Покровский, при таком положении назначение неустойки утрачивает смысл: оценку неимущественного интереса по усмотрению суда проект знает и помимо соглашения⁸¹. Покровский считает, что составители проекта, приняв § 343 В. Г. В., упустили из виду, что в Герм. уложении неимущественный вред вознаграждается лишь в особых случаях, там есть смысл в неустойке и при наличии § 343, так как она дает возможность оградить неимущественные интересы. В отношении нашего проекта, по мнению Покровского, представляется дилемма: или вычеркнуть неустойку из числа особенных явлений гражданского оборота, или отменить право суда на понижение неустойки⁸².

Приведенные возражения — при той редакции ст. 70, какую она имеет в проекте⁸³, — надо признать весьма вескими. Действительно, получается в данном случае не только попечение о слабом, ограничение с точки зрения доброй совести чрезмерного проявления эгоистических тенденций, речь идет об известной таксировке, об объективном соответствии размера неустойки содержанию основного обязательства. В отличие от ст. 31 данная статья не касается субъективного момента, заведомой эксплуатации кредитором должника. В ней выдвинута только объективная чрезмерность, преувеличенность неустойки по сравнению с ценностью обязательства и с действительным интересом верителя. Такая постановка вопроса и нам представляется неприемлемой⁸⁴. Однако выход из положения не исчерпывается той дилеммой, какую ставит проф. Покровский. Возможно еще третье решение: внесение в ст. 70 наряду с объективным признаком также субъективного элемента, как это имеет место в ст. 31, т.е. в задачу нашей нормы должно входить не стеснение сторон какими-то неустойчивыми таксами, а борьба с эксплуатаци-

⁸¹ Проект 1913 г., ст. 130.

Относительно права суда понижать размер неустойки, если обязательство не исполнено только в части, не возражают в принципе ни *Пергамент*, ни *Покровский*.

По сравнению со ст. 63 кн. V проекта 1899 г. никаких изменений не внесено.

Указания иностранного законодательства и практики в данной области не так соблазнительны, как по вопросу о ст. 31, вследствие отмеченной проф. Покровским причины - отсутствия в германском (а также швейцарском) праве общей нормы о возмещении нематериального интереса; получается, что соответствующие статьи названных кодексов обслуживают еще иную цель.

ей нужды, несчастья, зависимости. При такой поправке отпадают возражения, относящиеся специально к значению неустойки, и вопрос ставится совершенно так же, как и по поводу ст. 31, вследствие чего основные замечания относительно этой последней статьи оказываются применимыми и к ст. 70.

Может, однако, возникнуть вопрос: нужна ли при таких условиях ст. 70, не достаточно ли для достижения указанной цели одной ст. 31?⁸⁵ Нам думается, что, несмотря на несомненную идейную близость обеих норм, признать ст. 70 проекта при наличии ст. 31 излишней нельзя. Статья 31 имеет в виду соотношение между предоставлением одной стороны и контрпредоставлением другой, она стремится предупредить такие случаи, когда на почве заведомого использования бедственного положения лица, навязывают ему чрезмерно невыгодные условия сделки. Обязательство уплатить на случай неисполнения договора неустойку в таком-то размере не есть контрпредоставление, и хотя тут также может быть лицо чрезмерная невыгодность соглашения для одной из сторон, но происходящая не из основного содержания договора (найма, подряда и др.), по которому обязанности сторон могут оказаться в строгом соответствии с общепринятыми воззрениями, а из присоединенного к нему побочного соглашения. Во избежание возможных недоразумений целесообразнее установить для неустойки отдельную норму.

Представляется правильным и в данном случае сделать изъятие для сделок торговых⁸⁶, на которых всякие стеснения договорной свободы отражаются особенно болезненно (уменьшение неустойки ввиду неисполнения обязательства лишь в незначительной части может иметь место и при торговых сделках).

В результате ст. 70 проекта могла бы быть изложена примерно так:

«Если кто-либо, злоупотребляя принадлежащею ему властью или оказываемым ему доверием либо пользуясь нуждою или несчастьем другого, заключит соглашение о неустойке в очевидно преувеличенном размере или если назначенная неустойка представляется чрезмерною ввиду неисполнения должником обязательства лишь в незначительной части, то суд может, по просьбе должника, уменьшить размер неустойки, причем в последнем случае обязан принять в соображение не только имущественные, но и другие справедливые интересы верителя.

⁸⁵ Этот вопрос ставился противниками предоставления суду права понижать размер договорной неустойки о Германии (см., напр., доклады *Koffka* и *Simon* 20-му Съезду герман. юристов. *Verhandlungen des zwanzigsten Deutschen Juristentages*, II, 1889, 3-45).

⁸⁶ Эта поправка была предложена еще *М.Я. Пергаментом* (Вестн. Гр. Права, 1900, № 24), ссылавшимся на пример герм. Торг. улож., 1897, §348. Ср. мнение, выраженное в прениях по поводу цитированных докладов *Koffka* и *Simon* (*Verhandl.*, IV, 60-82), что следует и в Торговое уложение ввести норму, предоставляющую суду право понижать размер неустойки.

Неустойка, назначенная в сделке, имеющей для обеих сторон торговый характер, может быть понижена судом только в последнем из указанных случаев».

Наряду с рассмотренными главными случаями ограничения договорной свободы можно отметить еще некоторые, менее значительные примеры, когда добрая совесть полагает по проекту предел свободного определения личности. Такова ст. 470, воспевающая торговому служащему вести от своего имени, без согласия нанимателя, самостоятельную торговлю, однородную с той, какую ведет наниматель, или заключать отдельные сделки, относящиеся к тому же роду торговли, как за свой счет, так и за счет третьих лиц. В этом постановлении выражается идея борьбы с недобросовестной конкуренцией: состоя на службе у известного лица, зная положение его дела, будучи знаком с его покупателями и клиентами, торговый служащий не может с точки зрения доброй совести преследовать свои интересы во вред хозяину посредством открытия однородной с ним торговли⁸⁷. Сходная идея лежит в основе ст. 728, 854, 685.

§ 4. Толкование договоров

По вопросу о толковании договоров т. X ч. 1 в ст. 1538-1539 определяет, что «договоры должны быть изъясняемы по словесному их смыслу», а если словесный смысл представляет важные сомнения, то «по намерению их (договоров) и доброй совести».

Проект в ст. 72 устраняет устаревшее различие двух случаев (представляет ли словесный смысл договора важные сомнения или нет) и дает общее положение: договоры должны быть изъясняемы по точному их смыслу, по доброй совести и намерению лиц, их заключающих. В другом месте⁸⁸ нам приходилось касаться этой статьи и отмечать ее отличие от первоисточника — § 157 Герм. улож. В то время как § 157 Герм. улож. вводит два критерия — принцип доброй совести и обычаи гражданского оборота, наш проект сохраняет лишь один — добрую совесть. Таким образом, принцип доброй совести оказывается единственным вспомогательным началом, вносящим в толкование необходимую объективность. В литературе было обращено внимание на то, что сопоставление в одной статье указаний на точный смысл договора и намерение сторон создаст затруднения при применении этой статьи⁸⁹. Объяснительная записка к соответствующей ст. 65 проекта 1899 г.⁹⁰ отмечает, что эта статья заимствована из ст. 1536 и 1539 т. X, ч. 1, причем произведены некоторые редак-

Ср. также ниже § 6.

Вестн. Гражд. Права, 1915, № 1, стр. 58 аш.

См.: М. Винавер, *Общая часть обяз. пр. в проекте улож. (Из области цивилистики, 203-204)*.

Кн. V, т. I, стр. 151.

ционные изменения, между прочим, под влиянием французского уложения. По этому поводу М. Винавером правильно указывалось, что такое соединение и породило неясности: т. Х отдает предпочтение словесному смыслу, поскольку он не представляет важных сомнений; французское уложение, наоборот, главное значение придает намерению сторон. В проекте рядом поставлены оба момента, а потому в случае расхождения точного смысла с намерением сторон у судьи могут явиться сомнения относительно того, чему отдать предпочтение.

В учении о юридической сделке вообще составители проекта оставили в стороне целый ряд очень важных и спорных вопросов, группирующихся вокруг общей темы о значении воли и ее внешнего изъяснения, различно освещаемых с точки зрения разных теорий⁹¹. Этот пробел проекта не может, конечно, считаться неважным или возмещенным одной ссылкой ст. 72 на толкование «по доброй совести», тем более что вопрос о толковании юридических сделок, с одной стороны, о значении воли и ее изъяснения — с другой, имеют самостоятельный, не совпадающий между собой смысл⁹². Но все-таки упоминание ст. 72 о доброй совести должно дать в трудных для судьи случаях некоторый выход. Из сущности доброй совести следует, что если даже стороны в конкретном примере не знакомы с обычными воззрениями по тому или иному вопросу, они считаются с наличием этих воззрений и, не вводя в сделку каких-либо своеобразных определений, им подчиняются⁹³. Такая точка зрения властно диктуется практическими потребностями. По правильному замечанию Holder⁹⁴, волеизъявление как явление оборота не может иметь последствий, не совместимых с организованным оборотом. Применяя эту точку зрения к толкованию договоров — о каких бы способах изъяснения воли: слове, письме, молчании, конклюдентных действиях и пр. ни шла речь, — приходим к таким выводам. При толковании договоров отыскивается их точный смысл, т.е. тот смысл, какой руководствуясь общими законами языка и общепринятыми воззрениями (не личным взглядом употребившего известное выражение) нужно связать с употребленными выражениями. Раз нет указаний на то, что в данном случае выражению придавалось не общепринятое значение,

См.: Покровский, Юрид. сделки в проекте Гр. Ул., Вестн. Гр. Права, 1904, № 1, стр. 87. Краткую сводку различных нюансов теории воли и теории изъяснения см. у Oertmann, Komm., Allg. Teil, 344-345; Enneccerus, I, § 155. Своеобразное и едва ли правильное значение придает теории оборота Синайский (II, 37): что теория оборота должна иметь место в той, между прочим, форме, что судья в известных случаях, толкуя договор, может быть выше автономной воли сторон.

Titze, Lehre vom Missverständnis, 88, п. 8.

⁹³ Ср. Hartmann, Werk u. Wille bei stillschw. Konsens, Arch. f. civ. Prax., Bd. 72, 1887, 213, 215.

Iher. Jahrb., Bd. 58, 111. С другой стороны, ср. Henle. Vorstellungs- und Willenstheorie, 1910; в ссылке на добрую совесть масштабы жизни и обычаи оборота автор усматривает ссылку на сверхправо, которое все больше и больше угрожает погасить всякое уважение к ненарушимости положительного права; если бы это сверх-право получило господство, оно привело бы к хаосу произвола (op. cit., 140).

а какое-то иное, принимается во внимание первое⁹⁵. Если лицо, употребляя известное выражение, связывало с ним не общепринятый, а некоторый своеобразный смысл, а другая сторона этого своеобразия понять не могла (особенно если существовавшие прежде деловые отношения между данными лицами подкрепляли это понимание контрагента,⁹⁶ причем последнее обстоятельство не укрылось от сделавшего изъяснение, то добрая совесть требует, чтобы изъяснитель воли раскрыл недоразумение; если он этого не делает, он не может впоследствии настаивать, чтобы толкование его изъяснения опиралось на его истинное намерение: это было бы несогласно с толкованием по доброй совести. Но даже если изъяснитель сам и не заметил, что контрагент его не понимает, толкование должно исходить из той же точки зрения: решается объективно вопрос о распознаваемости вложенного в выражение своеобразного смысла, и если оказывается, что понять этот смысл другая сторона не могла, добрая совесть требует толкования по общепринятым взглядам. Наоборот, если лицо, употребившее известное выражение, связывало с ним не общепринятый, а некоторый своеобразный смысл и другой стороне этот смысл был (или должен был быть) известен, изъяснение по общим законам языка не может иметь места: начало доброй совести требует придать выражению это своеобразное значение⁹⁷. Добрая совесть не терпит, чтобы лицо сознательно выдавало перед другими определенную волю за свою, а потом само противилось тому, чтобы она считалась его волей. С другой стороны, контрагент, который знал (или должен был знать), о чем идет речь, не должен иметь права в таких случаях настаивать на общепринятом смысле употребленных выражений. Аналогичным образом проявляется принцип доброй совести и при иных способах выражения воли. Когда, напр., с молчанием (или с т. н. *facta concludentia*) связывают известные последствия, невыгодные для молчавшего, этим не имеют в виду его наказать, а только защитить того, кто доверился изъяснению. В результате применения этой точки зрения бывает, что то, чего данное лицо вовсе не желало, признается как бы желаемым, ибо иное предположение было бы противно доброй совести. Против крайностей этой точки зрения и одностороннего применения принципа доброй совести дается предохранительный клапан в виде норм о заблуждении при заключении сделок, которые предоставляют известный выход изъяснителю воли, в тех случаях, когда приданный толкованием смысл изъяснения не соответствует истинным намерениям лица.

Таковы простейшие положения, вытекающие из толкования договоров по доброй совести. Нельзя, однако, не признать, что простое сопоставление

Danz, Laienverstand u. Rechtsprechung, Iher. Jahrb., Bd. 38 (1898), 427.

Ср. Проект, 75.

Ср. *Schneider*, Treu u. Glauben, 107. *Hartmann*, Iher. Jahrb., XX, 41, 43.

в одной статье указаний на точный смысл договора, намерение сторон и на принцип доброй совести вносит неопределенность и путаницу⁹⁸. Казалось бы, было целесообразнее, если бы в проекте, с одной стороны, было прямо подчеркнуто, что при толковании не следует придерживаться одного буквального смысла договора, но входить в рассмотрение намерений сторон, а с другой — было бы указано, что при этом должны приниматься во внимание требования доброй совести и обычаи гражданского оборота. Этот последний критерий, как отмечено выше, отсутствует в ст. 72. Небезынтересным представляется привести по этому поводу на справку, что при обсуждении § 157 Герм. улож. было внесено при втором чтении предложение опустить ссылку на обычаи гражданского оборота. Это предложение основывалось на том, что указание в качестве руководящих начал рядом правил доброй совести и обычаев гражданского оборота представляется неподходящим ввиду того, что значение обоих масштабов неодинаково: положение, что в качестве содержания договора должно приниматься то, что соответствует требованиям доброй совести, есть абсолютное предписание, обычаи же оборота принимаются во внимание только при условии, что стороны не дали иных указаний. В Комиссии против этой мотивировки было сделано возражение, что сопоставление обоих названных масштабов не обозначает вовсе их отождествления или уравнивания, и предложение (об исключении ссылки на обычаи гражданского оборота) не было принято". Однако сопоставление доброй совести и обычаев гражданского оборота все-таки вызвало возражения в литературе. Так, Штаммлер¹⁰⁰ признал ссылку на обычаи оборота, с одной стороны, излишней, с другой — неуместной: отсылка к доброй совести, говорит Штаммлер, означает формальное направление, в котором должно идти суждение, обычаи же оборота представляют из себя один из многих моментов, помогающих нам добыть подлежащий суждению материал казуса. Штаммлеру возражал Штейнбах, опираясь главным образом на приведенную выше историю закона; обычаи гражданского оборота в соответствии с обстоятельствами каждого случая и природой сделки помогают определить степень доброй совести, какую надлежит требовать в данном отношении от сторон¹⁰¹.

В общем можно признать этот последний взгляд, что сопоставление с доброй совестью обычаев гражданского оборота желательно и целесообразно, господствующим в литературе. Ниже мы увидим, что в главе об исполнении договоров и составители нашего проекта не встретили затруднений для того,

См.: *Синайский*, I, 138; II, 38, пр. 1.

Steinbach, *Treu u. Glauben*, 13-14.

D. *Recht der Schuldverh.*, 46-47; *Lehre von dem richt. Recht*, 333.

¹ *Steinbach*, *op. cit.*, 13. Ср. *Oertmann*, *Rechtsordnung u. Verkehrssitte*, 345.

чтобы сопоставить оба названных критерия рядом; очевидно, что не могло быть серьезных препятствий сделать то же и в вопросе о толковании договоров.

Может явиться сомнение в необходимости ссылки на обычаи оборота ввиду того, что обращение к ним все равно неизбежно по существу понятия доброй совести: отсутствие ссылки на обычаи оборота, могут заметить, малочувствительно, ибо очевидно, что нельзя при толковании смысла сделки и отдельных выражений исходить из субъективных представлений об их значении лица, употребившего их; необходимо исходить из того, как «все» понимают известное поведение лица, как его оценивает оборот. Особенно ясно выражена эта идея Данцем¹⁰²: так как каждый вправе понимать противника (его слова, молчание и другие способы изъявления воли) в обычном в обороте смысле, раз не указано иного смысла, то это доверие было бы обмануто, т.е. нарушен был бы принцип доброй совести, если бы поведение стали истолковывать как-нибудь иначе. Однако эти замечания не доказывают ненужности ссылки на обычаи гражданского оборота; напротив, можно согласиться с Эндеманом¹⁰³, что обычаи оборота, с одной стороны, могут способствовать приспособлению нравственных воззрений к фактической практике оборота, а с другой — дополнять собою критерий доброй совести в тех случаях, где дело идет о морально безразличных навыках. Рядом с этим нельзя не считаться и с тем обстоятельством, что определения принципа доброй совести закон не будет содержать, поэтому даже с точки зрения уяснения содержания принципа доброй совести желательно прямое упоминание обычаев гражданского оборота. Упоминание этого второго критерия рядом с первым придаст понятию доброй совести более конкретное значение, поставит его в связь с особенностями жизненной практики данного класса населения, данной местности и пр¹⁰⁴. Преобладающее значение при этом должен, конечно, иметь принцип доброй совести, его нужно назвать на первом месте.

Стороны вольны своим соглашением устранить при толковании применение обычаев гражданского оборота, стоит только при изъявлении воли сделать соответствующую оговорку. Но нельзя признать за договаривающимися права своим соглашением установить, чтобы при истолковании их сделки не применялся принцип доброй совести; общее положение, установленное выше относительно принудительного характера норм, содержащих требования доброй совести, должно получить применение и в данном случае. При противоположном решении вопроса для влиятельного контрагента открывался бы слишком простой способ уклониться от подчинения нежела-

Auslegung der Rechts gesch., 3-е изд., 92. Ср. сближение понятий доброй совести и обычаев оборота у Hartmann, Iher. Jahrb, XX, 36.

¹⁰² Endemann, I, § 100.

¹⁰⁴ Ср. Laband, Zum zweiten Buch des Entw. eines B. G. B., Arch. f. civ. Pr., Bd. 73, 163.

тельному критерию, введенному по соображениям общественного характера, а вместе с тем значение этого критерия было бы в корне подорвано.

В заключение приходится здесь вновь повторить¹⁰⁵, что проект останавливается только на толковании договоров, но не содержит указаний относительно толкования односторонних волеизъявлений. В объяснениях Министра Юстиции к ст. 77 упоминается об исключении второй части этой статьи (ст. 91 по номер. 1905 г.) как относящейся к толкованию завещаний. Однако вопрос об истолковании односторонних волеизъявлений может возникнуть и в пределах обязательственного права. В общем, основания толкования этих актов должны быть те же, что и для договоров¹⁰⁶. Конечно, при одностороннем изъятии воли не выступает так ярко мотив, по которому субъективная воля изъявителя отодвигается на второй план, но сравнению с объективным значением внешнего ее выражения. Но это обстоятельство, само собой, будет учтено, если толкование будет построено на принципе доброй совести, с принятием во внимание обычаев гражданского оборота.

В конечном итоге ст. 72 могла бы быть изложена в следующей приблизительно редакции:

«Договоры должны быть изъясняемы на основании не одного буквального их смысла, но и намерений лиц, их заключающих, в соответствии с требованиями доброй совести и обычаями гражданского оборота.

На тех же основаниях следует толковать и односторонние изъятия воли».

§ 5. Исполнение обязательств

Проект, ст. 78: Должник обязан исполнить свое обязательство добросовестно и согласно принятому в деловых отношениях обычному порядку.

Содержание этой статьи представляет почти дословный перевод § 242 В. Г. В: *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*¹⁰⁷. Поэтому в интересах выяснения смысла проектированной статьи и ее значения нелишним будет остановиться на контроверзе, какую породил прототип этой статьи — § 242 В. Г. В.

Названный параграф вызвал в литературе довольно оживленный обмен мнений, причем если оставить в стороне детали различных суждений, выраженных по этому поводу, обрисовываются две основных точки зрения. Одна,

Вестн. Гр. Пр., 1915, № 1, стр. 64.

¹⁰⁶ Ср. *Dernburg*, *Das burg. Recht*, I, § 111; III.

Ср. *Code civil Suisse*, 10 дек. 1907, 2: *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les régies de la bonne foi*. Также во франц. Код. art. 1134 постановляет о договорах: *Elles (les conventions) doivent étre exécutées de bonne foi*, а art. 1135 добавляет: *Les conventions obligent non seulement a ce qui y est exprimé, mais encore a toutes les suites que requiert, l'usage ou la loidonmenta l'obligation d'apressa nature*.

более узкая, понимает § 242 так, что им не предоставляется судье проверка наличности долга, самой обязанности должника исполнить нечто; эта сторона дела определяется, так сказать, за пределами § 242, а этот параграф касается лишь способов и обстоятельств исполнения: в тех случаях, когда существует долг (наличность которого определяется независимо от § 242), его исполнение должно протекать так, как того требуют правила доброй совести и обычаи гражданского оборота. Например, если вести речь об отсылке товара, то вопрос о том, лежит ли на должнике соответствующая обязанность, решается относящимися к делу нормами права и договором сторон; в тех случаях, когда такая обязанность будет установлена, способ ее исполнения (как надо упаковать товар, кому его сдать и пр.) определяется согласно § 242. Представители этого воззрения: Шнейдер¹⁰⁸, Леонгард¹⁰⁹, Эртманн¹¹⁰ и др.

Другая, более широкая точка зрения состоит в том, что норма § 242 относится не только к выяснению способов исполнения обязательства, но также и прежде всего к решению вопроса о том, есть ли обязанность предоставления; в требовании закона, чтобы должник чинил исполнение добросовестно, усматривается граница и для заявления претензии верителем, по существу близкая к идее *excertio doli generalis* (конечно, лишь с материально-правовой стороны). Этой более широкой точки зрения придерживаются: Вендет¹¹¹, Регельсбергер¹¹², Тур¹¹³, Эннекерус¹¹⁴, к тому же взгляду склоняется Дербург¹¹⁵ и др.¹¹⁶. Полемика по этому вопросу, общий характер аргументации свидетельствуют, что текст § 242 сам по себе не дает бесспорного ответа на вопрос, так что рассуждения по общему правилу с догматической почвы переходят на правнополитическую. Так как для нас весь вопрос стоит только *de lege ferenda*, то это обстоятельство несколько, конечно, не компрометирует аргументации.

Schneider, *op. cit.*

¹⁰⁹

В прим. 1 к § 47 изданных им *Vortrage* Экка.

¹¹⁰

D. Recht der Schuldverh., 12.

¹¹¹

Arch. f. fiv. Prax., Bd. 100 (1906).

¹¹²

Krit. Vierteljahresschr., Bd. 44 (1902), 433; *Iher. Jahrb.*, Bd. 41, 285 (непосредственного выражения идее *ex. D. Gen. V. B. G. V.* нет, но она не противоречит основным его положениям).

¹¹³

Thur. op. cit., II, 1, 546-547: § 242 исполняет ту же функцию, что *ex. d. Gen. V. Gemeines Recht*.

¹¹⁴

Enneccerus, I, § 208.

¹¹⁵

Das burg. Recht, II, 1-e Abth., § 10, пр. 3.

Своеобразную позицию занимает *Eckstein* (*Die Einrede der Unsittlichkeit*, *Arch. F. Burg. Recht*, 1913, 367-405): § 242, по его мнению, ничего нового не вносит; если бы его (и § 157) в уложении не было, дела решались бы так же, как и теперь; мысль § 242 сводится к тому, что исполнение должно быть, так сказать, средней доброты: должник не вправе предлагать ниже среднего, веритель не вправе требовать выше среднего; вместе с тем Экштейн признает (правда, в весьма ограниченном круге случаев) *ex. Doli gener.*, но обосновывает ее общим духом современного права до известной степени - даже независимо от положительного правопорядка (особенно стр. 378-379, 381).

Итак, каковы же главные соображения, на которых базируется та и другая точка зрения? Сторонники более узкого толкования § 242, т.е. что эта норма имеет в качестве необходимого предположения, что долговое отношение существует, что обязанность к предоставлению есть, установлена (на основании иных относящихся к обсуждаемому случаю норм закона и содержания договора), а от себя только указывает способ и подробности исполнения, исходят из следующих главных доводов. Признание за судьей права на основании § 242 обсуждать вопрос о том, имеется ли в спорном случае сама обязанность к предоставлению, привело бы к смешению границ права и морали. Сомнения вызывает вопрос о границах судебного усмотрения, его отношение к закону судья призван помогать применению закона, но не исправлять закон. Обсуждение вопроса о существовании обязанности с точки зрения доброй совести могло бы поколебать правовой порядок, нарушить прочность оборота; на место твердой нормы права было бы поставлено субъективное чувство судьи. Главное назначение принципа *bona fides* — верность договору, точное исполнение данного обещания; если в отдельном случае решающее значение будут иметь не закон и договорное соглашение, а то, что судья признает более справедливым, то не придется ли признать слишком легкомысленным утверждение Ульпиана; *nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est* (D.19.1.11 § 1)? (Шнейдер). Сторонники противоположного взгляда считают все эти доводы неосновательными. Всего менее, с их точки зрения, заслуживает внимания опасение, что при более широком толковании § 242 судья станет как бы над законом: судья в этом случае прибегал бы к критерию доброй совести не в силу того, что он может стоять над законом, а, наоборот, только потому, что рассматриваемая норма закона уполномочила его на это, подобно тому, как закон вводит иногда и другие, посторонние праву критерии: обычаи гражданского оборота и пр. Что это полномочие судьи может нарушить устойчивость деловых отношений, поколебать гражданский оборот, это сомнение не должно приурочиваться к данному специальному вопросу, а стоит в связи с основным, общим вопросом о положении судьи, о границах его деятельности. Этой проблеме посвящена огромная литература, причем отдельные авторы решают ее весьма неодинаково. Однако спорным и окончательно нерешенным должен считаться (не имеющий никакого отношения к данной контрверзе) вопрос о праве судьи законодательствовать по конкретным казусам, если законодатель не дал соответствующей нормы. Что же касается применения к отдельным спорным положениям подсобного критерия, прямо рекомендованного законом, то на этот счет современная юриспруденция довольно единодушно высказывается за признание у судьи такого права. Точно так же и положительные законодательства не считают возможным лишить суд всякой самостоятельности. Свободное усмотрение суда (отнюдь не являющееся синонимом

произвола) неизбежно, и оно всюду существует, когда судья оценивает степень виновности, уважительность основания и т.п.¹¹⁷ Иначе пришлось бы пожертвовать эластичностью норм, принципом индивидуализирования конкретных случаев и т.п. Но потребности жизни заставляют смотреть на такое явление, как на большее зло по сравнению с возможными увлечениями, заблуждениями, искусностью или хотя бы даже злоупотреблениями (случаи которых при надлежащей организации будут всегда исключительными) судей. Жизнь заставляет предпочитать «каучуковые параграфы», позволяющие рассматривать конкретный казус не по схематическим, безжизненным правилам, а в зависимости от всех индивидуальных обстоятельств. Опыт показал, говорят те же авторы, что самостоятельность и свобода, предоставляемая в этих случаях суду, не только не влечет за собой каких-либо опасностей для правосудия, но является необходимым условием для того, чтобы право было способно принорваться к вечным изменениям жизненной обстановки, другими словами, чтобы оно само стало жизненным. Частным случаем применения этого общего принципа является и рассматриваемая норма. — Другое соображение против широкого толкования § 242, именно опасение смешения права и нравственности столь же мало имеет значения в данном случае, как и в других, где закон учитывает принцип доброй совести. Разумеется, введение в закон этого принципа ставит право до известной степени в соприкосновение с нравственностью, однако это обстоятельство не должно особенно смущать юриста: взаимодействие права и нравственности имеет место в целом ряде отношений гражданского права и не приводит к смешению этих двух областей. — Наконец, что касается соображения о святости и нерушимости договорного соглашения, то против этого приводятся следующие возражения. Договорная верность есть одно из велений *bona fides*, но не покрывает всего понятия *bona fides*. Обязанность контрагентов соблюдать верность договору, святость для каждого из них принятого на себя обязательства сомнений не вызывают, но значение этого принципа, как и всякого другого, может проявляться только в известных границах, а именно поскольку проведению этого принципа договорной верности не мешает иной, также находящий себе признание со стороны закона. Таким пределом применения начала договорной верности и является § 242 В. Г. В., дающий основания проверять с точки зрения доброй совести уместность заявляемой претензии. Именно данная норма говорит, что нужно предоставлять исполнение как-то: «добросовестно и согласно обычному порядку», «как того требует добрая

По этому поводу *Strope* (I, § 13, 2a) замечает: «Было бы неправильно говорить в этом случае, что судья дает или строит норму: «все» - вот кто создает здесь право, а судья только должен, как всегда, его применить; и в этой функции судья не становится законодателем». Ср. *Hartmann*, *Der Civilgesetzentwurf, das Aequitatsprinzip und die Richterstellung*. Arch. f. civ. Pr. Bd. 73 (N. F. 23), 1888, 319.

совесть и обычаи оборота». Определяется образ действия: как предоставлять, но этот вопрос заключает в себе и другой — о содержании требования¹¹⁸. Норма § 242, дающая по букве только известное направление для деятельности должника, косвенно определяет и выступление верителя. Это вытекает из коррелятивности понятий права и обязанности, требования и долга. Если должнику предписывается делать предоставление согласно требованиям доброй совести и только в соответствии с этим масштабом признается его обязанность, то, следовательно, и веритель не управомочен требовать за этими пределами: то, что определяет меру долга, определяет также и содержание требования¹¹⁹.

У нас нет исторического прошлого в этой области вроде *exsertio doli generalis* в странах, ренепировавших римское право. Поэтому мы можем свободнее оценить *de lege ferenda* границы применения *bona fides* при исполнении обязательств.

В предыдущем изложении были указаны некоторые примеры проявления судейской самостоятельности, свободного усмотрения суда при применении принципа доброй совести; таковы ст. 31, 70 и 72 проекта. Является ли рассматриваемый вопрос сходным по существу с приведенными ранее случаями? Мы отвечаем на этот вопрос отрицательно. Когда судья, основываясь на ст. 31 или 70 проекта (в том виде, в каком представляется целесообразным их принятие), лишает силы сделку или уменьшает размер неустойки, он проявляет, конечно, свободное усмотрение, но он получает все же со стороны закона известные указания для руководства: несоответствие обязанностей сторон (или размера неустойки содержанию главного обязательства) и признак эксплуатации нужды, зависимости etc. Если при толковании договора по ст. 72 проекта суд может признать за договором такой смысл и значение, о каком вовсе не думало данное лицо, он руководствуется при этом объективным, общепринятым пониманием употребленных сторонами слов и всего их поведения. Как обстоит дело в рассматриваемом случае? Юридическая сила договора налицо; опорочению он не подлежит; содержание и смысл его установлен. Если исполнение договора идет вразрез с какой-либо специальной нормой закона или с имевшим место дополнительным договором, по которому веритель обязался не взыскивать долга и т.п., вопрос разрешается благополучно и при более узком понимании ст. 78¹²⁰.

Wendt (op. cit., 86) отмечает, что в материалах по изданию В. Г. В. имеется подтверждение именно этого сближения понятий «способ исполнения» и «содержание долга», причем вопрос о содержании естественно связывается с вопросом о самом существовании долга.

¹¹⁹

Wendt, op. cit., 87. Также *R/ez/erw D. Iur. -Zeit*, 1912, № 18.

Schneider более трети своей работы (*Treu u. Glauben im RechtederSchuldverhältnisse*) посвящает доказательству той мысли, что в тех случаях и для тех целей, для которых стараются осуществить идею *ex. d. gen.*, желательного результата можно достигнуть иными путями, пользуясь прямым содержанием (по поводу отдельных отношений) Гражд. кодекса или истолкованием договора. Ср. *Eckstein*, op. cit., 382 ff.

Если же нет перед судьей подобных указаний, то (при широком толковании ст. 78) выходит, что хотя возникновению и сохранению юридической силы за договором принцип доброй совести не помешал (ибо в противном случае будут применимы рассмотренные ранее статьи проекта), тем не менее судья должен обсуждать именно с точки зрения доброй совести вопрос, подлежит ли этот договор исполнению: положение не только противоречивое, но и весьма опасное для оборота¹²¹. Очевидно, что черта допустимого судейского усмотрения здесь оказывается нарушенной. Таким образом, приходится заключить, что признание за судом права исследовать с точки зрения доброй совести вопрос, имеется ли в данном случае обязанность должника чинить исполнение, для одних случаев не нужно ввиду наличия специальных норм закона или особого соглашения сторон, для других — опасно. Остается принять тот смысл ст. 78, что самые способы и обстоятельства исполнения должны соответствовать доброй совести и обычаям гражданского оборота. Но тогда может явиться вопрос не представляется ли это предписание при наличии рассмотренной ст. 72 (о толковании договоров) излишним?¹²² Это сомнение, разумеется, неосновательно: ст. 72 дает указания, как понимать содержание договора, как, следовательно, определить содержание обязанности должника; ст. 78 нормирует способы и приемы исполнения этой обязанности, обстановку, в которой должно протекать исполнение.

Если принять во внимание разногласия, какие породил в немецкой литературе § 242 В. Г. В., то для предупреждения возможных недоразумений при применении будущей ст. 78, быть может, нелишним было бы несколько изменить редакцию этой статьи в смысле более выпуклого указания, что в данном случае дело идет о способах исполнения обязательства, но не о решении вопроса, есть ли обязанность должника к предоставлению или нет. Так как относительно лиц, срока, места, предмета исполнения и пр. в проекте имеются специальные нормы, то, казалось бы, ст. 78 можно изложить примерно в такой редакции: «Исполнение обязательства должно производиться способами, соответствующими требованиям доброй совести и принятому в деловых отношениях обычному «порядку»¹²³.

При ином взгляде можно было бы действительно последовать ироническому совету проф. Покровского (Вестн. Гр. Права, 1899, № 10, стр. 84) заменить тысячу слишком статей проекта всего лишь одной статьей: «договоры и обязательства обсуждаются по началам справедливости свободным усмотрением суда».

Надо заметить, что проект 1899 г. не содержал отдельной рубрики «толкование договоров», а главу «исполнение договоров» открывал ст. 65: Договоры должны быть исполняемы по точному их смыслу и по доброй совести и намерению сторон, а затем в следующих статьях трактовал вопросы толкования.

Если взглянуть на вопрос с противоположной (более широкой) точки зрения, редакция ст. 78 могла бы быть следующей: Должник обязан исполнить свое обязательство постольку, поскольку предъявляемое верителем требование не противоречит доброй совести и принятому в деловых отношениях обычному порядку. При этом формы и способы исполнения должны соответствовать правилам доброй совести и принятому в деловых отношениях обычному порядку.

В связи с вопросом о значении доброй совести при исполнении обязательств необходимо еще отметить ст. 79 проекта: При двустороннем договоре каждая сторона, если она не обязалась исполнить договор первой, вправе не производить исполнения, пока другая сторона не исполняет лежащего на ней обязательства. Неисполнение обязательства одною стороною лишь в незначительной части не дает другой стороне права отказаться от исполнения лежащего на ней обязательства, насколько такой отказ, по обстоятельствам дела, не согласуется с доброю совестью¹²⁴. — Если, например, покупатель отказывается исполнить все предоставленное, а между тем желает сохранить полученную часть предмета купли, то он идет против вытекающего из доброй совести положения, что предоставление и взаимное предоставление при обоюдных договорах предназначены к обмену, и потому ни одна сторона не должна одновременно иметь и то и другое: право задержать предоставление до исполнения взаимного предоставления находит свою границу в принципе доброй совести. Решение вопроса о том, нужно ли считать предоставленное значительной частью предмета обязательства, так что недостающее не имеет существенного значения, или наоборот, принадлежит суду в соответствии с требованиями доброй совести.

§ 6. Границы осуществления прав

Осуществление субъективных прав вполне неограниченным и произвольным быть не может. Принцип доброй совести и в этом вопросе получает большое значение: в нем гражданское законодательство полагает предел осуществления прав. Каждому предоставляется пользоваться своими правами, но не злоупотреблять ими. Где же проходит граница, за которой приходится признать наличность злоупотребления правом?

Отправная точка в этом вопросе сводится к тому, что осуществление субъектом своего права не носит противозаконного характера в силу одного того факта, что это осуществление связано с невыгодой для другого лица. Законодатель не может воспринять в полной мере высший нравственный завет любви к ближнему, самопожертвования, не может потребовать от членов гражданского оборота полного смирения и подчинения своих личных интересов интересам других лиц. Однако возможны случаи, когда осуществление права одним лицом, связанное с ущербом для другого, переходит всякую меру, нарушает требования доброй совести, которая взывает к ограничению изложенной отправной точки зрения. Такое ограничение явилось еще в римском праве, выставившем наряду с правилом *nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet* (D.50.17.151, Paulus) другое: не дозволяется такое

Это постановление является копией § 320, абз. 2 В. Г. В.

осуществление права, когда субъект из своего права делает средство причинения вреда другим лицам, когда использование права имеет место единственно с целью, чтобы этим повредить другому. Так, в Д. 39.3.1, § 12 Ульпиан, ссылаясь на Марцелла, высказывается за невозможность иска со стороны лица, на земле которого пропала вода вследствие работ, произведенных соседом на своем участке, но оговаривается: *si non animo vicino nocen. di... idfecit*. Та же мысль выражена Павлом в Д. h. f. 2, § 9, Цельзом — в Д. 6.1.38 и др. — Отсюда господствующее в романистической литературе мнение выводит, что возможность осуществления субъективного права независимо от вопроса о том, как это отразится на положении другого лица, ограничивалась в римском праве нормой, что пользование правом с единственной целью вредить другому недопустимо¹²⁵. В Германском уложении это правило выражено в § 226¹²⁶: не допускается осуществление права, если целью такого осуществления может быть только причинение вреда другому. Это положение проникло и в наш проект обязательственного права, хотя и в измененном виде, ст. 1174 гласит: «Действовавший в пределах предоставленного ему по закону права не отвечает за причиненный вред, разве бы он осуществлял свое право единственно с намерением причинить вред другому». Это правило появилось только в последней редакции проекта (1913 г.)¹²⁷. В объяснительной записке министра юстиции по поводу изменения ст. 2602 объединенного проекта 1905 г. говорится, что «осуществление права, направленное исключительно на причинение вреда другому, без всякой пользы для себя, является в сущности не чем иным, как извращением права вопреки его экономическому и историческому назначению, т.е., другими словами, деянием явно неправомерным».

Для применения ст. 1174, конечно, главная сфера не право обязательственное, а вещное, однако и в рассматриваемой нами области нет принципиальных препятствий для ее применения. Правило, содержащееся в § 226 Герм. улож. и отразившееся в названной статье нашего проекта, встречает иногда возражения с той стороны, что оно бьет дальше цели и само кроет

Windscheid, Pand., I, § 121. Иначе *ВЮрнер*, Die Lehre vom boswilligen Rechtsmissbrauch. Результаты его исследования (85 ff) таковы: в источниках нет запрещения шиканы, а только выражена мысль, что если лицо завершает какие-нибудь действия, подходящие под категорию осуществления права, оно может оказаться обязанным возмещать другому ущерб только на основании особого титула; в случае, если цель пользования правом лежит только в причинении вреда, положительное право в этом усматривает такой титул и обязывает к возмещению ущерба. - Существует также мнение, что источники вообще никакого правила на данную тему не содержат, а только указывают некоторые примеры исключительного характера (*Unger*, System, I, 616, Anm. 20; *Bekker*, System, I, § 22, Beil., I и др.).

Его историю см. у *Blumner*, op. cit., 116 слл.; связь с 8826 см. у *Доманжо* в Сборнике памяти Шершеневича, 329 слл.

Относительно предыдущих редакций проекта см.: *Доманжо*, 1 с, 325 ел. Там же обзор сенатской практики, стр. 319 слл.

в себе опасность сделаться средством шиканы¹²⁸. Основательнее, однако, по-видимому, другое возражение, что указанное правило слишком узко и не достаточно для борьбы с шиканой, что доказательство отсутствия всякой цели пользования правом, кроме причинения вреда другому лицу, крайне затруднительно, почти невозможно, вследствие чего практическое значение всего правила довольно скромно¹²⁹. Гораздо шире ставит вопрос Швейцарское уложение (1907 г.), art. 2: Каждый должен осуществлять свои права... по правилам доброй совести. Быть может, это противоположная крайность: в таком вопросе, как граница пользования правом, едва ли желательно отказываться от установления более детальных признаков и отсылать только к общему руководству принципом доброй совести¹³⁰. В этом отношении представляется весьма интересной формула, предложенная Салейлем (в подкомиссии по пересмотру Code civil)¹³¹: Un acte dont l'effet ne peut être que de nuire à autrui, sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit, ne peut jamais constituer un exercice licite d'un droit». Автор сам называет свое мнение средним между постановлениями Германского и Швейцарского уложений. Предложенное им решение вопроса представляется довольно целесообразным. Пользуясь этой формулой Салейля, можно было бы ст. 1174 нашего проекта отредактировать следующим образом: «Действовавший в пределах предоставленного ему по закону права не отвечать за причиненный вред, разве бы он осуществлял свое право, не имея в данном случае действительного, достойного защиты интереса в том, а единственно с целью причинить вред другому».

Но рассмотренным правилом не могут исчерпываться меры, с помощью которых законодательство устанавливает границы осуществления прав. Не остается чуждым гражданскому праву более широкий принцип, именно что, даже осуществляя несомненный свой интерес, управомоченный должен все-таки сообразоваться с чужими интересами, щадить их и в тех случаях, когда чужой интерес оказывается слишком значительным, ограничивать свое усмотрение в осуществлении права; другими словами, гражданское право считается, между прочим, с принципом социальной солидарности, господствующей над всеми отношениями людей, живущих в обществе. В области вещно-правовых отношений, не входящих в круг нашего рассмотрения, этот принцип с достаточной выпуклостью дает о себе знать в так называемом соседском праве.

Windscheid, I, § 121, nr. 3. Ср. *Ramdohr*, Rechtsmissbrauch в Bruchot's Beitrage zur Erlauterung d. Deutsch. Rechts, Bd. 4b (1902), 6 Heft., S. 828 ff; *Huber*, Rechtsmissbrauch, 29.

¹³⁰ Ср. *Martin*, L'abus de droit et l'acte illicite в Zeitschr. F. Schweiz. Recht, Bd. 47 (1906), 55.

131

Sealeilles, De l'abus de droit в Bulletin de la société d'études législatives, IV, 1905, P. 348. Действующее французское законодательство по вопросу о злоупотреблении правом в сущности не дает указаний. Ср. *Ge'ny*, Methode d'interpr., 544; этот пробел восполнен юриспруденцией (*Martin*, op. cit., 23).

Оставаясь в намеченных выше рамках работы, мы можем усмотреть также и в проекте обязательственного права отголоски той идеи, что даже правомерные действия допустимы лишь в известных границах и формах в соответствии с общим положением, что добросовестность в современной жизни есть общее требование оборота

В наиболее резком и элементарном виде это требование выражено в ст. 38. В ее основании лежит тот принцип, что нельзя своим произволом ухудшать положение другого. Речь идет о содействии или препятствовании наступлению условия со стороны лица, которому выгодно известное положение: если наступлению условия недобросовестно воспрепятствовала та сторона, которой ненаступление условия доставляет выгоду, то условие считается наступившим; и наоборот: если наступлению условия недобросовестно содействовала та сторона, которой наступление условия доставляет выгоду, то условие считается ненаступившим¹³². По общему правилу каждая из договаривающихся сторон вправе содействовать или препятствовать наступлению таких условий, от которых зависит осуществление ее прав или прекращение обязанностей по договору. Например, обязанность лица по договору поставлена в зависимость от условия, что ему удастся продать дом etc; веритель, желая содействовать наступлению этого условия, подыскивает покупателя, и сделка осуществляется; ясно, что поведение верителя не встретит осуждения с точки зрения закона. Бывают, однако, такие действия, содействующие или препятствующие наступлению условия, которые не соответствуют требованиям доброй совести. Для таких случаев ст. 38 постановляет, что все, чего достигло лицо своими действиями, хотя и правомерными, но не соответствующими требованиям доброй совести, не принимается во внимание. В нашей литературе встретила возражения редакция этой статьи¹³³, именно форма фикции («считается наступившим», «считается ненаступившим»)¹³⁴. Мысль ст. 38 сводится к тому, что если наступлению условия недобросовестно воспрепятствовала та из договаривающихся сторон, которой ненаступление условия доставляет выгоду, то другой стороне предоставляются все те права по договору, какие она могла бы получить, если бы условие наступило, и наоборот. Так именно и предложено было изложить данную статью. Это изменение редакции, на наш взгляд, существенного значения не имеет, так как и в предположенной редакции рассматриваемая норма едва ли вызывает сомнения.

§ 162 В. Г. В. Ср. Швейц. Обяз. Пр. 156.

1 ^

См.: *Городыский*, Журн. Мин. Юст., 1900, № 4, стр. 245. Впрочем, тот же автор возражает и по существу, что понятие доброй совести не допускает точной формулировки, что целесообразнее ввести сюда признаки принуждения, обмана etc.

Эта форма выражения ведет начало от римских юристов (D. 50.17. 161; D. 35.1. 81, § 1).

Рядом со ст. 38 проекта следует упомянуть § 815 Герм улож., которому не имеется соответствующей нормы в проекте. Здесь также перед нами средство противодействовать нарушению требований доброй совести. Дело идет о *sopdictio causa data causa non secuta*: требование о возврате предоставления ввиду неосуществления цели, ради которой предоставление было совершено, не допускается, между прочим, в том случае, если лицо, совершившее предоставление, недобросовестно воспрепятствовало наступлению события, которое имелось ввиду; германский закон и здесь прибегает к той же фикции, какая содержится в ст. 38 нашего проекта: известное событие считается наступившим, хотя фактически этого нет. Таким образом, в обоих случаях, как предусмотренном в нашем проекте, так и оставленном в стороне (думается, без достаточного основания), не допускается со стороны данного лица ссылка на результат его действий, хотя и правомерных, но идущих вразрез с велениями доброй совести.

Сходная идея нашла себе выражение в ст. 437 проекта: гарантируя нанявшемуся заработок, если наниматель оказывается помимо всякой вины нанявшегося не в состоянии воспользоваться его услугами, названная статья рядом с этим сохраняет за нанимателем право удержать из рядной платы сумму, соответствующую тому, что заработал нанявшийся, найдя себе иное занятие, или мог бы заработать, если бы недобросовестно не отказался от заработка. Полную аналогию представляет ч. 2 ст. 534 (относительно права перевозчика на провозную плату в случае отказа отправителя от договора)¹³⁵. Недобросовестность нанявшегося служит основанием для прекращения договора личного найма ранее истечения срока¹³⁶; точно так же недобросовестность, допущенная товарищем в управлении делами товарищеского предприятия или в отчете, считается уважительной причиной прекращения товарищества (ст. 707). В этой же связи можно отметить также те статьи проекта, которые направлены на борьбу с умышленным сокрытием каких-либо фактов, обманом и тому подобными проявлениями недобросовестности¹³⁷. Все подобные постановления повторяются в каждом кодексе и особых замечаний не требуют. Выражением той же идеи, что добросовестность есть основа и общее требование оборота, является, между прочим, рассмотренная в предыдущем параграфе ст. 79 (о неисполнении обязательства одной из сторон в незначительной части). Аналогичный характер носят ст. 220 (ограничивающая ответственность продавца за недостатки проданного имущества случаями, когда недостатки значительно

Германск. улож. содержит еще общую норму такого рода для обоюдных договоров (§ 324).

Проект, 414; ср. Шв. Об. Пр., 352. Швейц. об. право регламентирует на тех же основаниях тот случай, когда оказывается необходимой работа, превышающая своим размером предусмотренную в договоре или обычную меру; нанявшийся должен исполнить и этот излишек, если отказ означал бы нарушение доброй совести (ст. 336).

¹³⁷ Таковы, напр., ст. 222, 225, 270, 370, 503 и др.

уменьшают цену или пригодность имущества к употреблению), ст. 227, 340, п. 4-5 и др.; обратно — когда дальнейшее исполнение договора сопряжено с чрезмерными издержками для обязанной стороны или вообще для нее весьма обременительно (ст. 336, 387, 446) и др.¹³⁸

Нельзя в заключение не отметить, что наш проект, несмотря на то что в числе основных его положений находится объединение права гражданского и торгового, не содержит достаточных постановлений по такому важному вопросу, как борьба с недобросовестной конкуренцией. В законодательстве и практике западных государств на этот предмет обращено внимание¹³⁹. В действующем русском законодательстве нет опоры для надлежащей борьбы с недобросовестной конкуренцией; между тем жизнь требует вмешательства законодательства в эту область. Оказывается, что и проект обязательственного права, предназначенный обновить сразу и гражданское и торговое право, также далеко не исчерпывает задачи борьбы с недобросовестной конкуренцией. Кроме приведенных выше (§ 3) ст. 470, 728 и 856, являющихся довольно слабым отголоском этой борьбы, можно отметить лишь ст. 1200: причинивший обиду или разгласивший ложное обстоятельство, позорящее чью-либо честь либо подрывающее кредит лица, товарищества или установления, или доверие к способностям лица исполнять обязанности его звания или заниматься своим промыслом, обязан вознаградить потерпевшего за причиненные ему убытки. Лицо, не знавшее о ложности сообщенного им обстоятельства, не подлежит ответственности за убытки, если оно или тот, кому сделано сообщение, могли по уважительным основаниям считать сообщенное обстоятельство имеющим для кого-либо из них существенное значение. Едва ли могут быть сомнения в том, что этими частичными нормами вопрос исчерпанным считаться не может. Законодательным учреждениям необходимо поставить и разрешить вопрос о недобросовестной конкуренции во всей его широте.

ГЛАВА III ДОБРАЯ СОВЕСТЬ В СУБЪЕКТИВНОМ СМЫСЛЕ

§ 7. Добрая совесть как восполнение легитимации

Добросовестность как известное субъективное состояние, как извинительное неведение тех или иных фактов во многих случаях принимается во внимание

Статья 136 об оспаривании актов, совершенных во вред кредиторам, мы оставляем в стороне ввиду исчерпывающей работы ДД. *Гримма* в Вести. Гр. Права, 1915, окт.-ноябрь.

¹³⁹

См. обстоятельную работу *Шрешера* в Сборнике памяти Шершеневича, стр. 427 слл.

в том смысле, что строгая юридическая последовательность нарушается, и юридический эффект вполне или отчасти наступает, несмотря на неосуществление фактического состава, предполагающего его наступление. Лицо неуправомоченное действует, как управомоченное, и третьи лица, вступившие с ним в деловые отношения, остаются в том же положении, как если бы имели дело с управомоченным. Добрая совесть как бы восполняет недостающую легитимацию. Так как это ограждение интересов добросовестно заблуждавшихся лиц производится в конечном итоге за счет действительно управомоченного, приводит к поправлению интересов этого последнего, то спрашивается: имеет ли такая политика под собой какое-нибудь основание?

Прежде всего нельзя не согласиться с проф. Петражицким¹⁴⁰, что в рассматриваемых нормах нельзя видеть награду за добросовестность. Во-первых, добросовестность не есть положительная заслуга, которую законодателью нужно оплачивать. Во-вторых, если бы и можно было признать добросовестность такой заслугой, нельзя было бы ждать, чтобы именно гражданский законодатель устанавливал за нее награды. Наконец, для законодателя не совсем удобно награждать заслуги средствами, взятыми из кармана частного лица, которому эта заслуга не принесла никакой пользы и которое по общему правилу не менее добросовестно. Профессор Петражицкий справедливо усматривает основание норм о значении добросовестности в народнохозяйственных соображениях. Необходимо обеспечить status quo установившегося фактически (по недоразумению) распределения. Петражицкий высказывает это положение по поводу возвращения плодов добросовестным владельцем¹⁴¹, но это соображение имеет более общее значение. Фактически (по недоразумению) совершается известное распределение хозяйственных благ. Установившийся status право считает необходимым оберечь для того, чтобы предотвратить неожиданный удар в виде перераспределения, добросовестность и знаменует собой невозможность предвидеть угрожающее перераспределение; тут принимается в расчет хозяйственная неподготовленность к внезапному изменению status quo. Для обязательственного права еще важнее вторая функция добросовестности, выдвигаемая Петражицким: «...значение добросовестности для политики обращения хозяйственных благ, для облегчения и ускорения движения полезностей и ценностей; здесь особая система норм о добросовестности облегчает сбыт и приобретение объектов, устраняя, на стороне

147

спроса, сомнения относительно юридического успеха сделок» .

Bona fides в гражданском праве, 2-е изд. (1902), 121. Ср. Pernice, Labeo, II, 1,464.

Op. cit., 306 ел. (1-е изд., стр. 291 слл).

Ср. также (того же автора) Lehrs. Einkommen, II, 553, Anm. 1.

Право защищает доверие к существующему, по-видимому, правовому положению, хотя на самом деле положение иное: *bona fides tantundem praestat quantum Veritas* (D.50.16.136); забота о прочности, обеспеченности оборота заставляет законодателя даже становиться иногда на сторону тех лиц, которые никаких прав не приобрели и приобрести не могли. Однако при проведении этого принципа нельзя игнорировать отмеченного выше соображения, что всякая льгота в пользу псевдоуправомоченного невыгодно отзывается на лице действительно управомоченном; что наряду с добросовестным третьим лицом есть еще добросовестный первый, о котором право также должно позаботиться, хотя бы недобросовестного второго нельзя было найти или он оказался неплатежеспособным¹⁴³. Вследствие этого ни одно законодательство не выставляет такого общего правила, что если третьи лица имели достаточные основания считать наличным известное правовое положение, приноровили к нему свои расчеты, они не должны платиться за оказанное доверие. Законодатель проводит этот принцип лишь в некоторых определенных, не допускающих распространения по аналогии случаях, видоизменяя до известной степени и самые условия, при которых принимается во внимание добросовестное предположение наличности права.

Принцип доброй совести получает при этом признание с неодинаковых точек зрения. В большинстве случаев центр тяжести кладется в положение третьих лиц, которые имеют дело с мнимоуправомоченными; опасность вносит пертурбацию в хозяйственные расчеты этих лиц, вынуждает законодателя нарушать строгую последовательность права; естественно, что в этих случаях решающее значение имеет добросовестность именно этих лиц, добросовестность или недобросовестность самого мнимоуправомоченного существенного значения не имеет. Но бывают и другие случаи, когда заботы законодателя направлены на ограждение положения самих мнимоуправомоченных, и в этой категории отношений добросовестность последних составляет *condicio sine qua* поп применения данной нормы.

Каковы же границы признания в нашем проекте обязательственного права того принципа, что добрая совесть может восполнить недостатки легитимации?

В первую очередь следует выделить случаи, когда в обязательственном праве применяются положения, близкие к вещно-правовым. В вещном праве нередко бывает, что добросовестное приобретение вещи признается бесповоротным, хотя приобретатель ведет происхождение своего предполагаемого права от лица, которое не было управомочено произвести право другого, и невзирая на то, что с ограждением интересов приобретателя связывается поправление права истинно управомоченного. Во имя прочности установившихся отношений право призна-

Leonhard, в примеч. к Еск., II, 196, пр. 1.

Thur.op.cit., II, 1, 135.

ет возможным это посягательство на интересы управомоченного. В обязательственном праве идея ограждения добросовестного приобретения имеет широкое применение к бумагам на предъявителя. В бумаге на предъявителя вместе с документом, вещью неразрывно связывается и право требования. В документе оvesществляется соответствующее требование, так что приобретатель бумаги тем самым делается и верителем по обязательству, не подлежа каким-либо возражениям, относящимся к личности предшественника. Статья 664 проекта признает за лицом, выдавшим бумагу на предъявителя, обязанность исполнить содержащееся в бумаге обязательство даже и в том случае, если бумага поступила в обращение помимо его желаний, лишь бы (в последнем случае) предъявитель бумаги был добросовестен. Статья 668 снабжает добросовестное, притом возмездное, приобретение бумаг на предъявителя бесповоротностью даже в более широкой мере по сравнению с постановкой этого вопроса в вещном праве. Именно согласно этой статье бумаги на предъявителя не могут быть отыскиваемы от приобретшего их добросовестно и возмездно, хотя бы они были похищены или потеряны: добрая совесть заменяет легитимацию и пресекает право того лица, кому бумага принадлежала ранее. В объяснительной записке Министра Юстиции по поводу этой статьи, между прочим, читаем: «По существу настоящей статьи, ставящей условием бесповоротности наряду с добросовестностью и возмездность приобретения бумаги на предъявителя, Министр Юстиции считает необходимым отметить, что при установлении подобного требования, очевидно, не будут исключены из числа ограждаемых бесповоротностью такие безвозмездные приобретатели, которые, удовлетворяя требованию добросовестности, могут сослаться на возмездное и добросовестное приобретение бумаги их праводателем»¹⁴⁵. Министр Юстиции полагает, что это положение само собой разумеется в силу общего правила, что «предшественник передает вещь со всеми принадлежащими ему в отношении ее правами». Думается, было бы правильнее, если бы указанный случай был прямо предусмотрен в ст. 668 (хотя бы вставкой после слов «приобретшего оные добросовестно» — «и притом возмездно или хотя и безвозмездно, но от лица, в свою очередь приобретшего их добросовестно и возмездно»).

Но если оставить в стороне вопрос о бумагах на предъявителя, общее правило в сфере обязательственного права иное: приобретающий право требования от неуправомоченного не делается еще в силу своей *bona fides* как бы управомоченным и не пользуется в приобретенном мнимом праве защитой. Это отличие от добросовестного приобретения вещей пытаются объяснить, между прочим, тем, что здесь, в обязательственном праве, нет такого внешнего основания добросовестного приобретения, какое при приобретении вещных прав заключается в записи в поземельную книгу или в факте

владения: когда защищают добросовестного приобретателя вещи в ущерб собственнику, то имеет хотя бы некоторое основание за себя соображение, что собственник сам способствовал этому результату, проглядев неправильную запись в книгу или допустив переход вещи в чужое владение; при передаче несуществующего обязательственного права аналогичное соображение не применимо, и возложение на мнимого должника не заключенного им обязательства оправдать нечем¹⁴⁶. Во всяком случае по общему правилу как бы добросовестен цессионарий ни был, но раз ему передано несуществующее в действительности право, он может только искать убытков с cedента (ответственность за *poepen verum esse*); легитимации, однако, добросовестность не заменит, и иска против предполагавшегося должника такой цессионарий не получает.

Это общее правило требует, однако, некоторых поправок. Прежде всего обращает на себя внимание тот случай, когда долг существует, у cedента право есть, но оно не подлежит отчуждению; как быть, если веритель все-таки совершит цессию такого права? Этого вопроса касается ст. 155 проекта. Ее смысл сводится к следующему, стороны могут условиться, чтобы веритель не передавал своего права требования другому лицу, однако если при цессии совершена передача долгового документа, в котором не содержалось никакого указания на ограничение возможности цессии, то передача, несмотря на состоявшееся между верителем и должником *actum de non cedendo*, сохраняет силу, т.е. интересы добросовестного приобретателя заставляют восполнить пробел, имевший место со стороны легитимации cedента. В новейших кодификациях Запада добросовестность цессионария, покоящаяся на передаче cedентом долгового документа, пользуется еще более широким признанием. Так, по швейцарскому обязательственному праву, ст. 18, если лицо, полагаясь на письменный документ относительно существования долга, приобретет мнимое право требования, то должник не вправе против требования добросовестного цессионария ссылаться на то, что обязательство было установлено только для виду, и т.п. (ср. § 405 Герм. улож). Получается такая картина, что в момент передачи мнимого права требования добросовестному приобретателю это требование как бы зарождается в качестве действительного¹⁴⁷, так что при дальнейших передачах не имеет значения, знают ли цессионарии о том, что было в самом начале истории обязательства: они приобретают вполне действительное право требования. Аналогичной нормы в нашем проекте не содержится: интересы добросовестного цессионария ограждены, следовательно, в проекте слабее, чем в западных кодексах, но это делает еще более благоприятным положение должника, сохраняющего против цессионария те же возражения, какие он имел против cedента

Thur.op.dt., II, 1,137.

⁷ О характере приобретения см.: *Thur, op. cit.*, II, 1, 54-55.

Переходя к этой стороне вопроса, к защите интересов добросовестного *debitor cessus*, нужно заметить, что ст. 158 проекта (касающаяся в отличие от рассмотренной ст. 155 тех случаев, когда цессия совершается лицом управомоченным и не стесненным в своем праве распоряжения) постановляет, что если должник не был уведомлен и вообще не знал о цессии и потому удовлетворил первоначального верителя, он освобождается от лежащей на нем обязанности: хотя прежний веритель уже перенес свое право на другое лицо, однако *bona fides* должника придает платежу законную силу (ср. Герм. ул. § 407); швейц. об пр., 167). Здесь должник не знает о происшедшей в действительности передаче управомоченного, не знает, что его веритель перестал быть верителем. Это незнание легко возможно ввиду неформального характера цессии, и этим вызывается необходимость защиты добросовестного должника. Германское уложение предусматривает еще другой случай добросовестного предоставления лицу материально неуправомоченному и все-таки погашающего долг: веритель уведомляет должника о цессии, а после оказывается, что она недействительна или вовсе не имела места; если должник после уведомления успел уплатить цессионару, он освобождается от лежащей на нем обязанности (§ 409). Было бы желательно сделать соответствующее дополнение и в нашем проекте.

Специальный случай признания добросовестности должника представляет ст. 88 проекта: исполнение обязательства, добросовестно произведенное лицу, признанному судом в правах наследства или вступившему во владение наследственным имуществом в качестве наследника верителя, признается действительным, хотя бы впоследствии оказалось, что это лицо не имело права на наследство. Здесь перед нами случай, когда добрая совесть на стороне обязанного, предполагавшего, что данное лицо управомочено, заставляет законодателя мириться с неполнотой общих условий законности платежа. При этом неверное представление относится не к существованию какого-либо специального права, но к правомочности субъекта вообще¹⁴⁸.

Вопрос о защите добросовестных субъектов получает большое значение в тех случаях, когда юридические действия совершаются не тем, кого они касаются, а его представителем, в частности когда лицо действовало в качестве представителя, не имея в действительности полномочия или же несмотря на то, что полномочие прекратилось. В литературе с большой выпуклостью отмечен (особенно проф. Талем¹⁴⁹) основной недостаток проекта в названной области, а именно смешение понятий полномочия и поручения, поэтому

Но добросовестное заблуждение в дееспособности лица не делает платеж действительным (*Thur*, op. cit., II, 1,356-357).

¹⁴⁹

Л.С. Галь, Договор доверенности или поручения в проекте Гражд. улож., Право, 1911, № 12-13 (то же в Труд. Юрид. Общества при Петерб. универс., т. V, 52 см.).

здесь можно не останавливаться вновь на этом вопросе, а только предполагать это общее замечание изложению постановлений проекта, относящихся к нашей теме, в объяснение тех неточностей в передаче их содержания, какие в дальнейшем намеренно допускаются.

Статья 580 проекта предусматривает такой случай: некто, не имея полномочия, действует в качестве представителя или, будучи в самом деле уполномоченным, выходит за пределы полномочия; для представляемого сделки такого лица устанавливаются права и обязанности только при условии, что он дал последующее согласие (*ratihabitio*); если этого не было, он может не считаться с действиями представителя, но если третье лицо, с которым последний вступил в отношения, было добросовестно, оно получает право требовать от представителя по своему выбору или исполнения заключенного обязательства¹⁵⁰ или возмещения убытков, представитель же не вправе требовать исполнения договора за свой счет¹⁵¹. По поводу этой статьи уже отмечалось¹⁵², что проект не выделяет тех мнимоуполномоченных, которые выступили в качестве представителей, добросовестно заблуждаясь относительно полномочия: в конфликте интересов двух добросовестных лиц — представителя и третьего лица — проект всецело становится на сторону последнего и слишком мало заботится о представителе, было бы справедливее (в случаях добросовестности представителя) дать третьему лицу только иск о вознаграждении за ущерб, проистекший вследствие того, что тот, кого третье лицо считало своим истинным контрагентом, оказывается не связанным сделкой представителя, но не иск об исполнении представителем заключенной сделки. Только в том случае, когда третье лицо знает об отсутствии полномочия, а представитель заблуждается, последний не подвергается никакой ответственности перед третьим лицом. Кроме того, ст. 580 не касается вопроса об обратной силе *ratihabitio* и о судьбе прав, приобретенных добросовестно за промежуточное время между сделкой представителя и *ratihabitio* представляемого. Думается, было бы желательно сделать соответствующие дополнения к постановлениям проекта.

Относительно деятельности представителя проводится тот руководящий принцип, что объем полномочия истолковывается применительно к обычному пониманию отношений, кроме некоторых указанных в законе действий, которые должны быть прямо предусмотрены в акте полномочия (проект, 563-565), но, конечно, и этот принцип должен иметь применение лишь в отношении добросовестных третьих лиц, так как только для них

Против такого навязывания сделки лицу, явно ее не желавшему, А. Винавер, Вестн. Гр. Права, 1915, № 25.

Ср. Шв. 06. Пр., 39, Герм. улож., 177-179.

Винавер, 1. с.

могли бы быть сюрпризы, спутывающие их хозяйственные расчеты. В нашем проекте это обстоятельство отмечено в ст. 582, постановляющей, что действия представителя в пределах полномочия обязывают представляемого, хотя бы представитель отступил от преподанных ему ограничительных указаний, если только эти указания не содержались в самом акте уполномочия и остались неизвестны третьему лицу; таким образом, в этой норме выражена мысль, что указанный принцип толкования полномочия имеет место лишь в отношении добросовестных третьих лиц.

Если о выдаче полномочия одним лицом другому было уведомлено третье лицо, то и об отмене полномочия также должно быть сообщено третьему лицу. Если уполномочивший упустил это сделать, он, несмотря на отмену полномочия, может оказаться связанным действиями своего представителя, именно он отвечает перед добросовестным третьим лицом, не знавшим об отмене полномочия¹³³. Швейцарское обязательственное право содержит между прочим норму (ст. 36), что если представитель по прекращении полномочия не вернул выданного ему документа, а представляемый его к этому не побуждал, последний отвечает перед добросовестным третьим лицом за ущерб. Статья 593 проекта ограничивается лишь указанием, как доверителю вернуть себе или погасить верующее письмо или иной акт полномочия, а с другой стороны, ст. 595 оставляет третье лицо, даже добросовестное, но не оповещенное представляемым о выдаче полномочия, без возможности чего-либо искать от представляемого, если представитель по получении известий о прекращении полномочия совершит какие-либо сделки в качестве представителя, третье лицо может тогда искать свои убытки только с представителя.

Статья 594 проекта особенно нуждается в более точном изложении. Здесь, с одной стороны, заключена та мысль, что если доверенность отменена или прекратилась вследствие смерти доверителя, но до поверенного известие о прекращении доверенности еще не дошло, то R пользу поверенного предполагает, что поручение сохраняет силу¹⁵⁴; с другой стороны, той же статьей выражается и та мысль, что, поскольку вести речь о представительстве, сделки, совершенные в этом случае представителем, признаются обязательными для представляемого и его наследников только при условии, если третье лицо добросовестно считало контрагента за представителя другого субъекта; если о прекращении полномочия третьему лицу было известно, оно не может основывать каких-либо притязаний к представляемому на сделках представителя¹⁵⁵. Таким образом, ст. 594 имеет в виду оберечь интересы добросовестных

Проект, 588; ср. Шв. Об. Пр., 34; Герм. улож., 170-173.

Ср. Шв. Об. Пр., 547, 561, 606; Герм. ул., 674, 675, 729.

Ср. Шв. Об. Пр., 37, Герм. ул., 169.

третьих лиц, имевших дело с лицом видимо уполномоченным, полномочия которой в действительности прекратились. Из содержания этой статьи вытекает, что если представитель еще не знает об отмене полномочия, а третье лицо знает, то действия представителя не обязывают ни его, ни представляемого. Было бы нелишним оговорить этот случай особо¹⁵⁶.

Некоторыми статьями проекта за добросовестностью признается то значение, что раз установились известные правовые отношения, их дальнейшее существование отрешается от фактического состава, который их породил: фактическая обстановка может измениться, обстоятельства, при которых данные отношения создались, отпасть, а эти отношения, раз только лицо, которого дело касается, было добросовестно, сохраняются. Такова ст. 281, по которой права третьих лиц, возмездно и добросовестно приобретенные на подаренное имущество, отменой дарения не нарушаются. Здесь, следовательно, несколько иное положение, чем в рассмотренных ранее случаях, когда оберегается право добросовестного лица, несмотря на отсутствие какого-то из элементов, необходимых для его приобретения, т.е. оберегается право, строго говоря, не приобретенное. В данной же категории случаев при возникновении права никакого дефекта нет, но потом наступают новые факты, подрывающие легитимацию аuctor'a¹⁵⁷. — Идея неприкосновенности добросовестно приобретенных прав отразилась, хотя и в иной форме, также на ст. 250 проекта. Если продажа сопровождалась соглашением о праве преимущественной покупки, а покупатель продал затем имущество, не предложив предварительно продавцу купить его или сообщив ему неверные сведения об условиях, то продавец может воспользоваться правом преимущественной покупки, но если совершилось внесение акта о продаже недвижимости в крепостную книгу или если недвижимость традирована третьему покупщику, право преимущественной покупки продавца теряется, ему дается лишь иск об убытках к своему контрагенту. Этой нормой проект хочет оградить интересы третьего покупателя и обеспечить устойчивость оборота. Однако такой защиты заслуживает лишь добросовестный покупатель, который не знал (и не должен был знать) отношений между продавцом и первым покупщиком; если же новый покупатель действовал недобросовестно, а также если акт о праве преимущественной покупки был отмечен в реестре крепостных дел, так что у покупателя была возможность узнать об этом соглашении, проект не защищает его и признает за продавцом право преимущественной покупки.

Ср. Герм, ул., 179.

Относительно приобретений третьих лиц по фраздаторным актам должника см.: Д.Д. Гримм, Оспаривание актов, совершенных во вред кредиторам, Вестн. Гр. Пр., 1915, № 6, 45 спл.

§ 8. Влияние добросовестности на размер ответственности

Подобно другим кодификациям, проект обязательственного права знает случаи, когда добросовестность служит основанием для смягчения ответственности лица. Конечно, и здесь задача законодателя не в том, чтобы устанавливать награду за добросовестность, но лишь предупреждать по возможности нарушение правильного течения хозяйства, устранять такие последствия, которые не могли иметься в виду¹⁵⁸, так что их наступление вредно отразилось бы на том хозяйстве, которого они коснулись бы.

С этой точки зрения лицо, добросовестно получившее от кого-либо имущество или имущественную выгоду без законного на то основания, отвечает не в размере убытков того, из чьего имущества произошло поступление, но только в размерах наличного обогащения (ст. 116, 1168 и др.).

Если добросовестность не служит для законодателя основанием награждать лиц, ее проявивших, то обратно недобросовестность нередко влечет за собой известные неблагоприятные последствия: законодательство борется с недобросовестностью как вредным для общественной жизни фактом. Этот мотив виден, например, в ст. 1170: если лицо недобросовестно воспользовалось чужим имуществом или услугами по несуществующему или недействительному обязательству, оно отвечает по правилам о вознаграждении за вред, причиненный недозволенными действиями. Точно так же если лицо присваивает себе чужое имущество, его ответственность определяется более строгими правилами о недобросовестности владения, причем ответственность не смягчается даже в том случае, если имущество после присвоения погибло или повреждено вследствие случайного события: ответственность не имеет места только тогда, если удастся доказать, что гибель или повреждение имущества произошли бы от того же события и при нахождении имущества во владении потерпевшего (ст. 1188). Сюда же следует отнести ст. 1038: страхователь соблазнился возможностью застраховать имущество свыше его действительной стоимости; ст. 1038 постановляет, что если это сделано недобросовестно, страхование считается недействительным, так что всякие права страхователя погибают, но за страховщиком сохраняется право на премию. По поводу того же страхового договора проект (ст. 1029) постановляет, что умолчание или неверное сообщение страхователем (или его представителем) об обстоятельствах, им известных и могущих иметь существенное значение для установления условий договора, дает страховщику прямо отступить от договора, но если страховщик знал или должен был знать об этих обстоятельствах или имел (либо должен был иметь) о них правильные сведения, он не вправе

Ср. Шв. Об. Пр. 64: nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Ruckerstattung rechnen mussie.

отступить от договора (ст. 1030). Также по ст. 1025 договор страхования, действие которого распространяется по соглашению сторон на предшествующее его заключению время, признается недействительным, если при его заключении страхователю было известно, что несчастие, от которого имущество застраховано, уже наступило, или страховщику было известно, что возможность сего несчастья уже миновала. Страховщик в первом случае сохраняет право на премию, а во втором обязан возвратить ее страхователю.

Эта категория норм, далеко не исчерпанная предыдущим перечнем, построена на простых, понятных соображениях и особых объяснений не требует.

В заключение отметим лишь один случай, не подходящий под указанную в начале этого параграфа рубрику, но близкий к ней тем, что извинительное неведение известных фактов делает в этом случае положение лица более благоприятным.

Мы имеем в виду ст. 33, устанавливающую обязанность лица, оспаривающего действительность договора как заключенного под влиянием ошибки, возмещать другой стороне отрицательный интерес. Правда, ст. 33 ни одним словом не упоминает о добросовестности другой стороны как необходимом условии применения содержащегося в этой статье правила. Из объяснений к соответствующей ей ст. 66 Общих Положений 1903 г. видно, что это условие подразумевалось составителями само собой; касаясь обязанности оспаривающего договор вознаграждать другую сторону за убытки, редакторы прибавляют: «...если, конечно, эта последняя (сторона) действовала добросовестно, т.е. во время заключения договора не знала о последовавшей ошибке». В кн. V проекта 1899 г. ст. 33 прямо упоминала об этом условии: «...сторона, оспаривающая действительность договора как заключенного под влиянием ошибки, обязана, если впала в таковую по собственной вине, возместить убытки, понесенные другою стороною, разве бы последняя во время заключения договора знала об ошибке». В литературе уже отмечалось, что исключение последней фразы в позднейших редакциях статьи является ее ухудшением¹⁵⁹, и с этим нельзя не согласиться. Оставлять такое важное и необходимое условие не выраженным в тексте закона нет никаких оснований¹⁶⁰.

Мы закончили рассмотрение важнейших случаев признания проектом обязательственного права принципа доброй совести. Сопоставление относящихся сюда норм позволяет признать, что этот принцип получил в проекте

И.А. Покровский, Вестн. Гр. Права, 1904, № 1, 90. В том же месте проф. Покровский возражает против того, что возмещение убытков ставится в зависимость от вины заблуждавшегося, и отдавал в этом отношении предпочтение § 122 Герм. улож.; последнее замечание теперь принято во внимание, и упоминания о вине ни ст. 29, ни ст. 33 проекта не содержат.

¹⁶⁰Ср. Шв. Об. Пр., 26.

довольно видное значение, и в этом одно из достоинств проекта. Лозунг «не обманешь — не продашь» и подобные ему при современном развитии гражданского оборота перестают быть выгодными даже для отдельного лица, причина тому кроется в сложности и взаимной зависимости отношений, в которых каждый состоит, так что проведение названных лозунгов в одном из отношений неблагоприятно отражается в других отношениях. Если брать не отдельное лицо, а общество, интересы оборота, то пагубное действие недобросовестности становится еще более очевидным. Это особенно сказывается в области обязательственного права, где доверие — основа всех правоотношений. Разумеется, одно провозглашение принципа в законе еще не служит гарантией, что он привьется к быту, получит действительное осуществление в жизни. Не лишено справедливости мнение¹⁶¹, что сложность современного оборота, господствующие в нем принципы свободной борьбы за право и уважение к свободе человеческой личности препятствуют создать действительные средства для борьбы с недобросовестностью. Однако, с другой стороны, нельзя все-таки отрицать и воспитательного значения закона. Это соображение заставляет внимательно и с надеждой отнестись к более широкому и последовательному проведению идеи доброй совести в нашем проекте и ждать оздоровления гражданского оборота, в котором ныне по довольно единодушному признанию далеко не все обстоит благополучно.

Печатается по:
«Вестник гражданского права».
1916. №6,7,8.

Л.С. ТАЛЬ И СУДЬБА ЕГО
СОЧИНЕНИЙ В РОССИЙСКОЙ
ПРАВОВОЙ ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ.
ПЕЧАЛЬНЫЕ РАЗМЫШЛЕНИЯ
У НЕПАРАДНОГО ПОДЪЕЗДА
ОТЕЧЕСТВЕННОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА



Б.Р. КАРАБЕЛЬНИКОВ
кандидат юридических наук,
доцент кафедры правового
обеспечения государственного
управления Академии
народного хозяйства
при Правительстве РФ,
главный редактор журнала
«Международный
коммерческий арбитраж»

Поводом для написания этой статьи стал выход в свет в издательстве «Статут» книги Л.С. Таля «Трудовой договор: Цивилистическое исследование». Не скрою, первоначально я планировал ограничиться достаточно обычной рецензией, объектом которой стало бы не столько опубликованное произведение, давно уже причисленное к категории классики российской юриспруденции, сколько заслуга издателя в доведении до сведения широкой общественности книги, ставшей библиографической редкостью. Но в ходе работы над статьей стало ясно, что переиздание этого труда в 2006 г.¹ может и должно стать не столько сугубо академическим событием, сколько поводом для переосмысления современного состояния российского трудового права.

Л.С. Таль, должно быть, весьма бы удивился, узнав, что спустя почти сто лет после публикации его основных произведений он причисляется к классикам именно трудового, а не гражданского права. Он, несомненно, считал себя именно цивилистом, о чем убедительно свидетельствуют и его биография,

Таль Л.С. Трудовой договор: Цивилистическое исследование. М.: Статут, 2006 (Классика российской цивилистики).

изложенная в начале книги, и примененная им методология исследования, и даже само название переизданной работы. С другой стороны, в то время, когда г-н Таль писал свои произведения, трудового права как отрасли (будь то самостоятельной отрасли права, как на том сейчас настаивают трудовики, или комплексной суботрасли, тяготеющей к гражданскому праву) не существовало. И своим возникновением в нашей стране и нынешним состоянием оно обязано никак не Л.С. Талю, хотя советские специалисты в области трудового права были хорошо знакомы с его работами. Нет сомнения в том, что трудовое право в нашей стране возникло в первую очередь как идеологический инструмент, которому была придана юридическая форма, а не как средство защиты чьих-либо прав.

Можно было сколько угодно теоретизировать по поводу специфического характера трудового правоотношения в СССР² и при этом сослаться на труды Л.С. Таля, для большинства населения огромной страны, заключенного в средневековые (а то и античные) оковы колхозного рабства, подвергавшегося геноциду в системе ГУЛАГа, в нечеловеческих условиях вкальвывавшего на производстве у станков, создатели которых не утруждали себя мыслью даже об элементарной технике безопасности, понятие «закон о труде» никак не ассоциировалось с защитой прав трудящихся, скорее с их ответственностью перед единым работодателем (или рабовладельцем) – советским государством.

Самый корпус норм советского трудового права стал доступен гражданам, хотя бы частично, лишь с разработкой Основ законодательства Союза ССР и союзных республик от 15 июля 1970 г. о труде и принятием на их базе республиканских КЗоТов (предшествовавшее им законодательство о труде имеет сугубо историко-правовую ценность и не заслуживает анализа с точки зрения практики его применения). Вряд ли может быть поставлено под сомнение то, что при подготовке этих актов в конце 60-х гг. прошлого века власти СССР были вынуждены считаться скорее с международными обязательствами в сфере прав человека, принятыми в идеологических целях, нежели с потребностями трудящихся. Правда, под предлогом разработки нового законодательства, которое в отличие от предыдущего должно было быть издано без грифа «Для служебного пользования», отдельным специалистам удалось все-таки включить в КЗоТы нормы, без которых сегодняшнее трудовое право невозможно представить: о нормировании и дополнительной оплате сверхурочных, о компенсации вынужденного прогула в случае

В качестве отправной точки формирования этого научного понятия принято сослаться на до сих пор востребованную в науке российского трудового права работу: *Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. М., 1948.* Критика этой публикации как весьма сомнительного источника правовой, а не идеологической мысли еще ждет своего автора и выходит за рамки данной статьи.

незаконного увольнения, о льготах, связанных с тяжелыми и вредными условиями труда. Все это делалось не благодаря советскому руководству, а вопреки ему, и зачастую обосновывалось не столько правовыми, сколько идеологическими аргументами, единственными, которые в то время могли быть услышаны руководством страны³. Многого добиться такими методами невозможно, и поэтому к моменту агонии СССР права трудящихся были защищены весьма слабо: в стране оставались одни из самых коротких в мире ежегодные отпуска (у большинства рабочих это было всего 15-18 дней, да и то с учетом накопленных отгулов), руководители всех уровней, начиная с мастера цеха, не имели права на защиту своих интересов в суде, огромное количество норм трудового законодательства не было опубликовано и оставалось недоступным для работников.

В то же время КЗоТы 70-х гг. все-таки хоть в какой-то степени закрепили базовые права трудящихся, которые до их принятия вообще не были известны гражданам СССР. Но при этом советское трудовое законодательство формировалось скорее по канонам административного, а не гражданского права. В нем не только не было никакого следа принципа свободы договора, но даже наличествовал прямой запрет на какое-либо отклонение от тех базовых норм, которые были изложены в республиканских КЗоТх и многочисленных подзаконных актах, принятых на союзном (как теперь сказали бы, федеральном) уровне. И, как ни странно, это было одним из основных достижений реформы трудового законодательства конца 60-х.

«Либеральные» специалисты, имевшие так или иначе доступ к написанию новых нормативных актов, хорошо знали, какую изобретательность проявляет советская номенклатура, чтобы ради продвижения по партийной лестнице добиться превышения плана за счет беспощадной эксплуатации трудящихся. Поэтому ключевой нормой Основ законодательства о труде 1970 г. была норма ст. 5, дословно вошедшая в ст. 5 КЗоТ РСФСР и гласившая: «Условия договоров о труде, ухудшающие положения трудящихся по сравнению с законодательством Союза ССР и союзных республик *или иным образом противоречащие этому законодательству, являются недействительными*» (курсив мой. — Б.К.). Нет сомнений, что процитированная норма, не имеющая ничего общего с инструментарием гражданского права, стала важнейшим элементом защиты элементарных прав граждан от произвола начальства⁴. И заменена она была лишь

Этот механизм, на котором были основаны многие положительные изменения в СССР, был потом дефиницирован Ф.А. Искандером в философской сказке «Кролики и удавы»: «...в королевстве кроликов был закон, который далеко не все понимали, но все хорошо чувствовали. Закон этот гласил: «Плывя в королевском направлении, можно превышать даже королевскую скорость»».

Хорошо помню рассказ моей матери, которая долгие годы работала в профсоюзах Министерства среднего машиностроения СССР, как тогдашний министр Е. Славский, всеильный хозяин засекреченной советской атомной империи, насчитывавшей миллионы работников, которые не имели не только права вы-

в 1988 г., следующей формулировкой: «Условия договоров о труде, ухудшающие положение работников по сравнению с законодательством Союза ССР и РСФСР о труде, являются недействительными»⁵. Таким образом, работодателям было запрещено снижать уровень гарантий, заложенных в законодательстве о труде, но впервые после 1917 г. этот уровень было разрешено повышать.

Эта норма вошла и в новый Трудовой кодекс РФ 2002 г.⁶, причем для верности законодатель продублировал ее там дважды — в ст. 9 и в ст. 57. Но поскольку ни в 1988 г., когда впервые было разрешено отступать от буквы закона в трудовых договорах, ни в 2002 г., когда эта норма была включена в новейшее законодательство о труде, так и не было разъяснено, что такое «ухудшение» положения работников, то сложилась парадоксальная ситуация: повышать работникам заработную плату, устанавливать компенсации, дополнительные дни к отпуску и т.д. работодатель может, а вот покушаться на «священные коровы» Трудового кодекса — максимальную продолжительность рабочего времени, норму сверхурочных, размер материальной ответственности — нельзя. Получается «игра в одни ворота», не выгодная работодателям. Понимая это, они стараются в «официальных» трудовых договорах, которые могут стать предметом контроля со стороны Рострудинспекции и суда, ничем не отступать от норм Трудового кодекса. Зато и «улучшения» положения работников в этих договорах тоже не видно. Получается, что, как и во времена принятия КЗоТа, наше трудовое право лишено какой-либо свободы договора.

Можно ли считать Л.С. Таля основоположником такой отрасли права? Вряд ли. Он был цивилистом и никак не предполагал, что законодатель может предрешить *все* вопросы, которые касаются отдельного работника и его работодателя. Поэтому он писал: «Попытаемся... определить отношение положительного (сформулированного в законе. — Б.К) права к нерегулированным сделкам, к которым принадлежит также изучаемый нами трудовой договор. Что такие сделки возможны и что не только соглашения, совершенные в предусмотренных законом формах, имеют юридическую силу и влекут за собою

езда за границу, но даже и права отлучиться с места жительства без разрешения начальства, кричал: «У меня этот Кодекс действовать не будет! Я его приказом по министерству доводить не буду!» Чтобы образумить орденосного рабовладельца, потребовалось вмешательство Правительства, но и после этого приведение сотен ведомственных административных актов в соответствие с КЗоТ растянулось на долгие годы.

Указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 5 февраля 1988 г. «О внесении изменений и дополнений в Кодекс законов о труде РСФСР» (Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1988. № 6. Ст. 168).

См. ст. 9 ТК РФ: «Коллективные договоры, соглашения, а также трудовые договоры не могут содержать условий, снижающих уровень прав и гарантий работников, установленный трудовым законодательством. Если такие условия включены в коллективный договор, соглашение или трудовой договор, то они не могут применяться». Статья 57 ТК РФ: «В трудовом договоре могут предусматриваться... иные условия, не ухудшающие положение работника по сравнению с настоящим Кодексом, законами и иными нормативными правовыми актами, коллективным договором, соглашениями».

правовые последствия, это не подлежит сомнению»⁷. Но как раз такие сделки и невозможны в рамках действующего подхода к толкованию норм статей 9 и 57 Трудового кодекса.

Вместо того, чтобы защищать насущные интересы работников, наше трудовое законодательство превратилось в обузу, сковывающую обе стороны трудовых правоотношений. Отсутствие гибкости его норм, бывшее благом в условиях СССР, когда у единственного работодателя (государства) была реальная возможность установить единые условия труда для всей страны, стало причиной непригодности Трудового кодекса к регулированию труда при капитализме, когда в каждой отрасли, у каждого предпринимателя и в каждом регионе есть свои специфические требования к содержанию трудовых договоров.

Л.С. Таль критиковал ситуацию, когда нормы права, регулирующие трудовые отношения, были хаотически разбросаны по различным законодательным актам, и излагались в этих актах непоследовательно. Насколько несовершенным было регулирование наемного труда в царской России, можно убедиться, ознакомившись с интереснейшим исследованием проф. Е.Б. Хохлова⁸, одного из ведущих специалистов по трудовому праву в современной России — он критикует отрывочное и непоследовательное царское законодательство гораздо резче, чем Л.С. Таль. Споры нет, единство корпуса законодательных актов наше трудовое право достигло (если не считать того, что Трудовой кодекс как федеральный закон предусматривает принятие и функционирование нескольких сотен подзаконных актов, которые, как это не раз констатировал Верховный Суд РФ, зачастую противоречат и Кодексу, и Конституции). Но согласился бы г-н Таль с ситуацией, когда на законодательном уровне императивно прописаны мелочи, не имеющие никакого значения для защиты насущных прав трудящихся, а настоящей свободы договора в отношениях между работниками и работодателями нет и поэтому реальные договоренности сторон трудовых отношений находятся «в тени»? Думается, что спустя почти сто лет после крушения Российской империи ситуация во многом повторяется: если при царе трудового законодательства как такового не было, то теперь его заскорузлые, лишённые какой-либо гибкости нормы, сосредоточенные на бюрократических процедурах, рке не устраивают ни работников, ни работодателей. Последнее привело к тому, что фактические правоотношения реализуются вне рамок правового пространства. Так это было и тогда, когда Л.С. Таль писал свои работы.

Современное российское трудовое право лишено каких-либо механизмов адаптации к потребностям рыночной экономики. Первым это поняло само госу-

⁷ Таль Л.С. Указ. соч. С. 178.

Хохлов Е.Б. Очерки истории правового регулирования труда в России. Ч. I. Правовое регулирование труда в Российской империи. СПб., 1999.

дарство, которое по-прежнему остается крупнейшим работодателем в нашей стране. Недавно принятый вопреки возражениям всех без исключения российских трудовиков закон о государственной службе⁹ в одночасье ЛИШИЛ всех государственных слркахших многих социальных гарантий, предусмотренных Трудовым кодексом Государство как работодатель не имеет возможности платить зарплату «черным налом» и заключать неформальные соглашения со своими работниками, поэтому оно позаботилось о том, чтобы сбросить с себя оковы трудового права советского стандарта, сохранив их, впрочем, для частного сектора экономики.

Наконец, произошла некоторая подвигка и в позиции ведущих российских специалистов по трудовому праву. Проф. А.М. Куренной прямо сетует на отсутствие в Трудовом кодексе должной гибкости¹⁰, а проф. С.П. Маврин признает, что отношения между коммерческими организациями и их руководителями должны быть урегулированы в рамках не трудового, а гражданского права¹¹. Но от этой подвигки до реального приведения трудового законодательства в соответствие с действительностью еще очень далеко, а на практике место никого не устраивающих трудовых договоров, регламентированных Трудовым кодексом, в нашей экономике заняло быстро возродившееся настоящее крепостничество. *Трудовое право как оформление разумного компромисса между работниками работодателем в России начала XXI в. отсутствует, как отсутствовало оно и при последнем царе.* Современный российский законодатель стоит перед проблемой, которую не решили законодатели Российской империи, и проблема эта сегодня не менее болезненна, чем это было в 1917 г.

Именно поэтому сегодня книга Л.С. Таля так современна. В ней убедительно показаны причины, по которым *трудовое законодательство не может развиваться в рамках гражданского: это социальная специфика трудового договора, имманентное неравенство его сторон, наличие в трудовом праве особых коллективных трудовых отношений, чуждый коммерческому обороту алиментарный характер обязательств работодателя перед работником в случае, когда работник был готов трудиться, но работодатель не сумел эту работу организовать.* Все эти признаки трудовых отношений, не свойственные классическому гражданскому праву, до сих пор актуальны и с теми или иными вариациями по-прежнему отмечаются исследователями этой проблематики¹².

⁹ Федеральный закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной службе Российской Федерации» с поел. изм. и доп.

¹⁰ Эж-Юрист. 2006. №9(414). С.16.

И т

Там же. С.6.

¹²

См., например: *Карабельников Б.Р.* Трудовые отношения в хозяйственных обществах. М.: ФБК-ПРЕСС, 2003. С. 232 и ел.

Поэтому совершенно лишены основания попытки современных цивилистов сослаться на Л.С. Таля как на авторитет, считавший возможным регулирование трудовых отношений в рамках гражданского права. Позволю себе привести длинную цитату «Социал-политики и юристы, не утратившие веры в возможность целесообразной законодательной нормировки трудового договора., формулируют задачу предстоящей реформы как... превращение договора личного найма... в чисто обязательственный договор. Тут, на наш взгляд, правильная мысль получила неправильное выражение. Изменить бытовой характер трудового отношения, уничтожить присущий ему элемент власти над личностью законодатель не в силах. Он может только определить пределы, за которыми закон отказывает ей в своей санкции и, признавая ее проявление противоречащим правопорядку, всеми доступными ему средствами ограждает интересы подвластной ему личности. Определение этих пределов — прямая задача гражданского права. Изыскание целесообразных мер против несоблюдения этих границ — задача социальной и законодательной политики»¹³.

Не следует заблркдаться касательно указания Л.С. Талья на то, что пределы власти работодателя над работником должны быть установлены в рамках гражданского права. Выделенные им же признаки трудового договора никак в рамках классической цивилистики не вписываются, доказательству этого посвящена большая часть переизданной книги, не говоря рке о том, что в «чистом» гражданском праве нет места для государства как проводника социальной политики. Эта книга писалась в условиях мировой, а потом гражданской войны (первая часть издана в 1913 г., вторая — в 1918 г.), и ее автор понимал, что у власти держащих нет ни сил, ни желания в таких условиях структурировать в российском законодательстве новую отдельную отрасль на стыке частного и публичного права. Поэтому он ссылается на гражданское право как на источник основных элементов трудовых отношений, не призывая к выделению трудового законодательства в отдельную отрасль, — ясно, что нив 1913, нив 1918 году этот призыв не был бы услышан. Но любой прочитавший книгу АС. Талья цивилист не может не признать, что все приведенные им доказательства несводимости трудовых отношений к гражданским по-прежнему актуальны.

Кстати, в последнее время из корпуса норм российского гражданского права выделилось уже несколько суботраслей, в которых свойственная цивилистике свобода договора ограничена специальными средствами защиты прав экономически слабой стороны, — это законодательство о защите прав потребителей, о правах вкладчиков банков, о правах застройщиков при долевом финансировании строительства жилья. Таких суботраслей в будущем станет еще больше, что ничуть не умаляет роли гражданского права как их

первоисточника. Думается, что если бы мнение Л.С. Таля было бы услышано, то трудовое право стало бы первой среди них. Но если бы это было так, то, возможно, история нашей страны пошла бы по другому пути.

В то же время, по моему мнению, все-таки не следует ссылаться на Л.С. Таль как на основателя нынешнего российского трудового права. Еще в 1913 г. Л.С. Таль написал: «Правда, в последнее время все настойчивее подчеркиваются социальные задачи гражданского права, к которым принадлежит также охрана личности работника. Но почти все, что в этом направлении сделано законодательным путем, имеет характер вторжения публичного права в гражданский оборот или вынужденных и разрозненных отступлений от общих начал гражданского права, а не приспособления его норм по духу и содержанию к социальным условиям и этическим воззрениям современной жизни»¹⁴.

Советское трудовое право и унаследовавшее ему современное трудовое право России, несомненно, являются таким «вторжением публичного права в гражданский оборот» — как еще можно воспринимать современный трудовой договор, при заключении которого стороны лишены какой бы то ни было гибкости в отношении любых вопросов, кроме наименования должности и размера заработной платы? А АС. Таль настаивал на частноправовом регулировании существа отношений участников трудового договора, он предвидел, что «принудительная» публично-правовая модель в частном обороте функционировать не может. Работник и работодатель лучше, чем законодатель, знают, как и о чем им договариваться, и роль закона в этой сфере должна сводиться, как и предлагал г-н Таль, к тому, чтобы *определить пределы власти работодателя над личностью работника, но не существо конкретные отношений между ними*. По такому пути с успехом идет трудовое право большинства стран Европы, закрепляющее основные гарантии права на труд, но не препятствующее свободному волеизъявлению сторон трудового договора

Трудам АС Таль была уготована странная судьба. В отличие от других корифеев российского права начала XX в., его не забыли: напротив, в последнее время трудовики все чаще «с кровью» вырывают из его книг цитаты, доказывающие необходимость обособления трудового права от гражданского, а цивилисты, ссылаясь на использованные им же гражданско-правовые термины, доказывают, что трудовой договор является лишь вариацией на тему договора подряда или оказания услуг. Складывается впечатление, что обращающиеся к его трудам ученые преследуют лишь собственные квазинаучные цели. Идеи АС Таль о формировании корпуса норм трудового законодательства, имеющих социальную направленность, но при этом основанных на цивилистических принципах, остаются так и нереализованными в отечественном праве. В этом плане их судьба вполне обыкновенна: в нашем отечестве своих пророков не слушают.

ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ УЧЕНИЯ О ЮРИДИЧЕСКОМ МЕТОДЕ



Доктор
Франц БЫДЛИНСКИ*
почетный профессор
Венского университета

Предисловие

Настоящее небольшое издание содержит краткие обобщения моих методологических позиций, которые были развиты в трех книгах и многочисленных статьях. Первоначально эта работа была опубликована в 2003 г. Исследовательским институтом по изучению хозяйственного права Центральной и Восточной Европы при Университете экономики г. Вены как его «рабочие документы» для узкого круга заинтересованных лиц, связанных с указанным институтом. Данное издание основано на курсе лекций, которые я в 2003 г. прочитал, по приглашению факультета «Австрийской школы права» и «Чешского общества по изучению права немецкоязычных стран» в Университете г. Брюнна. Организаторами данного цикла лекций выступили Петер Доральт, Ярмила Покорна и Иван Бучков.

В то время неоднократно высказывалось пожелание издать общедоступную публикацию, инициировал же настоящий проект профессор Петер Доральт. Он также способствовал заключению издательского договора. Я очень благодарен ему за деятельный интерес к данной работе, а издательству — за многократную любезность. Быть может, такой вводный курс, как этот, в большей степени, чем объемные и потому редко полностью прочитываемые книги, пригоден для того, чтобы хоть немного привить иммунитет по меньшей мере молодым юристам к многообразным радикальнейшим, искаженным или вызывающим недоразумения, порой, правда, научным, мнениям о задачах, возможностях и пределах методологически выдержанного отправления правосудия.

*Франц Быдлински
Мария Энцерсдорф, июль 2005 г.*

* Франц Быдлински (р. 20.11.1931), Dr. iur., Dr. iur. h. c. mult, emer. o. Prof., один из крупнейших европейских цивилистов, ординарный профессор Венского университета (1967-2000), почетный ординарный профессор гражданского права и юридической методологии университета г. Вена, действительный член Австрийской Академии Наук, член-корреспондент Академии наук в Геттингене, Польской Академии наук (Краков), Баварской Академии наук, автор работ по теории и методологии гражданского права, теории гражданско-правовых сделок, а также по теории права.

А) ВВЕДЕНИЕ. ЧТО ТАКОЕ УЧЕНИЕ О ЮРИДИЧЕСКОМ МЕТОДЕ И КАКОВА ЕГО ЗАДАЧА?

1. Понятие и задача

Описания учения о методе «собственно юриспруденции» (правовой догматики), т.е. не истории права, не социологии права, не философии права, не учения о законодательстве или же политики права, нередко выглядят таким образом, будто речь в данном случае должна идти о «понимании» действующего права или «работе» над действующим правом. Такие описания не ошибочны, но довольно бессодержательны. Ввиду практических потребностей юриспруденции, а точнее, потребностей всего юридического сообщества и его членов, представления которых о праве составляют содержание юриспруденции, будет более точным, с одной стороны, указывать на непосредственный предмет юридической деятельности, именно на право, а с другой стороны, также на задачи научной юриспруденции. Эти задачи состоят в том, чтобы интересующие кого-либо правовые проблемы, уже возникшие или возможно только зарождающиеся, были решены рационально, т.е. правовым, максимально обоснованным способом, поддающимся проверке. *(Систематическая и рациональная деятельность de lege ferenda, т.е. деятельность по улучшению законодательных положений, является очень близкой методологической работе, однако ввиду отсутствия достаточно строгой «привязки» к нормам действующего законодательства отличается от нее.)* Критерии, которые выработаны учением о юридическом методе, дают сведения об аргументации, подходящей для выполнения указанной задачи. При этом «право», как вскоре будет показано, должно трактоваться в широком смысле, т.е. не только включать в себя опубликованные предписания законов по частным вопросам, но охватывать также лежащие в основе этих предписаний цели и принципы правовой системы.

2. Необходимость учения о юридическом методе

Необходимость упорядоченной и контролируемой работы над правом проявляется в применении последнего к таким случаям, единичным фактическим составам или типовым группам случаев, в которых ощутимо наличие правовых проблем. Эта необходимость прежде всего основывается на существовании неизбежной дистанции между конкретным случаем (или группой случаев), с одной стороны, и общими, абстрактными нормами, с другой стороны. Подобный разрыв необходимо по возможности преодолевать посредством рациональной

и корректной по существу аргументацией. Поэтому «исходный материал» юриспруденции не ограничивается одним только правом. Напротив, к такому «сырью» относятся также юридически значимые обстоятельства, включая «общие факты из области применения норм», например: необходимость оказания материальной помощи малолетним детям; основанная на разделении труда организация экономики или нехватка общедоступного жилья.

Содержательные, систематические или словесные ошибки законодателя являются лишь вторичными источниками юридических проблем. Данные ошибки можно лишь минимизировать, но полностью предотвратить их невозможно, особенно если в контексте законодательства преобладают политико-идеологические элементы или «закулисные договоренности».

Цель юридической деятельности состоит в выявлении наилучшим образом обоснованного юридического правила, которое ближе к проблемному фактическому составу, чем первоначально подобранная исходная норма положительного права, и которое способно решить установленную проблему данного конкретного случая. Следовательно, в этом отношении найденное правило должно быть конкретнее, чем предписания законодательного уровня. Примеры будут вскоре нами приведены, в том числе в подтверждение того, что для юридической работы еще недостаточно точного знания закона.

Основной моделью юридической деятельности является в каждом случае методологически упорядоченное соединение потенциально значимых для фактической проблемы элементов права и проблемных элементов фактического состава с целью выведения правила, разрешающего данную проблему.

Поэтому первым шагом к рациональному получению искомого правового правила всегда является максимально полное установление подлежащего квалификации фактического состава с учетом потенциально применимых правовых норм и аналитической обработки юридически значимых, прежде всего проблемных, элементов случая. Впоследствии к этим проблемным элементам методологически применяются соответствующие правовые нормы. Результат такого применения может быть положительным или отрицательным. Подобное аналитическое сближение (сведение) элементов проблемного фактического состава и найденных правовых норм является незаменимым рациональным «первометодом», без которого один лишь интуитивный подход способен дать смутное представление об общих чертах фактического состава. В конечном счете все частные выводы по отдельным проблемным вопросам синтезируются в общий искомый результат. При этом на элементарном уровне полезными могут оказаться уже испытанные в отдельных областях права методики решения правовых казусов. К примеру, метод «проверки наличия требования» в частном праве. Но подробнее об этом здесь не стоит вести речь, поскольку методичес-

кие алгоритмы решения казусов должны быть изложены в соответствующих упражнениях по отдельным дисциплинам.

3. Противоположные подходы

В юриспруденции в сущности все представляется дискуссионным. Однако зачастую такой подход оказывается необоснованным. Например, едва сформировавшимся воззрениям на рациональное учение о юридическом методе противопоставляется со ссылкой на требование стабильности права законодательно-позитивная модель строгой привязанности к закону (строгого следования тексту закона). Однако, разумеется, эта модель может функционировать только *а* той мере, в какой содержание закона, имеющее отношение к проблеме фактического состава, ясно и не подлежит никакому сомнению. Более того, дифференцированный и подчас сложный юридический метод как универсальный инструмент предлагается заменить простым «судейским усмотрением» или «дискреционной оценкой» других правоприменителей. Подобный подход неминуемо отводит решающую роль личным или групповым предпочтениям компетентных судей, которым подведомственны соответствующие дела. А это в свою очередь означает полный и преждевременный отказ от рационального или по крайней мере понятного обоснования решения, которое получает обязательную силу для третьих лиц. При таком приоритете субъективных оценок компетентных судей совершенно непонятно, насколько выполнимым окажется требование стабильности права, которая дает наибольшую возможность предвидеть исход в решении отдельных случаев. Открытым остается также вопрос о том, каким способом надлежит устанавливать компетентность судей в конкретном изначально неясном деле. Разумеется, опять посредством их собственного дискреционного решения!

Поскольку крайности сходятся, радикальный скепсис нормативного познания в сочетании со склонностью к «правовому реализму» заводит в схожий, даже более безнадежный тупик. В наиболее радикальном случае сомнению может быть подвергнуто даже то обстоятельство, что законы по причине их абстрактности вообще способны иметь распознаваемое содержание, пригодное для применения к конкретным межличностным отношениям. Более того, выдвигается мнение, будто бы применимыми могут быть только некие «приписывания» определенного содержания к текстам законов, осуществляемые при формировании конкретной судебной практики. Разумеется, такие «приписывания» должны осуществляться также при помощи слов и предложений и быть по своему содержанию более общими, нежели описания конкретных фактических составов. Но то, каким образом

подобные словесные «приписывания» в отличие от текста закона получают четко распознаваемое содержание, остается загадкой.

Совершенно ошибочны утверждения о «бесполезности» учения о юридическом методе по причине будто бы некоей «вольности», будто бы обусловленности «выбора метода» (*т.е. одного из подлежащих ниже рассмотрению отдельных методических критериев*) исключительно заранее желаемым результатом. Это мнение выражается обычно следующей формулировкой: среди различных методов должны применяться только те, которые приводят к желаемому правоприменителем результату.

Более подробно наше отношение к высказанному доводу об ошибочности одной раз и навсегда прочно установленной иерархии методов будет изложено позднее при обсуждении этого вопроса. Весьма метким является наблюдение, что в юридической деятельности при решении отдельной проблемы обычно отнюдь не все методы используются со школярской скрупулезностью. Но объясняется это обстоятельство вовсе не зависимостью избираемого метода от желаемого результата, а очевидной бесплодностью всех остальных методов или достаточностью одного метода для решения задачи. Часто вообще ни один из критериев толкования подробно не обсуждается, а его выбор аргументируется только ссылкой на уже имеющуюся доктрину и сложившуюся судебную практику. Впрочем, как правило, в содержание последних необходимые методологические аргументы уже включены.

Совершенно ошибочным является также представление, что каждый правоприменитель с самого начала желает определенного результата и непоколебимо к нему стремится. Юридический опыт показывает, что вопрос о результате долго остается даже на уровне первоначальной субъективной оценки открытым, поскольку зачастую речь идет о необходимости взвесить довольно серьезные аргументы «за» и «против» разных потенциальных решений. Первоначальное же «тяготение» к какому-либо одному определенному решению, будучи нередким явлением у опытных юристов, основывается скорее на неосознанном применении ими своих общих правовых знаний и всегда требует тщательной критической самопроверки. А последняя нередко приводит к изменению первоначальной позиции. Все это давно стало общеизвестным, правда, до сих пор подвергается необоснованным сомнениям.

В последнее время снова стало модным утверждение, что место учения о методе должна занять положительная конституция. Однако ни одна из действующих в настоящее время конституций не содержит каких-либо ясных методологических максим, которые можно без затруднений отыскать в тексте. Конституция, так же как и любой другой положительный материал, сама требует толкования и дополнения. В связи с этим остается непонятным, что именно означает рекомендация заменить конституцией учение

о методе. Методологические критерии вытекают вовсе не из положительных установлений какого-либо формального уровня права, а из фундаментальных принципов идеи права (*справедливости, стабильности права, целесообразности*) в применении к действительным качествам положительного права (*выражение посредством речи, зависимость от контекста, историческое происхождение, типичная направленность на разумные цели и общепризнанные ценности*), а равным образом из тысячелетнего научного опыта. Частичные кодификации норм о толковании, примером которого служит § 6 f ABGB*, вполне могут иметь разъясняющий характер, но, как доказывают опыт почти всех других правовых порядков и их научная трактовка, такие кодификации являются в конечном счете излишними¹.

Все «противоположные подходы» имеют лишь некоторое рациональное основание в двояком смысле. С одной стороны, является верным то наблюдение, что некоторые юридические вопросы даже с приложением всех методологических усилий могут быть решены недостаточно убедительно. Это возможно, например, в чрезвычайных или очень сомнительных случаях, а особенно в рамках закрепленных законом неясных «общих оговорок». Поэтому многократно высказываемое утверждение о том, что каждая правовая проблема имеет только одно верное решение, является эмпирически неverified. В нем также нет никакого смысла, пока упомянутое верное решение не получено по меньшей мере путем наилучшего юридического обоснования. Даже теоретически данное утверждение является в его общей форме неосуществимым, поскольку правовые аргументы могут истолковываться во взаимоисключающих направлениях. Важным и значимым представляется только то, что прежде обращения к судейскому усмотрению следует приступить к максимально интенсивному и тщательному поиску решения, которое будет иметь наилучшее рациональное обоснование. При этом само по себе существование контраргументов не должно приводить к разочарованию, поскольку, как правило, для определенного решения возможно отыскать доминирующие, т.е. более сильные, аргументы, чем те менее веские доводы, которые выдвигаются в пользу противоположных решений.

Только в том случае, когда противостояние аргументов имеет фактически неразрешимый, патовый характер, для окончательного разрешения ситуации можно прибегнуть к «судейскому усмотрению». Но «судейское усмотрение»

* ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich) - Общее гражданское уложение Австрии.

§ 6. Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet (Закону при его применении не может придаваться иное значение, чем то, которое явствует из собственного значения слов в их связи и из ясного намерения законодателя).

будет легитимным только при условии, что оно оперирует в рамках, уже образованных рациональными аргументами, т.е. служит лишь заключительным этапом методологической работы. С позиции рациональной, научной юриспруденции обращение к «судейскому усмотрению» является оправданным только в том случае, если такое обращение действительно неизбежно. Таким образом, пренебрежение с самого начала интеллектуальными усилиями по методологическому анализу правовой аргументации недопустимо.

Все сказанное еще не свидетельствует о том, что на практике подобного пренебрежения вовсе никогда не происходит. По известным причинам это отчасти происходит всегда. Однако таким образом нарушается, в частности, долг судьи слркнуть прототипом правоприменителя, который призван по возможности максимально обосновывать свое решение. Данное же нарушение выставляет судью в противоположном свете, недостойном подражания. Мудрый «кади»², который черпает непосредственно из глубин своей мудрости и распределяет права и обязанности между ищущими правосудия сторонами спора, ныне представляет собой сомнительный образец, даже если проницательный ум и глубокое человеческое понимание присущи некоторым нынешним судьям Тем не менее сегодня многие судьи сами, даже при образцовом обосновании своих решений, способны нередко проявлять в некоторых вопросах удивительно невежественное, иногда обыденно агрессивное или враждебное отношение, что обусловлено какими-либо политическими взглядами или личной субъективной оценкой. Поэтому не следует еще больше провоцировать подобное поведение судей путем дозволения преждевременного «судейского усмотрения». В противном случае только одно это обстоятельство будет вызывать у «проигравшей» стороны подозрения в нарушении независимости и беспристрастности правосудия. Опыт решения юридических проблем методом рационального обоснования в каждом случае свидетельствует о том, насколько действительно возможным является рациональное разрешение правовых вопросов с помощью методологического подхода Вскоре такой подход получит всеобщее одобрение среди независимых квалифицированных специалистов. Одобрения же тех, кто «проиграл», разумеется, никогда не будет получено.

4. Учение о юридическом методе для применения права в целом или для отдельных областей права

Применение права вызывает принципиальную проблему сближения абстрактных норм и конкретных обстоятельств дела во всех отделах права Поэтому,

Кади (араб.) - в мусульманских странах судья, осуществляющий судопроизводство на основе мусульманского права (шариата). (Примеч. пер.)

как и прежде, надлежит исходить из единства учения о методе. Этот подход представляет собой господствующее мнение. Это подтверждает также единственная в своем роде частичная кодификация норм о юридической методологии, которая содержится в (австрийском) *частном* праве, а именно в §§ 6 ff ABGB, однако, несмотря на это, по общему мнению, соответствующие правила имеют значение также и в других областях права. И действительно, данные правила охватывают вовсе не случайные элементы определенной области права, а имеют глубокое обоснование и коренятся в самой идее права.

Все же именно в частном праве обнаруживается наиболее обширный и дифференцированный методологический инструментарий. В процессе развития права именно в рамках некоторых его областей возникли определенные методологические особенности, выдержавшие последовавшую за этим критику. Впрочем, такие особенности по сути состоят или в акцентировании отдельных методов из всего обширного арсенала либо в отказе от некоторых методов. Частноправовые примеры, приводимые в настоящей работе, взяты из непосредственной практики автора.

Известнейшим из специальных правил является запрет аналогии *«in malam partem»*³, действующий в уголовном праве в пользу обвиняемого. В силу этого составы преступлений в уголовном праве не могут устанавливаться только лишь путем заключения по аналогии или иного восполнения правовых норм, поскольку действует принцип *«nulla poena sine lege»*⁴ (за исключением, пожалуй, оснований для вынесения оправдательного приговора или оснований, исключающих ответственность). Поэтому непременно требуется норма, действовавшая во время совершения деяния и запрещающая данное деяние под угрозой наказания. Конечно, не стоит представлять себе это как нечто исторически или естественно само собой разумеющееся. Однако в развитых правовых системах это объясняется в том смысле, что фундаментальный принцип стабильности права приобретает особенно высокую цену, когда речь идет о связанном с социальным порицанием посягательстве государства на правовые блага индивидов.

Аналогичные ограничения, пожалуй, должны последовательно действовать в области публичного права, нормы которого направлены на ограничение прав и свобод граждан в целях охраны общественного порядка и безопасности, поскольку здесь также имеет силу идея гарантированное™ правовых благ каждого и их защиты от произвольного вмешательства государственной власти. С этой целью в рамках конституционного права выдвигаются некоторые требования к пределам толкования, с одной стороны, строгие и формалистичные, а с другой — крайне широкие и почти неограниченные. Однако следует согласиться все-таки

³ *«in malam partem»* (лат.) - в сторону ухудшения. (Примеч. пер.)

⁴ *«nulla poena sine lege»* (лат.) - нет наказания без указания на то в законе. (Примеч. пер.)

с тем, что в крайне дискуссионных государственных и политизированных областях права с целью сохранения юридического покоя приоритет должны иметь скорее формальные критерии, такие как буквальный текст закона и исторические аргументы. Подобные аргументы менее всего могут попасть под постоянно возникающие спекулятивные подозрения, сопровождающиеся соответствующим эффектом эмоционального раздражения. Только таким образом можно избежать подозрений, которые во взрывоопасных политических вопросах будут постоянно исходить от «побежденной» стороны, а позднее могут быть высказаны «победившей» стороной уже в превентивных целях.

В некоторых областях права, например в картельном или налоговом праве, под маркой «экономического анализа» пропагандируется интенсивное телеологическое толкование. В частности, это предпринимается с той целью, чтобы как-нибудь прикрепить соответствующую необычайно динамичную правовую материю к весьма неточному и прежде всего недостаточному для специальных целей понятийному аппарату, размещенному в абстрактных формулировках закона. Если «экономический анализ» (*который, кстати, в юридическом смысле не способен ничего прояснить*) используется не как ширма для произвола, а с целью выяснить существенные соображения относительно целей закона, то такой подход может быть методологически оправданным. Преувеличенное значение и вытекающее из него одностороннее телеологическое толкование с помощью *«effet utile»* будут критически рассмотрены ниже.

В) ТОЛКОВАНИЕ (В УЗКОМ СМЫСЛЕ)

I. Словесное («грамматическое») толкование

1. Предварительные замечания

Обыкновенно различают несколько (*чаще всего четыре*) методов интерпретации, или «канонов», толкования. Причем во многом отличаются друг от друга как классификации этих методов, так и группировки внутри классификаций. Наиболее целесообразной представляется классификация, проведенная в настоящей работе, поскольку она построена по очевидному основанию, имеющему практическое значение. Речь идет о «материале толкования», который необходимо привлекать при толковании норм для того, чтобы успешно решить поставленную проблему. Известно, что из одних лишь положений закона, подлежащих толкованию, невозможно извлечь больше того, что

«effet utile» (фр.) - принцип полезного эффекта. (*Примеч. пер.*)

в них содержится. Это касается и поиска аргументации с целью решения проблем толкования. Для решения этих проблем требуются дополнительные предпосылки. Поэтому точка зрения, редуцирующая поле толкования исключительно нормами закона, решительно ничему не способствует. Вскоре это будет продемонстрировано на примерах. Далее отдельные юридические методы будут рассматриваться порознь и поясняться примерами. А об иерархии методов и принципах их комплексного применения в особенно затруднительных случаях речь пойдет позднее.

2. Показательный пример

Ис по причине какой-либо особой важности или актуальности, а в силу простоты, иллюстративности и способности к вариациям далее в качестве примера будет использован случай наследства по завещанию § 578 ABGB⁶, фактический состав которого имеет широкое содержание и перед его применением нуждается в толковании. В указанном параграфе предусмотрено, что для действительности составленного без свидетелей письменного завещания необходимо, чтобы наследодатель:

- а) собственноручно выполнил текст завещания и
- б) своим именем
- в) собственноручно подписал завещание.

В дальнейшем будут детально рассмотрены некоторые вопросы толкования различной степени сложности, которые применительно к определенным конфигурациям фактических обстоятельств дела коснутся перечисленных на первый взгляд простых и ясных предписаний.

3. Материал толкования

Ближайшим средством на словесной ступени толкования является общий языковой опыт, который правоприменитель должен использовать в отношении норм, подлежащих применению, а также в отношении словесно описываемого фактического состава. Этот опыт и оказывается здесь привлекаемым материалом толкования. Иногда посредством «легальных дефиниций» законодатель уточняет понятия, использованные в толкуемых нормах. Но подобные уточнения

⁶ § 578. Wer schriftlich, und ohne Zeugen testieren will, der muß das Testament Oder Kodizill eigenhandig schreiben, und eigenhandig mit seinem Namen unterfertigen. Die Beisetzung des Tages, des Jahres, und des Ortes, wo der letzte Wille errichtet wird, ist zwar nicht notwendig, aber zur Vermeidung der Streitigkeiten ratlich (Тот, кто желает составить завещание без свидетелей, должен собственноручно написать завещание и собственноручно своим именем его подписать. Указания дня, года и места изъявления последней воли хотя не являются обязательными, но целесообразны во избежание споров).

могут порождать вопросы их собственного толкования, что придает им ограниченную ценность. Как правило, для определения значения слов и выражений, употребленных в тексте закона, указывается на общее словоупотребление, а под последним в свою очередь нередко подразумевается исключительно господствующее словоупотребление. В тех нормах, адресатами которых являются только определенные группы населения, например охотники или коммерсанты, специальное словоупотребление, присущее этим группам, имеет при толковании приоритет. Именно поэтому в законодательстве таких «классических» отраслей права, как гражданское, уголовное, процессуальное право, функционирование которых в значительной мере опосредуется деятельностью юристов, действует презумпция приоритета специального технического словоупотребления. *(По этой же причине, к примеру, под «представителем» в указанных отраслях права понимается не коммивояжер, а лицо, уполномоченное на совершение определенных действий от имени и в интересах другого лица.)*¹

4. Простой случай и простая юридическая квалификация

Применительно к имеющимся в изобилии (о чем нередко забывается авторами «высоких теорий») простым случаям или составным элементам случая говорить о «толковании» можно постольку, поскольку решение проблемы возникает не само по себе, требуя лишь констатации того, что конкретный фактический состав подчиняется соответствующим нормам без видимых затруднений и что правовые последствия, вытекающие из этих норм, могут быть применены без каких-либо препятствий. При толковании непременно требуется логическое заключение, которое в простых случаях очень легко получить методом простой дедукции *{квалификации в рамках силлогизма}*. Общая схема выглядит следующим образом. Регулирующая правовая норма посредством содержащихся в ней фактических признаков *{обозначенных выше как а, б, в}* образует основную посылку. Подлежащий квалификации конкретный фактический состав в том виде, в каком он был установлен *{при необходимости в судебном порядке}*, образует вторую посылку. При этом обычно именно по вопросам фактического состава разгорается спор между тяжущимися сторонами, выражающими противоположные оценки фактов и доказательств. В нашем случае в качестве таких сторон можно представить предполагаемых наследников по завещанию и предполагаемых наследников по закону, спорящих о действительности завещания. Наибо-

¹ В немецком языке наряду с общим значением слова «*Vertreter*», которое аналогично в русском языке значению слова «представитель», одним из специальных значений слова «*Vertreter*» является также «коммивояжер». *(Примеч. пер.)*

лее целесообразным описанием фактического состава является то, которое обозначает только юридически значимые элементы. Следовательно, в этом смысле не имеют никакой ценности, к примеру, информация о цвете волос людей, участвующих в споре, или сведения о прежней судимости одного из таких лиц

В том случае, если содержащееся в правовой норме абстрактное понятие и использованное в описании фактического состава конкретное понятие соотносятся таким образом, что последнее оказывается видовым понятием первого, то можно, выполнив дедукцию, вывести правовые последствия для данного конкретного случая (*действительность завещания*) в качестве искомого логического заключения.

К примеру, установлен фактический состав, из описания которого следует, что Иозеф Навратил шариковой ручкой на листе, вырванном из тетради, написал следующее: «После моей смерти мое имущество должно причитаться Иоганну Поспишилу». Ниже поставлена подпись: «Иозеф Навратил».

Если использовать употребленные нормой понятия в самом узком понимании, то под выражением «собственноручное написание» подразумевается индивидуальное выполнение от руки письменных знаков, а под словом «подпись» имеется в виду написание имени и фамилии. В такой ситуации квалификация фактического состава согласно соответствующей норме закона не представляет никаких трудностей. Завещание Иозефа Навратила (*только в интересующем нас здесь формальном аспекте*) будет признано действительным. Тем самым получено искомое индивидуальное положение права. Кроме того, можно считать найденным правило для решения целого типа сходных случаев, если обобщить признаки фактического состава и включить в него, например, рукописный текст завещания, выполненный с помощью любого пишущего средства (*ручка, перо и пр.*) либо подпись завещателей любыми из встречающихся именами и фамилиями.

То обстоятельство, что качество бумаги является вполне обыкновенным, а также не указаны место и время составления завещания, не может служить препятствием для сделанного вывода. Закон, закрепляя признаки фактического состава, не требует использование бумаги какого-либо определенного качества. А сведения о месте и времени прямо упомянуты в § 578 ABGB в качестве желательных, т.е. не выступающих обязательными условиями действительности завещания. Этот пассаж имеет лишь уточняющее значение. На деле юридически достаточным является факт отсутствия в законе соответствующих требований действительности.

В том случае, если текст завещания написал приглашенный в гости друг наследодателя, то с абсолютной точностью следует заключить, что положительная квалификация случая (*т.е. в пользу действительности завещания*) согласно обсуждаемой правовой норме невозможна. Поэтому завещание,

составленное другом, следует признать в соответствии с § 578 ABGB недействительным в силу несоблюдения формы.

Как видно, применение метода дедукции не только возможно, но и с несомненным успехом ежедневно осуществляется во всем мире в несметном количестве случаев. Поэтому следует отвергнуть неоднократно высказываемые утверждения о невозможности логической дедукции из общих абстрактных норм применительно к более узкому по содержанию конкретному фактическому составу. Вопрос о том, какому именно из утонченных приемов юридической логики следует отдать предпочтение как средству преодоления проблемы «истинности» норм в общепринятом смысле, очевидно, может и должен рассматриваться только в качестве имеющего второстепенное значение. Помочь делу здесь можно путем перевода нормативного положения в описательную фразу (*«предписывается, что...»*) с последующим обратным переводом либо путем замены «истинности» специальными нормативными качествами правильности и действительности нормы.

Рассматриваемый применительно к § 578 ABGB пример помимо всего прочего показывает, что вопреки некоторым утверждениям простая дедукция возможна не только из *родовых* понятий, содержащихся в правовых нормах. В вопросе отграничения простых случаев (или простых элементов случая) от сложных наилучший ориентир может дать другой подход. Он заключается в различении «ядра понятия», «периферии понятия» и внешней по отношению к значению понятия области. Определяющую роль при этом играет общее словоупотребление. «Ядро понятия» охватывает все материальные и идеальные объекты, которые принимают за случаи применения соответствующего понятия практически все владеющие языком люди либо (*в отношении специальных понятий*) круг квалифицированных специалистов. В «периферию понятия» включаются объекты, на которые в конкретном семантическом пространстве значение соответствующего понятия в одних его вариациях распространяется, а в других — нет. В области «периферии понятия» как раз и возникают собственно проблемы толкования. Здесь же впервые и становится возможной квалификация проблемного фактического состава с целью непосредственного решения вопроса толкования, причем решения не «только на основании одного лишь закона». Однако прежде всего этого конкретное правило должно быть выработано для целей указанной квалификации. С другой стороны, в отношении «периферии понятия» исключается (*«непосредственное»*) применение толкуемого предписания. (*Как видно, при известных условиях, подобное применение все же возможно?*)

Например, случай с другом, пишущим текст завещания под диктовку наследодателя, выходит за пределы каждой мыслимой словесной вариации понятия «собственноручно».

Простая квалификация полностью решенного случая является такой легкой потому, что наличествующие в законе предпосылки (*обозначенные выше как а, б, в*) даже в их узком понимании, т.е. областью «ядер понятий», охватывают конкретные признаки случая. Однако в тех ситуациях, которые изначально представляются совершенно ясными, во избежание ошибок следует предложить метод «контрольной проверки». Подобную проверку следует провести с целью выяснения того, не нарушает ли столь просто полученный результат фундаментальные принципы идеи права, вызывая системные противоречия, а также противоречия правовым принципам и существу дела. В приведенном выше примере подобного нарушения не происходит. Однако возможность существования противоположных случаев свидетельствует о том, что одной только простой квалификацией обойтись нельзя.

Если немного видоизменять конкретный фактический состав в различных направлениях, то непременно обнаружится, насколько много вопросов толкования может обнимать область «периферии своих понятий» сама по себе очень ясная и убедительная норма § 578 ABGB. Соответствуют ли нормативному понятию «написать» случаи составления завещания в виде стенограмм или с помощью кириллицы? Является ли достаточным для признания написанным собственноручно того завещания, которое напечатано самим завещателем при помощи пишущей машинки или компьютера? Удовлетворяют ли понятию «подписание» случаи написания только фамилии, только имени, прозвища или псевдонима или вовсе обозначения степени родства («*Vаш отец*»)? Соответствует ли норме тот случай, когда собственноручная подпись наследодателя стоит в начале текста завещания, в то время как в конце помещена лишь заключительная фраза: «*Это моя последняя воля*»?

При изучении некоторых из этих вопросов на сугубо словесном уровне можно выдвигать доводы как в пользу, так и против определенного варианта толкования. Однако такие попытки, пожалуй, не приведут к ясному и убедительному системному решению. Поэтому в любом случае требуется дальнейшая аргументация с помощью последующих методов толкования. Но и в этом случае словесный анализ сохранит свое значение для целей четкого формулирования проблемы, уточняющего различные вероятные значения понятий и соответствующие этому вопросы толкования. Так, банальному, широкому значению понятия «собственноручно» в смысле «собственной рукой любым способом» можно противопоставить узкое значение в смысле «рукописно», т.е. «собственной рукой путем личного начертания письменных символов». Общий языковой опыт подтверждает, что в действительности возможны оба значения. Например, когда говорят: «Секретарь господина X заболела, поэтому он вынужден *собственноручно* напечатать письмо на пишущей машинке», опре-

деленно имеют в виду широкий смысл понятия. Напротив, когда говорят: «Знаменитый Y прислал мне *собственноручное* письмо», определенно подразумевают понятие в узком смысле. Когда первоначально в голову приходит широкое значение толкуемого понятия и на основе такою значения необдуманно осуществляется простая квалификация, заключительный вывод может быть чрезвычайно ошибочным и совершенно не достигать целей, которые лежат в основе требований к форме сделок. Уже упомянутая выше «контрольная проверка» должна устранять возможность совершения подобных ошибок. Невозможно осуществить корректное словесное толкование, предварительно не представив себе все возможные значения толкуемых понятий.

II. Систематическое логическое толкование

1. Материал толкования

К содержанию другой (*отличной от непосредственно толкуемой и подлежащей применению*) нормы, которая располагается в том же или другом законе и находится в систематической связи с толкуемой нормой, следует обращаться постольку, поскольку указанное содержание способно помочь разрешению проблемы толкования. Систематическая связь помогает выявить многие правила решения уже на основе учета внешней последовательности изложения правового материала, которая создается такой связью. Например, если плата за наем жилого помещения урегулирована нормами обязательственного права, то нельзя вести речь о каком-либо вещном праве. Недостатки вещи (товара) рассматриваются не только по правилам о неисполнении обязательства, а непосредственно на основании специальных правил (§§ 918 ABGB⁸) о гарантиях отсутствия недостатков, влияющих на ценность проданной ИЛИ переданной вещи. Однако систематическая связь норм, даже если они внешне в законе дистанцированы друг от друга, может вытекать также из того факта, что норма, привлекаемая с целью разъяснить содержание толкуемой нормы, полностью или в части посвящена тому же фактическому составу, что и сама толкуемая норма. При оценке такой связи должна

⁸ § 918. (1) Wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird, kann der andere entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären. (2) Ist die Erfüllung für beide Seiten teilbar, so kann wegen Verzögerung einer Teilleistung der Rücktritt nur hinsichtlich der einzelnen oder auch aller noch ausstehenden Teilleistungen erklärt werden ((1) Если возмездный договор не исполнен одной стороной в надлежащий срок, в надлежащем месте или условленным способом, другая сторона может потребовать исполнения договора и возмещения убытков либо объявить об отказе от договора после истечения установленного срока, достаточного для устранения последствий ненадлежащего исполнения. (2) Если исполнение осуществляется по частям, то просрочка исполнения одной части может стать основанием для отказа от исполнения только в отношении отдельной или также всех еще не исполненных частей).

приниматься во внимание накопленная общим опытом совокупность представлений о принципах комплексного изложения правовых идей и, следовательно, текстов комплексного характера. Особенный интерес представляет опыт, связанный с построением правовых систем.

2. Примеры

Для вышеупомянутого варианта случая, когда завещание подписано прозвищем или псевдонимом (*например, знаменитого футболиста «Шнекерль»*), ценный систематический аргумент в пользу достаточности такой подписи поставляет § 43 ABGB⁹. Данный параграф распространяет в отношении псевдонима, приобретенного путем фактического использования, меры защиты права на имя и предусматривает обязанность третьих лиц воздерживаться от совершения действий под чужим псевдонимом и возместить убытки в случае нарушения. (*Напротив, бесполезными являются нормы, регулирующие приобретение «подлинного (настоящего)» имени, поскольку они равным счетом ничего не упоминают о прозвищах, псевдонимах и т.д.*) Таким образом, юридически признается то, что помимо «официального» имени употребляемое в обиходе прозвище упомянутого футболиста имеет юридическое значение и потому в полном объеме подлежит правовой защите. В связи с этим становится совершенно непонятно, почему псевдоним не может являться достаточным средством идентификации и формой подписи в собственноручном завещании. Различный контекст в содержании норм (*здесь — действительность завещания, там — защита имени*) ничего не меняет в этом вопросе. Тот факт, что слово «псевдоним» воспринимается как «имя», имманентен самому этому слову, даже если в несомненную область ядра этого понятия включаются только «официальное» имя и фамилия. Поэтому прежде всего систематический аргумент имеет для этого вопроса решающее значение. Тем более что никаких сколько-нибудь серьезных телеологических или принципиальных оснований здесь практически невозможно отыскать.

Тот универсальный аргумент, что каждая ясно выраженная вонне последняя воля наследодателя должна иметь значение, независимо от формы подписи завещания, представляется здесь совершенно непригодным,

⁹ § 43. Wird jemandem das Recht zur Führung seines Namens bestritten oder wird er durch unbefugten Gebrauch seines Namens (Decknamens) beeinträchtigt, so kann er auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen (Если кому-либо препятствуют в осуществлении права действовать под своим именем или кому-либо будет причинен вред путем неправомерного использования его имени (псевдонима), то потерпевший может требовать от нарушителя воздерживаться от совершения неправомерных действий и при наличии вины нарушителя потребовать также возмещения причиненного вреда).

поскольку этот довод несомненно противоречит требованию действующего закона к форме завешания.

К систематическому толкованию относятся также известные правила разрешения предполагаемых коллизий норм. Речь идет о приоритете специальных норм (*lex specialis*) перед общими (*lex generale*), а также о приоритете позднее принятых норм (*lex posterior*) перед ранее принятыми (*lex prior*). Данные правила соответствуют обычно предполагаемой воле законодателя в данных случаях, а потому совпадают с (объективно) общепринятым значением норм, вступающих в коллизию.

К разряду систематических относится также правило о том, что толкование не должно приводить к той ситуации, когда определенные нормы вследствие их соотношения с другими нормами остаются вне сферы применения, т.е. становятся вовсе неприменимыми либо необязательными для применения, а значит, бессмысленными. Подобное соотношение норм, возникающее чаще всего из хорошего, но плохо оформленного замысла законодателя по разъяснению, часто обнаруживается с помощью других критериев толкования. Например, имеются многочисленные предписания, которые применительно к всевозможным особым случаям причинения ущерба повторяют общую норму § 1295 ABGB¹⁰ о виновной ответственности. По-видимому, это объясняется намерением сделать соответствующие правовые последствия максимально распознаваемыми применительно к конкретным случаям. Но следует отвергнуть, например, толкование слова «каждый» в § 1295 ABGB в широком смысле, соответствующем обычному словесному восприятию. Такое толкование придавало бы специальным нормам § 1327ⁱⁱ ABGB (*возмещение вреда членам семьи умершего*) любой возможный смысл. Поэтому понятие «каждый» в § 1295 ABGB следует ограничивать непосредственно потерпевшим лицом.

§ 1295. (1) Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. (2) Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen. ((1) Каждый вправе требовать возмещения вреда, причиненного ему виновными действиями нарушителя; вред может быть причинен путем нарушения обязанности по договору либо безотносительно к договору. (2) Также лицо, причинившее вред в результате нарушения добрых нравов, несет ответственность даже в случае нарушения в результате осуществления права, когда такое осуществление права имело выраженную цель причинения вреда другому лицу).

§ 1327. Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so müssen nicht nur alle Kosten, sondern auch den Hinterbliebenen, für deren Unterhalt der Getotete nach dem Gesetze zu sorgen hatte, das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden (В случае, если в результате причинения телесных повреждений наступит смерть потерпевшего, должны быть возмещены не только все расходы близким родственникам, которых умерший был обязан по закону содержать, также должно быть возмещено то, что такие близкие родственники утратили в результате смерти потерпевшего).

III. Историческое (субъективное) толкование

1. Спор о «субъективной» и «объективной» целях толкования

Данный спор представляется довольно праздным и в настоящее время по сути устаревшим. В качестве «субъективного толкования» рассматривается поиск имеющего отношение к проблеме замысла (намерения) исторического законодателя. Под «объективным толкованием», напротив, понимают установление содержания закона, имеющего отношение к проблеме, путем тщательной и квалифицированной оценки обнародованного текста закона в его непосредственной связи с ныне существующими конкретными отношениями. Однако в действительности, поскольку задачей юриспруденции в этом аспекте является отыскание наилучшего рационального обоснования решения, всегда следует использовать обе познавательные возможности, выдвигая при этом на первый план тот или другой метод в зависимости от состояния конкретной проблемы. Таким образом, не должно быть места для «эксклюзивности» субъективной или объективной «цели толкования».

Изложенное позволяет сказать, что из всей проблемы остается вопрос, относящийся, по сути, к другой важнейшей проблеме — проблеме приоритета среди юридических методов (*подробнее об этом ниже*). Только в той мере, в какой в современном правопорядке искомой целью в каждом случае признается максимально обоснованное толкование, можно вести речь о действительном применении права. Эта мысль исключает лишь «заикленность» на историческом замысле законодателя, но не отрицает значение этого замысла при комплексном применении методов толкования, которые, несмотря на их различный приоритет, требуют совокупного осмысления и оценки (*ср. с дополнением ниже*).

2. Материал толкования

При историческом толковании материалом интерпретации служат все сколько-нибудь содержательные указания на волю или замысел «законодателя», издавшего подлежащие толкованию и применению нормы. То есть речь идет об «историческом» законодателе, выразившем свое отношение к той проблеме, фактический состав которой возник в настоящий момент. В связи с этим предлагаемая некоторыми альтернатива заменить подобного исторического законодателя современным является ошибочной, потому что, как правило, не имеется никаких указаний на замысел ныне действующего законодателя в отношении норм, изданных ранее историческим законодателем (*за исключением вопроса о юридической силе норм*).

Правовая норма представляет собой не только комплекс словесных элементов, но и выражает с помощью таковых нормотворческую человеческую волю. Поэтому коль скоро «объективный» текст остается в той или иной степени неясным, обращение к воле законодателя, способствующей продвижению вперед при решении соответствующей проблемы, является оправданным (*Но по многим причинам эта мысль не всегда может быть справедливой.*)

Для исследования замысла законодателя помимо прочего может быть интересным состояние права перед изданием толкуемых норм, поскольку сравнение нередко позволяет узнать, должно ли было что-то измениться в регулировании и что именно. (*Например, предписание § 578 ABGB о месте и дате составления завещания как «не обязательных, а желательных» элементах формы становится очевидным только из вышеприведенного анализа по этому поводу*)

С точки зрения «исторической цели» полезным может быть также сравнение толкуемого закона с научной юридической литературой, существовавшей в период издания этого закона. Причем наиболее ценными являются те научные мнения (отзывы, высказывания), авторы которых оказывали прямое влияние на разработку закона. Продвижению вперед может помочь сравнение изданного закона с его проектами. Обрести некоторые ориентиры позволяет также изучение общих политических целей и установок законодателя (*например, защита прав потребителя или «имплементация» европейских директив в национальное законодательство*).

Однако наиболее продуктивными чаще всего оказываются «законопроектные материалы», в число которых входят все письменные (*значит, сохранившиеся в неискаженном виде*) сведения о возникновении закона, начиная с первоначальных инициатив или планов проектных работ в органах власти или специальных комиссиях и заканчивая обсуждениями в парламенте. В настоящее время в распоряжении имеются пояснительные записки к проектам соответствующих законов, а также иногда отчеты и доклады парламентских комитетов (комиссий). Эти документы нередко позволяют узнать мнение законодателя, имеющее непосредственное отношение к проблеме, или цели, которые законодатель намеревался реализовать путем принятия закона.

«Целью» является представляемое, желаемое и реализуемое состояние. Изданная норма является средством к достижению этого состояния. Из всех различных вариантов толкования, полученных на стадии словесной интерпретации, наиболее соответствует цели тот вариант, который пригоден для реализации указанного состояния в наибольшей устойчивой мере. Эту пригодность нельзя установить только с помощью словесного разбора. Для этого требуется анализ фактов в ряду предполагаемых (вероятных) практических последствий того или иного варианта толкования. Ставший ныне модным анализ исключительно последствий без их соизмерения с определенными

целями и ценностями и проведения соответствующей селекции не позволяет продвинуться вперед в решении проблемы.

Простое историческое толкование направлено на поиск релевантного проблеме мнения законодателя относительно значения созданных им правовых понятий и правовых положений. Одновременно это позволяет узнать и замысел законодателя, имеющий отношение к конкретной проблеме. Нередко продуктивное историческое телеологическое толкование ставит вопрос о том, почему, т.е. из каких релевантных проблеме оснований, или с какой целью была издана норма. Например, почему § 578 ABGB требует собственноручного написания завещания и подписания его именем. Большинство ответов может быть найдено в протоколах обсуждений проекта ABGB.

3. Примеры

Собственно, и без того сама напрашивающаяся историческая цель фактического признака «собственноручно» отыскивается легко. В целом при обсуждении соответствующей нормы проекта защищался тезис, согласно которому «внешняя форма» завещаний не должна вызывать сомнений в подлинности волеизъявления умершего (*Ofner. Первоначальный проект и протокол обсуждений к австр. ABGB I, 344*). В более поздней редакции § 578 ABGB коммиссионное большинство отклонило предложение вообще упразднить возможность составления без свидетелей простого письменного завещания, аргументированное высокой опасностью подделки (фальсификации) подписи. Отклонение объяснялось тем, что следует отвергнуть чрезмерный формализм, поощряемый за счет обременения юридически подкованных и добросовестных граждан. А основной довод в пользу отклонения заключался в том, что все же чрезвычайно трудно незаметным образом фальсифицировать рукописный шрифт (именно так!) в завещании, состоящем из множества строк (*Ofner. I, 347*). Именно отсюда берет свое начало мнение о том, что «собственноручно» означает «рукописно» и что в качестве цели введения признака «собственноручно» признается обеспечение возможности проверить подлинность завещания на основании самого документа (*в необходимых случаях путем сравнения почерка с помощью графологической экспертизы*).

В связи с этим, исходя из практического опыта, свидетельствующего о том, что машинные и компьютерные тексты не позволяют идентифицировать личность напечатавшего их лица, теперь понятным образом аргументируется недействительность завещаний, составленных указанными способами. Тексты таких завещаний не включают в себе возможность провести прямую проверку подлинности на основании самого документа.

Это никоим образом не связано с одним лишь вопросом доказывания. Вполне возможно случайное присутствие во время составления завещания свидетелей, которые будут утверждать, что наследодатель лично «напечатал» текст завещания. Но! Во-первых, действительность завещания не должна зависеть от такой именно случайности. Во-вторых, показания таких свидетелей как доказательства могут быть поставлены под большое сомнение ввиду вероятности подкупа свидетелей или оказания на них иного влияния. В то же время самого наследодателя уже ни о чем нельзя спросить.

В отношении завещания, составленного стенографическим способом или с помощью кириллицы, напротив, отпадают всякие сомнения. Такое завещание рукописно, следовательно, выполнено с помощью способных к проверке индивидуальных символов почерка.

Что касается «подписи», то, как видно из самого смысла слова, она должна стоять в конце текста (*под* текстом), поскольку только в таком случае понятно, что «текст сделки завершен» (*Ofner*. I, 347; II, 538). В любом случае только подпись может свидетельствовать о том, что рассуждения лица, изъясляющего свою волю, окончены и данное лицо желает придать юридическую силу тексту. Для этих целей, напротив, недостаточным является упоминание имени в начале или в середине текста, поэтому в данном случае речь можно вести лишь о проекте (*Ofner*. II, 539).

На удивление менее содержательными являются материалы для интерпретации признака «своим именем». Первоначальный проект, согласно § 373 (*прототипу* § 578 ABGB), требовал еще и подпись родовой фамилией (родовым именем), что позднее было признано излишне обременительной формальностью. Последовавшее вслед за этим сокращение требования к подписи до выражения «своим именем» оставлено без объяснений. Однако ближайшим является предположение о том что указанное сокращение должно было смягчить строгость формы. Это предположение говорит в пользу достаточности подписи фамилии и, пожалуй, также одного лишь имени. Но тогда ввиду большого числа людей, носящих одинаковые имена, а также с учетом наличия особо популярных имен идентификация личности на основании имени остается проблематичной. Можно еще выдвинуть предположение в том смысле, что под смягчением понималось простое сокращение формулировки закона, под «своим именем» (*в единственном числе!*) подразумевались, как и прежде, полные «официальные» или «гражданские» имена. Хотя имя и фамилия, несомненно, относятся к именам завещателя, а на словесном уровне оба слова допустимо обозначать как имя. Но из этого никоим образом еще не следует, что каждый из трех различных вариантов (*имя, фамилия или оба вместе*) одинаковым образом и в единственном числе может обозначаться как «свое имя». Разумеется, на словесном уровне

допускается понимание в том смысле, что имя и фамилия, несомненно, совпадают по отдельности с понятием имени.

Однако со словесной и (*ввиду разницы формулировок по сравнению с первоначальным проектом*) исторической точек зрения все свидетельствует, пожалуй, в пользу достаточности подписи именем и фамилией. Полностью эта мысль подтверждается путем объективного телеологического толкования, о котором здесь можно сказать, немного забегая вперед. Как имя, так и фамилия используются в обороте как формула, фиксирующая окончание текста. В качестве же средства идентификации имя и фамилия могут служить в сочетании с остальным содержанием завещания и смежными фактическими обстоятельствами (*например, место нахождения завещания*).

4. Кто такой законодатель?

Открытым до сих пор остается вопрос о том, кого или что именуют просто «законодателем». При этом нередко проблему видят в том, что если абсолютный монарх или диктатор является персональным законодателем, то в развитом демократическом правовом государстве в законотворчестве принимают участие много людей, в частности парламентское большинство. Поэтому в последнем случае совершенно невозможно найти ту персону, чья действительная воля имела бы решающее значение. Коллективная же воля представляет собой только конструкцию и ничего действительно в психологическом смысле она не содержит.

С точки зрения юридической практики вся эта проблема надуманна. Абсолютный монарх во время издания ABGB принимал данный закон также своим сознанием и своей волей, но определенно не таким образом, чтобы желать чего-то конкретного в отношении бесчисленных вопросов толкования издаваемых норм. Точно такое же «волевое» значение имеют для правоприменителей в процессе толкования отдельные партии парламентского большинства и его части. Информация об отношении «воли партий» к подлежащему принятию закону, как правило, имеет исключительно общий (глобальный) характер. А парламентское большинство отдает свои голоса за более ограниченные в смысле конкретизации информационные блоки. Интересная для целей толкования детализированная работа над информационным содержанием закона происходила всегда и сейчас происходит в специальных комиссиях (консультативных комитетах) или других учреждениях, включая разрабатывающие законопроекты министерства, в процессе деятельности которых на проекты в свою очередь оказывают влияние и дают им оценки политические и экономические общества, и т.д.

На деле «коллективная воля» является чуждой реальности конструкцией. Но, разумеется, возможна и такая ситуация, при которой индивидуальные воли

некоторых или очень многих людей в отношении определенных вопросов получают одинаковое направление. Кроме того, бывает и так, что люди присоединяются к воле других людей без самостоятельной проверки вопроса, т.е. заимствуют чужую волю и трансформируют ее в собственную. Вовсе нет потребности ни в каких удивительных конструкциях, в которых воля законодателя приравнивается к коллективной воле несуществующего социального образования.

Напротив, необходимо исходить именно из того, что в законотворчестве принимает участие большое количество различных людей, выступающих в различных ролях. Такими участниками являются, в частности, политические, экономические или юридические инициаторы проекта, разработчики, консультанты, эксперты и т.д. Вся эта совокупность является некоей неформальной, но наиболее значимой для толкования инстанцией. А «формальный» законодатель, т.е. предусмотренный в соответствующей конституции законодательный орган, ничтожно мало занят конкретным, имеющим значение для толкования содержанием закона. Но в любом случае именно «формальный» законодатель официально устанавливает переходы к новому регулированию или исправляет прежнее, а в остальном действует *{как и абсолютный монарх}* в качестве позитивирующей инстанции, придавая закону обязательную юридическую силу посредством своего решения.

Поэтому под «законодателем» разумнее всего понимать краткое обозначение всех неформально или формально принимающих участие в соответствующем акте законотворчества реальных людей. «Воля законодателя» — это вполне реальная человеческая воля, а именно воля одного или более людей из того их круга, который принимал участие в законотворческом процессе. Это является компромиссным взглядом между противоположными мнениями по вопросу о законодателе. Не требуется конструировать некие коллективные «существа», таковые неуместны в прикладной *{да и, пожалуй, в каждой}* науке. Не имеет значения вопрос о том, можно ли точно установить лицо, чье именно мнение или намерение изначально или в конечном счете стало решающим.

Проблема, которую видят в том, что «индивидуальный» или только неформальный участник законотворчества может формировать в некоторых случаях замысел законодателя, является не очень страшной в той ситуации, когда речь идет о действительно прочно установившемся влиянии на содержание закона, имеющем значение для толкования. Разрешена эта проблема может быть тем рациональным соображением, что если официальные законодательные инстанции без изменений и без оговорок со своей стороны принимают закон, то следует говорить о том, что разработанный вне законодательного органа проект получает юридическую силу не только как простой текст, заимствованный у разработчиков, но также вкупе с целями и замыслами, составляющими основу текста. В подтверждение этого говорит то, что

«голый» текст закона, т.е. без контекста в виде оснований, намерений и соображений, был бы лишь непознаваемым «скелетом». Еще говорят о «теории пакта» в том смысле, что, принимая закон в неизменном виде, «формальные» законодательные органы заключают своеобразный пакт с разработчиками о принятии (заимствовании) текста проекта и всего его подтекста, если не имеется свидетельств обратного. Разумеется, законодательный орган может также выразить мысль о том, что хотя нормы первоначального проекта остались внешне неизменными, но эти нормы принимаются по иным измененным основаниям и с другими целями. Однако обычно такое «контекстное» изменение нормы представляет собой редкое явление.

IV. Объективное телеологическое толкование

1. «Объективная цель»

Часто встречающееся суждение об объективной цели закона как о противоположности субъективной цели законодателя справедливо подвергается критике за свою парадоксальность. Ведь если целью является некий желаемый и достигаемый результат, то естественно подразумевается и наличие субъекта, который желает и стремится достичь данного результата. Однако вышеуказанный тезис основан все же на вполне рациональном наблюдении. Нередко правовой вопрос не удается убедительно решить с помощью рассмотренного выше метода исторического (субъективного) толкования. Это может объясняться, к примеру, тем, что для решения поставленной проблемы «периферии понятия» в историческом материале невозможно отыскать пригодные представления или цели, поскольку либо исторический материал, имеющий отношение к делу, вообще нельзя найти, либо установленные исторические цели в современном правовом и фактическом контексте являются без сомнения неактуальными (*например, когда речь идет о законодателях времен нацизма*). Однако независимо от этого судья обязан в любом случае прийти к решению представленного на его рассмотрение спора. (*По этому поводу невероятные разногласия существуют также среди интеллигентных людей.*) Но было бы необоснованным сразу по исчерпанию рассмотренных выше методов предоставлять компетентной правовой инстанции, которой подведомствен спор, в том числе Верховному суду, право решения дела на основании личных предпочтений или приоритетов. Каждый судья обязан обосновывать свое решение и как представитель правового общества должен максимально последовательно соблюдать эту обязанность. Поэтому всегда следует предпринимать попытку выработать из всех возможных тот вариант толкования, который наилучшим образом соответствует действующей правовой системе. Только если в этом случае попытки окажутся

тщетными, «судейское усмотрение» становится неминуемым, поскольку его необходимо применить во избежание самовольного «осуществления спорного права» (самоуправства) и связанного с этим насилия между спорящими сторонами, и потому законным средством толкования.

Но перед применением этого последнего, требующего рациональной оценки метода следует исходить из предположения, что законы разрабатываются всегда не по принципу произвольной случайности, а для достижения в определенном объеме разумных и потому воспроизводимых (*реконструируемых*) целей. Поэтому, согласно идее права, законы следует и применять соответственным образом.

При невозможности прочей рациональной реконструкции необходимо также исходить из предположения, что вопросы фактов с точки зрения соотношения цели и средств ее достижения законодатель решил объективно правильно или в соответствии с наиболее испытанным («наиболее близким к истине») положением опыта; в необходимых случаях опыта соответствующей специальной науки. Как правило, это соответствует действительности, поскольку в распоряжении законодателя как центральной ветви государственной власти находятся соответствующие вспомогательные средства, как это непременно и должно быть.

2. Основная схема

Итак, с учетом выдвинутых предположений необходимо выяснить, какую именно цель или какие цели следует взять на вооружение в качестве средства толкования, руководствуясь при этом общим наличным знанием обо всех с разумной вероятностью предполагаемых юридических целях в конкретной или же наиболее возможной связи с поставленной проблемой. При этом найденная норма, подлежащая применению, рассматривается как средство. Это позволяет с помощью корректных фактических признаков проверить, для достижения какой цели пригодна данная норма. На обсуждаемой здесь стадии толкования ввиду отсутствия исторических указаний данная проверка должна производиться на основе общего опыта с позиции достаточно хорошо информированного и опирающегося на основы правовой системы судьи, а следовательно, в этом смысле «объективно». Данная проверка должна быть направлена на отыскание таких релевантных предположений (*gипотез*) относительно цели, которые в разумном смысле обладают наибольшей вероятностью.

Некоторым крайним скептикам такой подход может показаться спекулятивным. Однако в свете обязательного требования развернутой аргументации судебного решения он в любом случае более рационален и потому предпочтителен, чем немедленное обращение к «судейскому усмотрению», в котором крайние скептики видят здесь единственный выход.

Таким образом, наряду с выдвинутыми в параграфе 1 настоящей главы предположениями материалом для толкования здесь служит любая информация о целях закона, предполагаемых с разумной вероятностью в качестве возможных в связи с поставленной проблемой, а также любая информация о фактах, которые, будучи изучены с точки зрения соотношения цели и средства, могут помочь в решении проблемы. В таком соотношении известным элементом является средство — подлежащая толкованию норма, а неизвестным — искомая цель. Только те выдвигаемые предположения (гипотезы) относительно цели, где может быть подтверждена способность нормы служить средством достижения данной цели, и образуют узкий круг для выбора толкователем искомой цели.

В связи с этим на объективном телеологическом уровне теряют свой смысл многие гипотезы относительно цели. К примеру, у судьи, в распоряжении которого отсутствует исторический материал для толкования, отпадает такая вероятная гипотеза относительно цели содержащегося в § 578 ABGB фактического признака «собственноручно», согласно которой этот судья должен был бы требовать лишь обыкновенный навык человека в письме. Очевидно, что для этого совершенно непригоден один лишь, хотя и рукописный, документ, который представляет собой завещание. Такая гипотеза абсурдна, а цель заведомо нереализуема уже потому, что несметное число людей вовсе не составляют завещаний, а некоторые делают это однажды или в крайнем случае дважды в их жизни.

Для того чтобы избежать логического круга, следует путем вынесения за скобки отдельных вопросов толкования по возможности ограничить значение подлежащей толкованию нормы узкой областью «ядра понятия», которая не вызывает сомнений при толковании. А затем надлежит приступить к поиску подходящих гипотез относительно цели данной нормы. На основании установленной таким способом цели в благоприятном случае возможно путем дедукции вывести решение проблемы толкования. Возьмем, к примеру, содержащийся в неоднократно дискутируемом предписании о форме завещания признак «собственноручно». Апостериорный вывод относительно заложенной в основе данного признака цели следует делать только после вынесения за скобки критической области понятия «собственноручно». В критическую область в данной ситуации входят случаи составления завещания машинописным и стенографическим способами. Таким образом, сначала следует сделать вывод, принимая во внимание только случай составления рукописного завещания (пусть даже с использованием различных пишущих средств: ручек, перьев, карандашей и пр.). Этот пример представляет собой (если не принимать в расчет существующий исторический материал для толкования) особенно благоприятный случай, когда только одна единственная гипотеза относительно

цели дает серьезное объяснение значению нормы, «очищенной» от отдельных частных сомнений при толковании. При этом такое объяснение не может быть поколеблено какими-либо соображениями о его системной или предметной противоречивости. Такой единственной гипотезой является та, согласно которой цель понятия «собственноручно» состоит в обеспечении возможности проверять подлинность завещания на основании самого документа, в тексте которого изложена последняя воля наследодателя. В этом и заключается абсолютно достаточное и удовлетворительное объяснение требования о «собственноручности» составления завещания.

Следует также отметить, что аргументированный результат объективного телеологического толкования нормы совершенно не зависит от каких-либо личных предпочтений юриста, который принимает решение по делу. Поэтому, например, на результат не может оказать решительно никакого влияния ни то, что судья является субъективным сторонником максимально широкой свободы формы сделок и потому склонен к более мягкой интерпретации предписаний относительно формы завещания, ни то, что судья испытывает отвращение к неизвестным ему и, следовательно, недоступным для его понимания письменным знакам (стенографическим). Все это не играет никакой роли.

Кроме того, подтверждением справедливости описанного подхода и дополнительным аргументом против крайних скептиков является также то обстоятельство, что в приведенном примере с понятием «собственноручно» результат объективного телеологического толкования совершенно совпадает с результатом исторического («субъективного») толкования.

Значительно более сложной является ситуация, когда при объективном телеологическом толковании одновременно несколько выдвинутых гипотез выявлены в виде альтернативы различные цели, каждая из которых способна служить убедительным основанием толкуемой нормы. (Эту ситуацию следует совершенно отличать от того очень распространенного случая, когда в качестве релевантной и потому методологически оправданной предполагаемой цели следует избрать ту, что представляет собой компромисс между несколькими изначально выдвинутыми более общими предположениями относительно цели нормы.) Итак, в указанной ситуации для того, чтобы среди нескольких гипотез относительно цели нормы выбрать одну решающую, также ни в коем случае не требуется немедленно прибегать к «судейскому усмотрению». К таковому стоит обращаться в последнюю очередь. Но прежде надлежит для целей дальнейшего правового отбора гипотез привлечь фундаментальные принципы идеи права, которые, разумеется, будучи значительно опосредованы конкретными правовыми критериями, зачастую позволяют продвинуться вперед в решении проблемы. Для пояснения этого на примерах мы будем вынуждены нередко оставлять в стороне неодно-

кратно нами использованный прежде случай с завещанием, что потребует от нас далее порой более подробного изложения.

3. Телеологическое систематическое толкование

Первым и самым значимым дополнительным критерием выбора между первоначально выдвинутыми пригодными гипотезами относительно цели нормы является фундаментальный принцип правовой системы — принцип справедливости в самом общем и в то же время совершенно непатетическом смысле. Буквально речь здесь идет о принципе соразмерности, сообразно с которым к равному применяется равный масштаб, а неравное обсуждается соответственно выявленному неравенству. (Те, кого не смущает логическая редукция, допускаемая, в частности, при распространении значения соответствующих понятий за пределы конституционного права, предпочитают говорить здесь о конституционно-правовом принципе равенства перед законом, представляющем собой одну из форм закрепления в позитивном праве всеобщего принципа справедливой соразмерности.) Очевидная неполнота этого критерия, в котором не содержится точных критериев для определения равного и неравного, является преодолимой. Такое преодоление возможно посредством того, что в качестве ориентира относительно этого (для оценки равного и неравного) принимаются те «установки» относительно цели или ценности норм, которые отыскиваются уже в другом месте правового порядка, а значит, за пределами толкуемого закона. Следовательно, искомым дополнительным материалом толкования здесь является уже не явное содержание других полезных в систематическом плане норм (*сравни выше с разделом III*), а целевые и ценностные основания таких норм. Предметом изучения должны стать тоже цели и ценности, только изначально заложенные именно в основание других найденных норм. Закрепленная в юридической норме отвлеченная форма (состав) фактического отношения имеет своим ядром возникающее между людьми столкновение (соприкосновение) их интересов, как правило, конфликт интересов в некоей типовой форме. В этой другой привлекаемой норме конфликт интересов представлен в точно таком же либо схожем виде, как и в толкуемой норме, но, разумеется, облекается в несколько иной контекст фактических элементов нормы.

При интерпретации необходимо обращать внимание как раз на тот факт, что соответствующая определенной ценности целевая установка, которая заложена в основание другой систематически релевантной нормы и может быть распознана, будет иметь действительное значение также и при толковании нормы, подлежащей применению. Тем самым будет соблюдено и фундаментальное требование соразмерности. При этом в учении о юриди-

ческом методе говорят чаще всего весьма образно о максимально возможном «избегании противоречий с основными ценностями» как о важнейшей цели толкования. Подчеркнутая относительность выражения «максимально возможном» представляется необходимой, потому что точные (очевидные) противоречия ценностям законодательного регулирования не смогут скрыть никакие методологические тернии, так что по поводу противоречия принципу равенства остается только обращаться с запросом к законодателю либо, смотря по обстоятельствам, в конституционный суд.

Возьмем простой пример: в результате аварии погиб один из ее участников, при этом второй участник является виновником данной аварии. В соответствии с § 1327 ABGB¹² лицо, причинившее вред, обязано возместить близким родственникам умершего, которые являются его законными иждивенцами, «то, что таковые утратили в результате смерти потерпевшего». Следовательно, возмещению подлежит то именно материальное содержание, которое погибший более не может обеспечить иждивенцам. Поскольку ребенок погибшего в момент смерти последнего был в состоянии самостоятельно себя содержать, стало быть, он в этот момент фактически и не получал никакого содержания. Однако спустя некоторое время после смерти отца ребенок теряет свою работу, не имея иных доходов, и, следовательно, был бы вынужден снова прибегнуть к иждивению за счет отца, если бы последний был еще жив. В связи с этим возникает вопрос: чем определяется возможность предъявления близким родственником умершего требования к виновному лицу? Формальным ли наличием действительного законного права родственника на материальное содержание в момент смерти или фактическим состоянием имущественных отношений в семье, исходя из чего право родственника на содержание возникает снова всякий раз при наступлении неспособности такого родственника к самостоятельному обеспечению себе средств к существованию? На этот счет § 1327 ABGB не содержит прямого указания. Однако формулировка данной нормы посредством использования глагола прошедшего времени совершенного вида («утратили») говорит все же скорее в пользу того соображения, что следует принимать в качестве подлежащей возмещению только утрату материального содержания, фактически имевшего место на момент смерти кормильца. В этом контексте можно исходить также из момента вынесения решения по

¹² § 1327. Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so müssen nicht nur alle Kosten, sondern auch den Hinterbliebenen, für deren Unterhalt der Getotete nach dem Gesetze zu sorgen hatte, das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden (В случае, если в результате причинения телесных повреждений наступит смерть потерпевшего, должны быть возмещены не только все расходы близким родственникам, которых умерший был обязан по закону содержать, также должно быть возмещено то, что такие близкие родственники утратили в результате смерти потерпевшего).

делу. Но с принципиальной точки зрения казалось бы подлинным произволом является то, что при абсолютно аналогичном противоположении интересов причинившего вред лица и близкого родственника умершего и прочих равных условиях решающим в деле должно стать то случайное обстоятельство, что близкий родственник умершего непосредственно в момент смерти был способен самостоятельно себя обеспечивать.

Ясность вносит телеологическое систематическое толкование с помощью § 12 Abs. 2 EKGH¹³. Данный закон помимо всего прочего в случае аварии при эксплуатации автотранспортного средства возлагает на владельца такого средства ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности, независимо от вины. Приведенная выше норма направлена полностью к пользе близких родственников, находившихся на иждивении умершего. В качестве основания возмещения вреда отчетливо подразумевается именно правовое положение, из которого могло возникнуть право на материальное содержание, а, следовательно, отнюдь не фактическая потребность в получении содержания на момент смерти. Таким образом, совершенно очевидно, что целью ставится учет любой потребности в материальном содержании независимо от такого случайного фактора, как фактическая актуальность осуществления права на содержание в тот или иной момент времени.

Однако слабые юристы из разряда «буквоедов-формалистов» склоняются в аналогичных случаях к тому противоположному «доводу», что обязанность возмещать вред при возникающей позднее (после смерти кормильца) потребности иждивенца в получении содержания распространяется-де только на случаи, предусмотренные в EKGH (т.е. при эксплуатации средств автомобильного и железнодорожного транспорта). Поэтому в других случаях причинения вреда, в отношении которых будто и действует § 1327 ABGB, дело как раз обстоит иначе. Это совершенно ошибочный вывод. Вопрос времени в § 1327 ABGB законодатель, несомненно, мог решить противоположным

EKGH (Eisenbahn- und Kraftfahrzeug-haftpflichtgesetz) - (австрийский) Закон об ответственности за вред, причиненный при эксплуатации средств железнодорожного и автомобильного транспорта.

§ 12. (2) Stand der Getotete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnis, vermoge dessen er diesem kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem Dritten infolge der Totung das Recht auf Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten insoweit Schadenersatz zu leisten, als der Getotete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewahrung des Unterhalts verpflichtet gewesen ware. Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung gezeugt, aber noch nicht geboren war ((2) Если погибший ко времени причинения ему вреда состоял в таком отношении к третьему лицу, в силу которого он по закону был обязан или мог стать обязанным содержать это третье лицо, и последнее в результате смерти потерпевшего лишилось права на содержание, то несущее ответственность лицо обязано возместить вред данному третьему лицу в таком объеме, в каком погибший в течение предполагаемой продолжительности своей жизни был бы обязан обеспечивать содержание иждивенцу. Обязанность возместить вред наступает также в том случае, когда указанное третье лицо к моменту причинения вреда кормильцу зачато, но еще не родилось).

образом. Но даже не обсуждая, что такое решение было бы вопиющим произволом, следует признать, что законодатель все же не сделал этого, а обсуждаемые здесь вопросы толкования § 1327 ABGB (не решил, но) просто оставил на поверхности. Решающим является тот факт, что конфликт интересов между лицом, причинившим вред, и близким родственником умершего представлен абсолютно одинаковым образом в области применения обеих норм. Поэтому разъясняющая ценность нормы ЕКГН, согласно которой случайный фактор в виде фактической потребности в осуществлении права на содержание не должен иметь решающего значения, в полном объеме пригодна в отношении нормы ABGB. Следовательно, предложить иной ответ на рассматриваемый здесь проблемный вопрос было бы грубым противоречием ценностям, лежащим в основании нормы. Кроме того, тем самым перед лицами, причинившими вред при эксплуатации своего автомобиля, предоставлялось бы некое абсурдное преимущество лицам, виновным в причинении смерти всеми другими способами.

Таким образом, результат телеологического объективного толкования является определенным — решение рассмотренной нами проблемы не вызывает сомнения по меньшей мере с момента вступления в силу ЕКГН.

4. Толкование на основании «природы вещей»

Понятие природы вещей используется в различном и порой неясном смысле. В частности, с помощью этого понятия предпринимаются попытки судить о юридических последствиях нормативного характера непосредственно на основании действительного содержания естественных жизненных условий. В итоге дело сводится к ошибочным «натуралистическим» выводам.

Только два значения понятия природы вещей остаются пригодными для его применения. В первом этим понятием можно обозначать случаи, в которых при формировании правового вывода особую роль играет положение права, описывающее «факты из области применения нормы». К примеру, в качестве исходного пункта можно взять положение права, в силу которого при строительстве допустимо использовать только безопасные для здоровья людей строительные материалы, которые предусмотрены договором. (Это положение может быть прямо закреплено в нормативных правовых актах, определяющих строительные нормы и правила, но может просто представлять собой составную часть общих положений права, требующих уважительного отношения к жизни и здоровью других людей.) В том случае, когда в качестве строительного материала, к примеру, поступает асбест и при этом не имеется никаких сомнений в его безвредности для здоровья, то на основании вышеупомянутого положения права и описательного суждения о безо-

пасности асбеста можно сделать вывод о том, что данный материал разрешен к использованию при строительстве. Полученное конкретное (т.е. непосредственно относящееся к проблеме) положение права выведено путем дедукции из исходной нормы права. Но данное конкретное правило будет сохранять силу только до того момента, когда вдруг станет известно об опасности данного асбеста для здоровья людей. С такого момента совершенно без какого-либо изменения исходной нормы следует вывести уже противоположное конкретное положение права о том, что асбест в качестве строительного материала недопустим к использованию. *(Аля упрощения дела здесь не принимаются во внимание, например, случаи незначительного и безопасного добавления асбеста в другой строительный материал?)*

В приведенном примере «природа вещей» не имеет самостоятельного нормативного значения. Вследствие обусловленности права фактами действительной жизни действие соответствующих положений права и их обоснование должны быть в наибольшей мере поставлены в зависимость от сведений фактического характера. Последними могут быть, как в описанном случае, сведения об «общих фактах из области применения нормы» или, если речь идет о решении какого-либо конкретного случая, сведения об установленных конкретных (единичных) фактах. Если сведения о фактах окажутся ложными, например, по причине дачи свидетелями ложных показаний в конкретном деле, то ложным следует признать и сам правовой вывод, сделанный на основе таких сведений. Правда, в рамках процессуального права фактически ложный юридический вывод в результате вступления судебного решения в законную силу все же может стать формально неоспоримым. Тем не менее упомянутые посылки при выработке конкретной правовой нормы могут и полностью соответствовать действительности, а потому быть пригодными для обсуждения.

Но обо всем этом речь может идти в том случае, когда «природа вещей» выступает в качестве вспомогательного средства интерпретации. При толковании, а именно при выяснении значений в области «периферии» понятий и выражений, употребленных в норме, природа вещей может также играть фактически разъясняющую роль, если она не приравнивается к простому описанию явления, а раскрывает определенное нормативное содержание этого явления. Однако это возможно только в том случае, когда данное явление представляет собой типичное жизненное отношение. При этом имеется в виду такое жизненное отношение, которое часто и в неизменном виде встречается в действительности человеческого общежития и получило посредством соответствующего регулирования юридическое признание в качестве «правового института». Такими отношениями являются, например, договор, собственность, семья и т.д., но ни в коем случае не дружба, которая не подлежит правовому регулированию и не имеет юридического значения.

Если правовое регулирование вопросов толкования указывает на необходимость объективного телеологического решения, то представляется возможным выделить те мыслимые гипотезы относительно цели нормы, которые согласно общему представлению, в том числе представлению участвующих в споре лиц, наилучшим образом соответствуют положительной функции данного института. Это вполне обоснованно, ибо во всяком случае институт является юридически признанным. Положительная функция в свою очередь позволяет подвести фактическое отношение под те случаи применения института, которые воспринимаются участвующими в отношении лицами как нормальные или по меньшей мере как устойчивые или неискаженные. Согласно общей нормативной максиме о целесообразности рекомендуется выбирать именно то толкование, которое наилучшим образом способствует положительной функции юридически признанного типового жизненного отношения или наименьшим образом ему вредит. Кратко говоря, это определяется характером практических действий самих сторон в рамках существующего между ними отношения.

Некоторые примеры, иллюстрирующие сказанное, весьма банальны. Нигде в законе не предусмотрено, что для договора купли-продажи, заключаемого в магазине, местом исполнения признается именно магазин, а срок исполнения обозначается словом «немедленно». Само собой также понятно, что местом исполнения наемным работником своих трудовых функций в отсутствие иной договоренности является место нахождения организации, в штат которой этот работник зачислен.

Необычный в этом смысле пример дает решение австрийского OGH¹⁴ по вопросу об обязанности представления отчета В отношении доверенного лица или участника общества, наделенного организационно-распорядительными функциями, а также родителей и опекунов и пр. специальные предписания устанавливают обязанность представления отчета. Все обязывающие к этому специальные нормы выражают общую руководящую идею о том, что каждый, кто уполномочен управлять полностью или же в части чужим имуществом, обязан представлять владельцу данного имущества (с приложением необходимых подтверждающих документов) отчет о совершенных сделках с вверенным имуществом, о состоянии и результате таких сделок. Подобный отчет, как правило, содействует подготовке или ревизии соответствующих имущественных притязаний. Посредством аналогии права, или общей аналогии (*об этом позднее*) обязанность представления отчета распространяется на все случаи, подобные описанным выше, даже если такая обязанность прямо не предусмотрена законом.

В упомянутом конкретном деле также был представлен соответствующий отчет. Однако управомоченный утверждал, будто полученный им от-

OGH (Oberster Gerichtshof) - Верховный суд Австрии.

чет является неверным, и требовал по иску от ответчика представления второго, на сей раз «правильного» отчета. Категорическая ссылка ОГН на природу вещей при отклонении данного иска кажется на первый взгляд довольно неожиданной. Но при критическом разборе ситуации следует признать такое решение правильным. Право требовать представления отчета имеет подготовительный, или служебный (вспомогательный), характер. Подобный отчет должен отражать информацию, которая даст управомоченному возможность, например, узнать о возникновении у него прав на получение доходов или необходимости предъявления требования о возврате вещи (виндикации), а также осведомиться о существующих в отношении его имущества притязаниях или отразить предъявленные к нему требования о возмещении убытков. В случае, если такой управомоченный предъявляет иск об обязанности ответчика представить повторный отчет, то ему необходимо прежде доказать, что именно и в какой мере было неверным в первом отчете. На основании природы вещей в рассматриваемом смысле следует заключить, что если управомоченный сумел доказать эти факты, то он уже обладает необходимым объемом информации и доказательств для предъявления требований о взыскании дохода и т.д. Следовательно, несмотря на полученный неверный отчет, управомоченное лицо уже не нуждается в получении повторного, исправленного. Поэтому хотя содержание обязанности предполагает представление правильного (достоверного) отчета, то даже если таковой не был представлен, при анализе описанной ситуации требование о представлении повторного, исправленного отчета расценивается как бесполезное. В самых крайних случаях такой иск может быть квалифицирован даже как злоупотребление правом. В рамках правоотношения, которое ранее выполняло и сейчас удовлетворительным образом выполняет свою функцию, совершенно естественно могут произойти случайные ошибки, поэтому следует требовать не предъявления повторного отчета, а устранения последствий первого отчета непосредственно путем корректировки расчета требований о взыскании дохода и т.д. К тому же всегда допустимо потребовать возмещения убытков, возникших в результате ошибок в отчете. Таким образом, не проясненный законом вопрос о том, как часто допустимо требовать представления отчета, если существуют сомнения в правильности ранее представленного, следует решать на основании «природы вещей» в пользу однократности представления. Бесполезный иск может с высокой вероятностью уничтожить само по себе хорошо функционирующее правоотношение, по поводу которого и возникает обязанность представления отчета.

Существуют также другие примеры. Предписания об обязанности супругов к совместному проживанию и об обязанностях доверительного характера

в отношениях между участниками общества следует интерпретировать в рамках объективного телеологического толкования в такой мере, которая в каждом случае будет выполняема в действующем браке и соответственно в функционирующем обществе.

5. Толкование с помощью *argumentum ad absurdum*¹³

В узком смысле об *argumentum ad absurdum* говорят, когда результат размышления оказывается в противоречии с исходным предположением. Аналогичным образом дело обстоит и применительно к толкованию. Правопорядок представляет собой известное правовое сообщество, а потому отдельные элементы правопорядка должны по возможности находиться в гармонии с господствующим в данном сообществе правосознанием. Критерий подавляющего большинства при отрицании, которое в «плюралистическом обществе» происходит в смысле негативного консенсуса (*negative Konsens*), является здесь достаточным. Так, например, для отрицания достаточно согласия почти всех более или менее разумных и принципиально признающих правопорядок членов правового сообщества без учета их общих идеологических установок. При этом, конечно, должно также подразумеваться, что такой консенсус не является прямым следствием нехватки информации или результатом соответствующего манипулирования со стороны средств массовой информации. Если имеются достаточные основания для принятия такого негативного консенсуса за известный результат толкования, то в процессе толкования допустимо сделать уже упомянутое выше заключение *ad absurdum*. Разумеется, при этом необходимо отдавать себе отчет в том, что здесь речь идет только об отдельной операции в рамках методологической правовой работы, а конкретнее — в рамках объективной телеологической интерпретации определенных предписаний или проблем. Следовательно, не должно быть оснований для опасений, что решающее воздействие при отправлении правосудия могут иметь соответствующие эмоции большинства, подверженного политическому манипулированию или влиянию со стороны СМИ. В пользу признания обсуждаемого критерия толкования, несмотря на его ограниченное соответственно применение, говорит фундаментальный принцип стабильности права в двойном смысле. То, что недвусмысленно отрицается большинством членов правового сообщества, не должно признаваться последствием, вытекающим из их правопорядка. Напротив, подобное последствие будет представляться

¹³ *argumentum ad absurdum* (лат.) - заключение по противоположности, или заключение от противного. (Примеч. пер.)

неожиданным и непредвиденным для сообщества. Более того, наличие такого последствия способно настолько исказить общественное правосознание, что это подорвет реальную эффективность правопорядка в целом, а, значит, мера соблюдения правопорядка в отсутствие соответствующего принуждения значительно понизится.

Важный пример в этом смысле представляет собой причинная связь как условие наступления ответственности в виде возмещения убытков. Центральная норма об ответственности за причинение вреда (§ 1295 ABGB) определяет, что лицо, действовавшее виновно, обязано возместить все причиненные его виновными действиями убытки. *{Аналогичные положения содержат нормы об ответственности без вины при наступлении соответствующего основания?}* Современное уточненное и принципиально удачно обоснованное понимание причинной связи (каузалитета) как условия ответственности состоит в том, что одно обстоятельство (виновное действие) признается причиной другого обстоятельства (вреда) в том случае, если при мысленном устранении первого второе также отпадает *{conditio sine qua non¹⁶}*, или условная связь). Ставшие уже историей представления о причинности, которые первоначально были заложены в основание норм закона и в свое время имели юридическую силу, были довольно туманными и, пожалуй, значительно сужали область применения норм. Об этом, в частности, свидетельствует конструкция «*casus mixtus*», сохранившаяся в § 1311 ABGB¹⁷.

Правда, даже уточненное понятие причинной связи, если его не подвергнуть некоторой корректировке, может привести к весьма странным результатам. Рассмотрим один пример. Участник дорожного движения, совершив небольшую ошибку, оказался виновным в незначительной дорожной аварии. Вследствие возникшей задержки во время поездки у второго участника аварии появляется угроза пропустить срок важной для него сделки. Поэтому он отправляется ближайшим рейсом на самолете, но при посадке в месте назначения с данным пассажиром происходит на борту несчастный случай и он получает травму. В результате прибыльная сделка все же срывается. Позднее на пути домой из больницы вор крадет у этого несчастного бумажник. А один знакомый, навещавший пострадавшего товарища в больнице, зара-

conditio sine qua non (лат.) - неременное условие. (Примеч. пер.)

¹⁷

§ 1311. Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt; hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten; oder, sich ohne Not in fremde Geschäfte gemengt; so haftet er für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre (Вред от простого случая падает на того, чье имущество или чья личность такой случай затрагивает. Но если кто-либо обусловил наступление простого случая своим виновным действием, нарушил закон, направленный на предупреждение случайного вреда, либо без необходимости вмешался в чужую сделку, то данное лицо несет ответственность за все негативные последствия сверх тех, которые наступили бы только в результате его действий).

зился там инфекционной болезнью, которая вскоре передалась членам его семьи и коллегам по работе. Поскольку один из заразившихся коллег оказался не в состоянии вовремя навестить своего богатого дядюшку (от которого ждут наследства), то он по этой причине лишился солидного легата. Эта часть наследства в итоге была предоставлена другому племяннику, а последний по случаю такой радости напился сверх меры, что привело к тяжелой автомобильной аварии с многочисленными повреждениями и крупным имущественным ущербом. Эту историю можно продолжать сколько угодно. А вот еще один короткий пример: противоправное виновное поведение некоего А (совершение супружеской измены или изнасилования) приводит к зачатию ребенка. Этот ребенок или его потомки, к примеру, став преступниками, причиняют в течение своей жизни многочисленный ущерб.

Стало быть, виновник первой автомобильной аварии и соответственно отец ребенка обязаны нести ответственность за все указанные негативные последствия? Ведь эти убытки не могли возникнуть, не будь их виновных действий.

Из различных критериев ограничения ответственности в данном случае необходимо прибегнуть лишь к критерию «адекватности» и только ради привлекаемой с его помощью аргументации. Для раскрытия понятия примем во внимание самое существенное. В этом смысле адекватность означает, что последствия в виде причиненного вреда могут быть квалифицированы в качестве основания ответственности только тогда, когда таковые во время их возникновения после совершенного действия рассматриваются (с большой долей вероятности) как первичные (неотъемлемые) следствия этого действия с позиции особо квалифицированного и осмотрительного судьи. Таким образом, данные последствия должны возникнуть не просто вследствие одного лишь совершенно случайного, неожиданного стечения обстоятельств, даже если подобное стечение было обусловлено виновными действиями.

Уже с помощью этой дополнительной ограничительной предпосылки ответственности, которая исключает простую причинность (обусловленность), может быть однозначно отсечено большинство обозначенных выше негативных последствий. Описанные выше и иные многочисленные примеры позволяют также понять, почему критерий адекватности в современной судебной практике относительно редко применяется в его однозначном смысле. Во многих аналогичных и ясных случаях вообще никому в голову не приходит предъявить исходному виновнику требование о взыскании столь «отдаленных» убытков. Начиная приблизительно с третьего в цепочке потерпевшего лица, как правило, никто не знает полной предыстории случившегося. Более того, таким потерпевшим в силу действия принципа адекватности совершенно не требуется интересоваться всей предысторией. Поэтому только согласно точке зрения, которая сводит всю правовую

жизнь к процессу, можно утверждать о ничтожно малом практическом значении критерия адекватности.

На деле эта точка зрения заключается в том, что современное уточненное понятие причинной связи сводит решение вопросов ответственности к множеству неясностей и узким историческим представлениям о непосредственном (ближайшем) причинении вреда. Поэтому такое понимание является продвижением вперед лишь на один мизерный и фрагментарный шаг.

В качестве основного контраргумента против такого толкования понятия причинной связи как условия ответственности обычно непременно подчеркивается, что в противном случае ответственность стала бы безграничной, полностью случайной, а также неконтролируемой и непредсказуемой в ее наступлении. Подобная ответственность стала бы к тому же совершенно несоизмеримой с объективно признаваемой и оттого мотивационно значимой общественной опасностью недозволенного действия (а нередко и с виной лица, причинившего вред).

Однако необходимая часть контраргумента по какой-то причине остается обычно невысказанной. Именно эта безграничность и случайность ответственности находят свое всеобщее отрицание со стороны всех членов юридического сообщества, включая не совсем последовательно и формалистично мыслящих юристов. Мотивом такого отрицания является страх перед угрозой полной капитуляции права перед случайностью.

Таким образом, узкое толкование с помощью критерия адекватности понятия причинной связи как условия ответственности представляет собой сильный и важный пример рестриктивного (ограничительного) объективного телеологического толкования с помощью *argumentum ad absurdum*. В качестве другого примера может служить, в частности, случай возмещения расходов недобросовестным владельцем в соответствии с § 336 ABGB¹⁸. Указание этого параграфа на нормы о ведении дел без поручения при содействии влиятельной доктрины может быть понято таким образом, что с произведшим все необходимые затраты недобросовестным владельцем следует обходиться так же, как с добросовестным. Однако указанным для такого вывода основаниям имманентны ненадежность и неосновательность. Поэтому в данном случае без сомнения имеет силу *argumentum ad absurdum*: ни один разумный человек не мог бы понять и одобрить того, что в упомянутой конкретной ситуации правопорядок обращался бы с недобросовестным лучше, чем с добросовестным.

¹⁸ § 336. Hat der unredliche Besitzer einen Aufwand auf die Sache gemacht, so ist dasjenige anzuwenden, was in Rücksicht des von einem Geschäftsführer ohne Auftrag gemachten Aufwandes in dem Hauptstücke von der Bevollmächtigung verordnet ist (Если недобросовестный владелец понес в связи с вещью расходы, то к нему следует применять правила, предусмотренные в основном разделе о представительстве в отношении лица, действовавшего в чужих интересах без поручения и понесшего соответствующие расходы).

6. Толкование в соответствии с иерархией правовых норм и при коллизии норм

Эта важная разновидность телеологического систематического толкования направлена на согласование подлежащих толкованию норм с формально более приоритетными нормами объективного права. Наиболее ярким примером здесь является толкование «простых» («обычных») законов на их соответствие конституции и интерпретация внутреннего права на его соответствие европейскому праву. Здесь речь идет не просто о недопущении противоречий норм заложенным в их основу ценностям, а о максимально возможном устранении содержательных противоречий между нормами различных уровней формальной иерархии. В коллизию могут вступать не основные ценности, а само содержание норм. Недопущение, насколько это возможно, такой коллизии является здесь главной целью толкования. Эта цель не зависит от конкретных и доказуемых замыслов исторического законодателя, более того, эта цель объективно прочно соединена с выделением уровней позитивного права. Конечно, всегда подразумевается, что подчиненные нормы предоставляют соответствующий простор для толкования таким образом, что найденное решение лежит в пределах границ соответствующего закона. Значит, формально нижестоящая норма способна противоречить вышестоящей только в собственных содержательных пределах ее возможного толкования. Это необходимо учитывать, когда такая нижестоящая норма становится объектом толкования в соответствии с приоритетом норм.

Превышающие такие пределы противоречия, следовательно, не устранимые путем толкования, должны быть первоначально разрешены самим законом и в предусмотренном для этого порядке. Следовательно, устранение таких противоречий определяется посредством исправляющих предписаний о недействительности, отмене или неприменении соответствующих подчиненных норм. Такие предписания нельзя обречь на тщетность и иллюзорность путем неограниченного «конформного толкования»¹⁹, которое

Конформное **толкование** (от нем. *konforme Auslegung*) представляет собой метод толкования, используемый в случае коллизии норм одинакового формального уровня, ни одна из которых не имеет приоритет в применении перед другой. Суть конформного толкования заключается в том, что приоритет отдается той из норм, которая в наибольшей степени соответствует правовому акту более высокого формального уровня, например конституции. (Примеч. пер.)

Следует отметить, что метод конформного толкования может быть использован при применении российского законодательства. В качестве примера рекомендуемого применения конформного толкования можно привести случай коллизии норм Земельного кодекса РФ и Федерального закона «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» (далее - Вводный закон), регулирующих статус приобретенных прав на земельные участки. Так, в соответствии с п. 3 ст. 20 Земельного кодекса РФ «право постоянного (бессрочного) пользования находящимися в государственной или муниципальной собственности земельными участками, возникшее у граждан или юридических лиц до введения в действие настоящего Кодекса, **сохраняется**». Однако п. 2 ст. 3 Вводного закона предписывает, что «юридические лица, за исключением указанных в пункте 1 статьи 20 Земельного кодекса РФ юридических лиц, **обязаны переформировать** право постоянного (бессрочного) пользования земельными участ-

в силу такой неограниченности перестает являться собственно толкованием и принимается за изменение содержания подчиненных норм.

Однако в рамках деятельности по толкованию конформной интерпретации следует отдать предпочтение перед недопустимым обращением с подчиненными нормами как с недействительными или их отменой. Конформное толкование позволяет избегать противоречий, но, кроме того, поддерживает справедливые надежды юристов на прочность юридической силы квалифицированно разработанной и принятой нормы (стабильность права) и не влечет в правовом порядке никакой ломки в виде неравного обращения с адресатами норм *до* и *после* отклонения подчиненных норм решением уполномоченной инстанции, в частности конституционного суда (справедливая соразмерность).

Таким образом, речь идет о минимизации трудностей, неизбежно возникающих вследствие наличествующих или пока потенциальных противоречий между нормами, при этом такие противоречия не могут быть сохранены в единой правовой системе. Хотя и является дискуссионным, но не имеет значения вопрос о том, идет ли при этом речь о противоречиях в узко логическом смысле. Поскольку никто не может одновременно следовать противоположным велениям норм, сами противоречивые нормы оказываются вообще неспособными выполнять их главную задачу, а именно служить ориентиром человеческого поведения. Поэтому в юридической непригодности противоречащих друг другу норм сомневаться не приходится.

Сказанное имеет силу также в том случае, если обнаруживается противоречие между формально равноуровневыми (равнозначными) нормами, для кото-

ками на право аренды земельных участков или приобрести земельные участки в собственность, религиозные организации, кроме того - переоформить на право безвозмездного срочного пользования по своему желанию до 1 января 2008 года в соответствии с правилами статьи 36 Земельного кодекса Российской Федерации... При продаже зданий, строений, сооружений, расположенных на земельных участках, предоставленных юридическим лицам (за исключением указанных в пункте 1 статьи 20 Земельного кодекса Российской Федерации юридических лиц) на праве постоянного (бессрочного) пользования, право постоянного (бессрочного) пользования земельными участками подлежит переоформлению на право аренды земельных участков или земельные участки должны быть приобретены в собственность в соответствии с положениями Земельного кодекса Российской Федерации по выбору покупателей зданий, строений, сооружений». Совершенно очевидна прямая коллизия между нормой Земельного кодекса РФ, гарантирующей сохранение приобретенных прав у граждан и юридических лиц, и нормой Вводного закона, обязывающей «переоформить» приобретенные права, т.е. по сути прекратить последние путем замены их новыми. В данном случае обе рассматриваемые нормы закреплены в федеральных законах, находящихся на одном формальном уровне иерархии нормативных правовых актов. Кроме того, ни один из классических приемов толкования фактически неприменим (в том числе, например, «*lex specialis derogat lex generalis*» или «*lex posterior derogat lex prior*»). В данной ситуации именно конформное толкование позволит выявить приоритет одной нормы перед другой. Согласно данному методу предпочтение в применении следует отдать той норме, которая наиболее соответствует Конституции РФ. В силу п. 3 ст. 35 Конституции РФ «никто не может быть лишен своего имущества иначе, как по решению суда». Право постоянного (бессрочного) пользования земельным участком является имущественным правом, а значит, согласно ст. 128 Гражданского кодекса РФ несомненно, относится к имуществу. Таким образом, норма п. 2 ст. 3 Вводного закона прямо противоречит Конституции РФ, в отличие от «конформного» содержания нормы Земельного кодекса РФ. Поэтому именно последняя должна подлежать приоритетному применению. (Примеч. ред.)

рых не действуют никакие правила устранения коллизии. В данном случае остается только возможность устранить или сократить противоречие с помощью общих правил толкования, поскольку эти правила в конкретной связи могут быть все же полезными. Однако если это не удалось, то обе противоречащие друг другу нормы следует считать неприменимыми. В связи с этим будет целесообразно также квалифицировать эти нормы как недействительные. Юридические теории, которые, не взирая на блокирование функций противоречащих друг другу норм, оспаривают последнюю приведенную квалификацию, несостоятельны с точки зрения выводимых из них практических последствий.

Следует еще отметить, что для толкования европейского права, естественно, не могут быть предложены какие-либо особые методологические правила. Конечно, Европейский суд (EuGH) особенно подчеркивает цель толкования «*effet utile*»¹⁰. В этом смысле имеется в виду не что иное, как обыкновенное телеологическое толкование. Однако в европейской судебной практике такое толкование выполняется нередко в централистском смысле, т.е. при широкой компетенции и максимальной возможности решающего влияния европейских инстанций или европейского права, отчасти даже без реального учета кодифицированного национального права и его обязательности. В частности, Европейский суд (EuGH) вопреки четкому различию в «первичном» европейском праве между постановлениями (*Verordnungen*) и директивами (*Richtlinien*), из которых только первые имеют непосредственное действие, а вторые требуют их внутринациональной имплементации, провозгласил, что в отношении отдельных государств могут быть непосредственно применены также и директивы (по слухам, по решению большинства голосов в Европейском суде).

Пожалуй, любое различие правовой регламентации в отдельном государстве по какому-либо поводу, по крайней мере из-за возрастающей информационной потребности, может рассматриваться как препятствие для свободного экономического оборота на внутреннем рынке ЕС. При таком положении правосудие Европейского суда (EuGH) почти не имеет больше видимых очертаний. Стоит надеяться, что от такого, безусловно, односторонне понимаемого телеологического толкования вскоре откажутся и на европейском правовом уровне на фоне уже затихающей эйфории централизации и под давлением возрастающей рабочей нагрузки на суд постепенно перейдут к нормальному телеологическому методу как одному из конструктивных институтов. Максимально возможная компетенция европейских инстанций или максимально возможная сфера их влияния, согласно тексту европейского первичного права и явному намерению его составителя, ни в коем случае не были руководящей правовой целью.

effet utile (фр.) - принцип полезного эффекта. {Примеч. пер.}

7. Сравнительно-правовое толкование

Если следовать той юридической теории, согласно которой право исчерпывается только автономными продуктами воли определенных государств или надгосударственных объединений и соответственно их законодательных органов, то следует прийти к выводу, что иностранное право, которое ранее рассматривалось некоторыми даже как простой «факт», ничем не может помочь в применении соответственно собственного права. Однако дело все же обстоит иначе, если рассматривать правовые порядки как различные попытки конкретизации универсальных фундаментальных принципов правовой идеи, т.е. справедливости, стабильности права и целесообразности. Следом напрашивается мысль о том, что возникающие неясности или пробелы в собственном правовом порядке необходимо устранять посредством привлечения ясных и хорошо испытанных конкретизаций других правовых порядков к конкретной поставленной проблеме, прежде чем переходить к свободному судебскому усмотрению. Компаративистика в таком смысле может играть еще и солидную методологическую роль в применении права помимо ее сугубо научно-познавательного значения и пригодности в качестве надежного вспомогательного средства рационализации законотворчества. Компаративистика может также получить статус контролирующей и при необходимости подтверждающей инстанции по вопросу о пригодности определенных гипотез толкования с точки зрения всеобщей практической целесообразности, а в сфере родственных сообществ — с оглядкой на имеющееся и потенциальное правосознание коллег по юриспруденции в этих странах. Но рекомендуется быть очень осторожным. Прежде всего не следует поддаваться некоторым сравнительно-правовым искушениям. Так, определенные решения в правовых порядках больших и влиятельных государств («правовой империализм») или также просто одинаковые решения в правовых порядках математически большего числа государств, возможно переписавших все друг у друга, не следует сходу рассматривать как наиболее предпочтительные. Также недопустимо произвольно привлекать к делу непропорционально обширные правовые порядки только потому, что они как раз более знакомы соответствующему компаративисту. Напротив, надлежит искать, насколько это возможно, конструктивное и принципиально лучшее сравнительно-правовое решение, которое вместе с тем может по своему содержанию быть гармонично встроено в систему собственного правового порядка. Сравнительно-правовая аргументация должна привлекаться с решающей целью, а не выполнять одну лишь контрольно-подтверждающую функцию, тем более когда такая аргументация является слишком неясной и противоположной по отношению к коренящимся в собственном правовом порядке доводам в пользу отыскания в этой системе более обоснованного решения. В против-

ном случае при привлечении иностранного права существует угроза привнесения в собственный правопорядок напряженности или противоречий, равно как и эффекта внезапности, что представляет собой большую опасность, чем без этого имеющиеся зачастую исторически выросшие или соответствующие различным национальным предпочтениям либо также основанные на различных уровнях рефлексии международно-правовые различия.

Согласно идеальным представлениям эти различия сами по себе, конечно, образуют камень преткновения. Вероятно, давно отмечен тот поразительный факт, что справедливость (а точнее — конкретизация справедливости) по одну сторону Пиренеи бывает совсем иной, чем по другую. Поэтому в данном смысле преимущество правовой унификации положительного материала, обусловленной интенсивными международными экономическими связями и проведенный в соответствующих правовых сферах, несомненно, является значительным. Яркий тому пример представляет собой Венская конвенция²¹. Также здесь следует упомянуть о планах по европейской унификации частного права. При этом речь идет о законах (продуктах законотворчества), а не об интерпретационных анклавах иностранного происхождения. Все же и здесь следует в противовес эйфории отметить, что ценой международно-правовой унификации зачастую может стать внутренняя правовая разобщенность, характеризующаяся множеством пока неунифицированных правовых сфер. Кроме того, существует опасность того, что скорее всего унификацию возможно будет произвести лишь на основе самого минимального общего знаменателя. А такой знаменатель имеет тенденцию сводить все скорее к слишком простым или псевдопрагматическим решениям, нежели к конструктивным, принципиально убедительным и продуманным. Подобные решения облачаются нередко в очень простые формулировки закона. Однако позднее при попытке решить конкретную проблему оказываются чрезвычайно смутными и потому малополезными.

V. Толкование в особо затруднительных случаях

1. Предварительные замечания

Особо затруднительные правовые проблемы характеризуются тем, что значимые аргументы интерпретации, извлекаемые на различных методологических уровнях толкования (а иногда также на одном уровне), включая объективный телеологический, в значительном объеме рассыпаются на множество различных вариантов толкования. При этом подразумевается, что обсуждаемое ниже

Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.).

соотношение методов интерпретации согласно их приоритету²² само по себе еще не приводит ни к какому пригодному решению, которое, с одной стороны, устраняет проблему неясности соответствующих правовых норм применительно к конкретному фактическому составу, а с другой стороны, не вызывает проблемы противоречия общим целям и принципам права. Простых или вовсе механических рецептов решения сложных проблем здесь, естественно, не существует. Однако прежде чем искать выход из тупика с помощью судебного усмотрения, представляется возможным и обоснованным прибегнуть еще к сводному анализу и проверке всех различных линий правовой аргументации, которые были до сих пор рке намечены или еще могут быть выявлены.

Ударение при этом приходится на слово «правовой». Любая прочая аргументация, которая воспроизводит субъективные личные либо групповые преференции (интересы), не основываясь на праве или даже вопреки праву, всегда подавляется путем противопоставления с противоположными преференциями того же рода. Поэтому рациональное правосудие является возможным только при соответствующем ограничении круга пригодных для решения спора аргументов. Следовательно, имеющие значение и поэтому подлежащие изучению аргументы нормативного характера должны быть выводимы из всех системных уровней права и при помощи всех методологических критериев. При этом право следует понимать в широком смысле. К нему нужно относить не только закрепленные позитивным правом нормы, но и лежащие в их основе цели, а равно и целые правовые институты и всю юридическую материю высших уровней принципов права, включая фундаментальные принципы «правовой идеи», имеющих универсальное действие и описывающих общие цели права.

С учетом выдвинутых предположений проблема анализа естественным образом смещается на объективный телеологический уровень. К тому же другие методы толкования, как по отдельности, так и комплексно, уже были использованы без достаточного успеха. Разумеется, это относится и к объективному телеологическому толкованию в том смысле, о котором говорилось выше. Следовательно, теперь существует потребность в объективном телеологическом толковании с новым дополнительным критерием качества, более высокого качества. До сих пор мы оперировали понятием «цель закона» в упрощенном практическом смысле. Такой подход возможен, поскольку в целом клубке различных целей, лежащих в основе закона, решение зависит только от одной, имеющей непосредственное значение для проблемы, в то время как другими целями допустимо пренебречь. Одна выделяемая цель вполне может

²² Имеется в виду прием, при котором результат толкования, полученный с помощью одного метода, ставится под сомнение и подвергается необходимой «контрольной» проверке с помощью другого, более приоритетного метода.

стать также компромиссом между наметившимися первоначально противоположными трактовками целей закона. Подобный компромисс способен разъяснить подлежащие толкованию нормы либо интересующий признак фактического состава в содержании нормы. Вследствие этого первоначальные коллизии целей закона и их трактовок можно уже не принимать во внимание.

Рассмотренное упрощение, осуществляемое путем привлечения к решению проблемы одной-единственной релевантной цели закона, должно быть все же отвергнуто в той ситуации, когда проблема попадает в область коллизии большого числа разных исходных ценностей или исходных целей и не может быть однозначно решена на основании толкуемого закона вкупе со всем его систематическим и историческим контекстом. Несмотря на то что закон сам по себе является, несомненно, известным компромиссом, решающий вопрос все же может остаться открытым: в какой мере пользуется приоритетом та или иная ценность, заложенная в основание нормы и вступающая в коллизию с другими, при решении конкретной проблемы? Все это будет вскоре подробнее продемонстрировано на одном примере (имеется в виду пример проблемы фактического состава, а не ее решения). А для решения проблемы будет введено понятие «взвешивание (оценка) принципов» в качестве приема объективного телеологического толкования более высокой пробы.

2. Комплекс спорных вопросов и юридические теории

Прежде следует все-таки отметить, что различные, особенно спорные, юридические вопросы уже на уровне фактического состава распределяются по своеобразным дифференцированным блокам. Это объясняется тем, что решение возникающих конкретных вопросов толкования зависит также от сопряженных с ними предварительных, смежных и последующих частных вопросов, сложность которых сама по себе может быть достаточной, чтобы спровоцировать расхождение мнений. Можно только вообразить, какое поле связанных друг с другом проблем представляют собой нормы о сделках, а особенно договорное право. Не остается ничего другого, как всю совокупность аргументов, выдвигаемых и отыскиваемых в пользу каждого основного варианта решения главной проблемы, скрупулезно примерять ко всем частным проблемам. При этом следует проводить тщательный анализ, чтобы выявить, какая именно часть этой конкурентной совокупности в наибольшей степени гармонирует с неоспариваемым содержанием права и в наименьшей степени вступает в коллизию с нормами и принципами права. В том случае, если в защиту каждого из различных мнений могут быть выдвинуты содержательные правовые аргументы, едва ли возможно избежать упомянутой коллизии при решении того или иного частного вопроса. Потому наиболее обоснованным является

тот вариант толкования, который в наименьшей степени вступает в коллизию с устойчивыми элементами права и, в частности, с имеющими глубокое системобразующее значение принципами права. Более того, даже высококласные и проницательные юристы нередко могут быть различного мнения по тому или иному вопросу толкования. Поэтому любой, кому предстоит решать эту проблему, неизбежно должен сформировать собственное юридически обоснованное мнение путем критического анализа состояния соответствующей дискуссии применительно к устойчивому содержанию права.

В тех случаях, когда речь идет о том, чтобы привести основную проблему, включая ее предварительные, побочные и последующие частные вопросы, к единому решению, которое будет системно и содержательно согласовано, принципиальные основания подобного решения, как правило, именуется в юриспруденции (догматическими) «теориями». Теории призваны решать многообразные и обширные вопросы в соответствующей проблемной области на основе согласованных исходных представлений. При этом теории нацелены на то, чтобы, не нарушая содержания правовых норм, объяснять соответствующие решения на основе принципов и целей права и извлекать из последних непротиворечивые и полезные решения дискуссионных проблем.

Противоположные друг другу теории необходимо критически проверять на предмет того, какая из них наилучшим образом соответствует описанным выше требованиям. В этом смысле можно обсуждать существующие: например, в учении о сделке теорию воли, теорию волеизъявления, теорию доверия и комбинационные теории. Из других отделов права можно упомянуть еще теорию адекватности и теорию эквивалентности при исследовании причинной связи как условия юридической ответственности. В том же ключе можно говорить о различных теориях юридических лиц, о теории единства и теории разделения, различающей притязания из неосновательного обогащения в результате исполнения по сделке (*Leistungskonditionen*) и общее притязание из неосновательного обогащения.

Менее пригодными для применения на практике являются решения на основании теории, когда вопросы о формировании и проверке последней являются пока предметом обсуждения и строятся на основе других дискурсивных теорий, пытающихся добыть искомые нормативные тезисы путем свободной полемики (прибегая нередко к мнимым предположениям). Это влечет за собой опасность ухода проблемы в бесконечную плоскость. Разновидность дискурсивной теории, которая в силу следования принципу «связанности правом» понимает юридический дискурс как «особый случай» и состоит из ограничительных правил аргументации, все же необычайно сходна именно с тем общепринятым в юриспруденции подходом к решению особо затруднительных проблем, который описывался ранее. Не может

быть ни малейшего сомнения в том, что широкая дискуссия компетентных лиц является лучшим средством для построения максимально полной аргументации к решению определенной проблемы.

Некоторыми отрицается обоснованность применения понятия «теория» к юридическим усилиям догматического характера. Это мнение иногда несправедливо высказывается также в отношении тех случаев, когда в силу относительной узости проблемы ведут речь о «мини-теориях». Теория представляет собой совокупность положений, которые не противоречат друг другу, одна часть которых выводима из другой части этих положений, при этом такие положения могут быть отчасти проверены. Помимо этого такие положения указывают на проектный характер, т.е. на умозрительный элемент. Наконец, эти положения призваны указать возможный путь к дальнейшему познанию и должны достигать поставленной цели, если и поскольку они впоследствии выдерживают экспериментальную проверку на практике и пользуются последующим признанием.

В юриспруденции система положений теории охватывает идеализированную проекцию соответствующих правовых норм в сочетании с известными целями и принципами права. Такая система формулирует гипотезу относительно цели или принцип разрешения основного вопроса толкования (и, если необходимо, для контекстных вопросов) и обеспечивает дедуктивную выводимость решений в отношении встречающихся конкретных типов фактических составов и (показательного) единичного случая. Вместе с этим для целей такой дедукции отыскиваются необходимые сведения о фактических признаках в области применения норм.

Упомянутые сведения могут быть подвергнуты проверке в той же мере, в какой и прочие утверждения эмпирического характера. В связи с этим, согласно методологическим правилам юриспруденции, сами ссылки на нормы права также могут быть подвергнуты критике. Гипотеза относительно цели и принципов должна подтверждать себя, в частности, тем, что она просто и убедительно объясняет известное правовое положение и применительно к особенно сложным правовым вопросам приводит к результатам, не вызывающим системных противоречий в праве (включая фундаментальный уровень принципов права). Вместе с тем к таким результатам, которые применимы на практике и по меньшей мере кажутся одобряемыми большинством членов общества. При решении тех юридических вопросов, разобраться в которых дилетанты смогут лишь путем скрупулезного и продолжительного обучения, на которое в свою очередь не всякий решится, общество следует представлять в виде круга достаточно квалифицированных юристов.

Все сказанное имеет силу также и для вопроса: «До каких пределов?», который так часто стоит в центре проблемы особенно в сложных правовых во-

просах, т.е. в вопросе о том, какова приоритетная область применения того или иного принципа или вида принципов из тех многих, что очевидно действуют в проблемной сфере, но вступают при этом в коллизию.

3. Пример

Сказанное можно проиллюстрировать снова на простом примере с собственноручным завещанием. Итак, завещание выполнено индивидуальным почерком и скреплено «собственноручной» подписью: «Ваш отец». При абсолютной верности всех других предпосылок действительность данной последней воли завещателя зависит от того, допустимо ли квалифицировать такой способ подписания документа, как подпись «именем» завещателя.

Исходя из словесного анализа в соответствии с общим словоупотреблением, на этот вопрос следует ответить отрицательно, так под «именем» понимается только слово, которое выполняет функцию непосредственной идентификации определенного индивидуума как такового. Понятно, что слово, означающее родство, не подпадает под этот случай. Однако согласно определенной логической трактовке и на основании одного, несомненно, более редкого словоупотребления в качестве «имени» может рассматриваться любое обозначение, которое при определенных условиях способно фактически идентифицировать определенного индивидуума, даже если это не входит в число общих функций данного слова. При обозначении родства это как раз тот случай, когда из содержания завещания и прочих смежных обстоятельств становится однозначно ясно, в отношении кого именно направлена воля завещателя. В свою очередь отец человека, к которому обращено завещание, может быть однозначно идентифицирован путем установления факта родства. К тому же подписание документа с обозначением родства не лишено функции по обозначению завершенности и действительности документа (например, нередко такая подпись используется в переписке между родственниками).

Тем не менее при словесном толковании закона господствующее словоупотребление говорит против признания подобного подписания документа в качестве подписания «именем». Такой вывод в некотором смысле подтверждает систематическое логическое толкование, поскольку соответствующие нормы о приобретении имени и фамилии подразумевают имена в их общеупотребительном смысле. Разумеется, эти нормы касаются совсем других ситуаций, в которых речь идет не о конфликте между различными претендентами на наследство, а просто о непосредственном приобретении общего идентификационного признака,

В рамках исторического толкования можно найти только указание на то, что «подписание» должно производиться таким способом, который «обычно

использует» наследодатель (*Ofrier. I, 347*). Это пояснение могло бы подтвердить пригодность подписи, если наследодатель действительно в кругу семьи имел обыкновение так подписываться. Однако это является слабым и на деле противоречивым аргументом, поскольку сводится к обозначению исключительно в семейном кругу, но не в обществе в целом.

Мотив, по которому закреплена обязательность подписи «именем», не обнаруживается в законопроектных материалах. А упомянутые в этих документах функции подписи по обозначению завершенности и действительности завещания очевидным образом могут быть выполнены также посредством других формулировок, к примеру: «Это моя последняя воля» или «Это то, что должно произойти с моим имуществом после моей смерти». Но «подписанное» таким образом завещание признается, несомненно, недействительным вследствие несоблюдения формы, а о подписании «своим именем» в этом случае вообще не может быть речи. С объективной телеологической точки зрения именно из вышеприведенных общих соображений следует, что из такого закреплённого нормой признака фактического состава, как «имя», возможен только один вывод, подтверждающий рациональность предполагаемой при этом цели нормы. От завещателя требуются незначительные усилия по подписанию документа своим «именем» для того, чтобы посредством такой подписи существенно упростить идентификацию составителя текста на основании самого документа. Если имя лица, которому адресованы распоряжения последней воли завещателя, и прочие сведения об этом лице не вызывают никаких сомнений, то обозначение словом «отец» также является однозначной идентификацией завещателя. Пожалуй, этого должно быть достаточно для достижения раскрытой здесь цели нормы.

Исторически основательно аргументированная цель предписаний о форме завещания, направленная на содействие надежной проверке подлинности завещания на основании самого документа, все же вызывает некоторые сомнения. Подпись, которую человек обычно использует, сильнее, чем весь его иной рукописный шрифт, запечатлевает индивидуальность человека. Особенности росчерка укрепляются посредством частого повторения. Значит, собственноручная подпись именем в обычном смысле (росчерк) облегчает проверку подлинности остального собственноручного текста. Всего этого недостает при подписи завещания с помощью слова «отец». Стало быть, цель закона, направленная на максимально возможную проверку подлинности, реализуется не в полном объеме даже в том случае, когда недостаток очень незначителен по сравнению с объемом текста, подвергающегося сравнительному исследованию почерка. *(Само собой понятно, что дело обстоит иначе с текстом, целиком выполненным механическим*

путем, где только подпись является «собственноручной».) Поэтому не понятно, нужно ли следовать упомянутой цели закона, допуская последнее указанное выше последствие. Ведь это может показаться преувеличенным и излишним формализмом.

4. Принципы и коллизии принципов

Если под свободой завещания понимают то, в силу чего каждый имеет возможность и полномочие по своей воле распорядиться собственным имуществом на случай своей смерти, неизбежно появляются основания для некоторых сомнений. То обстоятельство, что этот принцип лежит в основе правового института завещания, является совершенно очевидным. Однако этот принцип непостижимым образом ограничивается принципом предписанной формы завещания. Последний принцип также хорошо обоснован, потому что к общепризнанным мотивам для строгости формы юридических сделок с учетом особенностей наследственного права присоединяется еще то обстоятельство, что после смерти наследодателя невозможно более каким-либо иным способом осведомиться о содержании и завершенности его воли. Следовательно, полная реализация свободы завещания вопреки предписаниям о форме, ограничивающая последние, насколько это возможно, путем толкования, была бы, бесспорно, недопустимой, поскольку представляла бы собой нарушение принципа строгости формы (*Впрочем, обратная расстановка слагаемых привела бы к такому же результату.*) Таким образом, в рассмотренной выше проблеме подписи речь идет лишь о маленьком фрагменте существующей коллизии между свободой завещания и строгостью формы. Причина, по которой критически настроенный правоприменитель не включает в понятие имени слово «отец», руководствуясь при этом тем, что господствующее словоупотребление признает лишь узкое понятие имени, скрывается, естественно, не в области словесной интерпретации. Без особых нормативных оснований редкому и «вырванному» из контекста иному варианту словоупотребления не позволили бы превратиться в этом вопросе в серьезную альтернативу. Проблема заключается в том, что высший принцип свободы завещания должен отступить ради совершенно отдаленного и оттого слабого аспекта требования об обязательности соблюдения формы.

Принципы, т.е. основные ценности права, которые лежат в основе целых правовых институтов или правовых материй, не рассчитаны на их непосредственное применение, подобно нормам права. Принципы не следует

применять настолько последовательно, насколько это возможно. Такое применение невозможно уже в силу частой коллизии принципов. Принципы права представляют собой скорее требования, нуждающиеся в своей оптимизации. Так, в случае коллизии требуется некоторое «взвешивание (оценка)», которое ограничит действие принципа до тех пределов, в которых этот принцип при его противоположности другому принципу окажется необходимым и соразмерным. В нашем вопросе, связанном с проблемой непосредственных целей закона, эти необходимость и соразмерность не являются однозначно предопределенными. И в случае признания подписи «Ваш отец» цели предписания о форме будут в значительной, хотя и не в полной, мере реализовываться. Их отступление коснется только дополнительного, ни в коей мере не ооязательного элемента проверки подлинности. С этой целью за счет строгости формы свооода завещаний оудет освобождена от своего чрезмерного стеснения. Б отсутствие четких указания закона относительно вопроса о том, «до каких пределов» простирает свое действие каждый из противоположных принципов, при решении изучаемой проолемы соответствующее «взвешивание (оценка)», по моему мнению, говорит в пользу действительности завещания. Дополнительное ограничение своооды завещания здесь оыло оы существеннее и потому весомее, чем ограничение отдаленного частного аспекта требования строгости формы.

Полученный на методологически оолее высоком уровне ооъективного телеологического толкования результат, т.е. требуемое для решения проблемы конкретное положение права, основанное на только что представленном «взвешивании», гласит: подписание путем ооозначения степени родства, которое в силу содержания завещания и других обстоятельств спосооно однозначно идентифицировать завещателя, признается соответствующим требованию подписания «своим именем».

Тот, кто придает обычной подписи именем большее значение для проверки подлинности, чем это сделано здесь, придет к другому результату. Если в качестве противопоставления приведенной выше теоретической оценке вопроса будут подведены научные основания для большей желательности или даже необходимости обычной подписи для исследования почерка (*а, по утверждению опытных и квалифицированных экспертов по проведению графических экспертиз, указанных оснований, разумеется, не существует*), то только тогда следовало бы присоединиться к этой позиции, отказавшись от здесь и сейчас защищаемого мнения. Правовые вопросы повышенной степени сложности не так уж часто можно решить с вероятностью, граничащей с достоверностью. Однако в каждом случае вышеупомянутые соображения должны показать, что нельзя обойтись ни анализом одного только

господствующего словоупотребления, ни общими соображениями «здравого смысла». Именно юридический анализ необходимо осуществлять настолько, насколько это возможно.

Ничего не меняет также тот бесспорный факт, что в юридической практике (впрочем, как и везде) методологическая аргументация обыкновенно бывает наименее детально и выражено развитой. В рассматриваемой проблеме аргументация может с самого начала концентрироваться на вопросе о том, имеет ли собственноручная подпись в узком смысле существенное или только ограниченное, дополняющее значение для проверки подлинности завещания. Юридический опыт часто способствует возникновению такой сокращенной аргументации. Несмотря на случайное попадание в цель, подобная аргументация может быть полезной только при предположении, что полное методологическое развитие аргументов первоначально отработывалось по меньшей мере на моделировании подобных ситуаций. Только в этом случае можно развить в себе достаточное «чутье» для того, чтобы сразу определять собственно ядро проблемы, не отвлекаясь на констатацию естественных или совершенно банальных фактов.

*Перевод с немецкого Е.Ю. Самойлова,
аспиранта кафедры гражданского права
юридического факультета
МГУ им. М.В. Ломоносова*

О ДИССЕРТАЦИЯХ ПО ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ



Е.А. СУХАНОВ

доктор юридических наук,
профессор, заведующий
кафедрой гражданского
права юридического
факультета МГУ
им. М.В.Ломоносова,
главный редактор журнала
«Вестник гражданского
права»

В последние несколько лет цивилистику буквально захлестнул поток диссертаций: по самым скромным подсчетам, по специальности 12.00.03 ежемесячно появляется от 30 до 50 авторефератов, а ежегодное количество защит по ней давно перевалило за 500. Такое бурное развитие гражданско-правовой науки можно было бы только приветствовать, если бы не удручающе низкий уровень подавляющего большинства таких «исследований». Едва ли не правилом стало вынесение соискателями ученых степеней на защиту таких общих положений, которые без труда можно отыскать в любом приличном учебнике гражданского права, а иногда — и непосредственно в гражданском законе. Уже никого не волнует, что по одной и той же проблематике на протяжении года-двух защищается несколько диссертаций, в том числе и с дублирующими друг друга выводами. В стране неожиданно обнаркилось две-три «школы цивилистической мысли», от нескольких «лидеров» которых чуть ли не ежемесячно десятками исходят новоиспеченные «ученые», защищавшиеся в одних и тех же советах с одними и теми же оппонентами. Особенно тревожно, что этот процесс затронул докторские диссертации, авторы которых после успешной защиты начинают «воспроизводить» и соответствующих кандидатов наук. Экспертный совет ВАКа, где цивилистическими диссертациями фактически занимается не более трех-четырех экспертов, физически не в состоянии «переварить» этот вал.

Очевидна насущная необходимость формирования общественного мнения профессионального сообщества, которое стало бы жестким заслоном на пути подобного развития. В противном случае «расширенное воспроизводство» такого рода диссертаций неизбежно и весьма скоро приведет к тому, что именно они станут определять «планку» научных исследований, а затем — уровень обучения и подготовки юристов. В связи с этим редколлегия журнала

«Вестник гражданского права» считает целесообразным открытие постоянной специальной рубрики, посвященной оценке диссертационных работ по гражданскому праву и «смежным» с ним областям (специальность 12.00.03). При этом авторы данной рубрики вполне отдают себе отчет в том, какую «бурю страстей» способны вызвать их публикации. Однако дальнейшее бездействие в данном деле грозит такими последствиями для цивилистики, перед которыми, несомненно, должны отступить соображения личного комфорта.

Для того чтобы читатель имел возможность объективной оценки предоставляемых в этой рубрике работ, в ней будут полностью воспроизводиться все положения, выносимые их авторами на защиту, а также сведения об организациях, где они выполнены и защищены, и оппонировавших специалистах. В этом номере публикуются такие данные о двух докторских диссертациях по гражданскому праву, взятые из их авторефератов, а также критические отзывы на них.

Автор последних одновременно обязуется приложить все возможные усилия для продолжения рубрики, поскольку фактический материал для нее (в виде авторефератов диссертаций) в большом количестве поступает на его рабочий стол практически еженедельно и без каких-либо перерывов на каникулы, праздники, отпуска и т.п.

КАПУРА Михаил Михайлович

ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ КООПЕРАТИВОВ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.03 — гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право.

Диссертация выполнена на кафедре гражданско-правовых дисциплин Академии права и управления Федеральной службы исполнения наказаний.

Научный консультант — доктор юридических наук, профессор

Рыбаков Вячеслав Александрович.

Официальные оппоненты:

доктор юридических наук, профессор

Богданов Евгений Владимирович;

доктор юридических наук, профессор

Дойников Игорь Валентинович;

доктор юридических наук, профессор

Черноморец Альберт Евгеньевич.

Ведущая организация — Самарский государственный университет.

Защита состоялась 20 апреля 2006 г. на заседании диссертационного совета Д 207.001.02 при Всероссийской государственной налоговой академии.

Основные положения, выносимые на защиту:

1. Правовая природа собственности кооперативов раскрывается исходя из методологического подхода, согласно которому собственность рассматривается как целостная категория. Последняя представляет собой единство закономерно существующих и взаимосвязанных частей (составляющих): типа, формы и вида собственности.

2. Тип собственности квалифицируется как высшее подразделение в систематике собственности, характеризующее уровень (степень) обобществления средств производства, а также тип присвоения. Их два: обобществленный (общественный) и индивидуальный (необобществленный). В первом случае присвоение вещей осуществляется обществом в целом или определенной группой лиц, в частности, коллективом членов кооператива; во втором случае — отдельным индивидуальным лицом.

Собственность кооператива относится к обобществленному (общественному) типу собственности.

3. Типы собственности конкретизируются и проявляются в формах собственности, где уровень (степень) обобществления приобретает конкретную форму реальных отношений государственной, муниципальной, коллективной (корпоративной) или частной (личной) собственности. Форма собственности типична. В то же время тип собственности не может существовать без какой-либо формы собственности. Тип собственности предопределяет в формах собственности их правовую природу и характер присвоения, а стало быть, особенности механизма возникновения (приобретения), осуществления и прекращения права собственности.

4. Форма собственности выступает как: среднее звено в систематике собственности, связывающее тип собственности с видом собственности.

Формы собственности являются экономико-правовой категорией. С одной стороны, в соотношении с типом собственности формы собственности имеют экономический аспект, раскрывающий соответствующий уровень обобществления средств производства и характер присвоения. С другой стороны, формы собственности являются правовой категорией. Они закреплены конституционным и гражданским законодательствами.

Формы права собственности ассоциируются с правом государственной собственности, муниципальной собственности, коллективной (корпоративной) собственности, относящиеся (так в тексте. — ф.С.) к обобществленному типу собственности. Форма права частной собственности относится к индивидуальному типу собственности.

Собственность кооператива является коллективной (корпоративной) формой собственности и не может быть отнесена к частной (индивидуальной).

В каждой форме собственности существует свой правовой климат, определяющий особенности возникновения, осуществления и прекращения права собственности, а также круг его объектов и их правовой режим.

5. Формы собственности подразделяются на виды, связанные с конкретными имущественно обособленными субъектами гражданского права. В соотношении с формами собственности следует различать разновидности государственной собственности: 1) собственность Российской Федерации; 2) собственность субъектов Российской Федерации.

Видами муниципальной собственности является (так в тексте. — *Е.С.*) собственность различных муниципальных образований.

Коллективная (корпоративной) собственность (так в тексте. — *Е.С.*) выступает в виде собственности: 1) кооперативов; 2) хозяйственных обществ и товариществ; 3) общественных организаций; 4) религиозных организаций.

Видами собственности кооперативов являются собственность (так в тексте. — *Е.С.*) производственных и потребительских кооперативов. В свою очередь указанные виды могут иметь разновидности, например, собственность сельскохозяйственных производственных и потребительских кооперативов, собственность потребительских обществ, собственность жилищных кооперативов и т.п.

6. Имущественная обособленность кооперативов осуществляется в рамках коллективной (корпоративной) формы права собственности, непосредственно влияющей на их правосубъектность, характер осуществления имущественных полномочий, основания возникновения и прекращения права собственности, определенную дифференциацию объектов права собственности кооперативов, включая их гражданско-правовой режим.

7. Коллективная (корпоративной) собственность кооператива (так в тексте. — *Е.С.*) — это собственность одного субъекта, коллектива равноправных членов-пайщиков кооператива. По своей природе кооператив — это коллектив, объединяющий лиц, занятых решением конкретной задачи в форме коллективной деятельности (так в тексте. — *Е.С.*) в рамках корпоративных отношений. Корпоративный характер коллективной формы собственности предопределяется корпоративными отношениями в кооперативах, построенными на принципе членства.

8. Удовлетворяя свой интерес коллективно, члены кооператива пресюмируют, что интерес каждого из них и результат деятельности в целом могут не совпадать, поскольку коллективный интерес и результат коллективной деятельности образуются через сочетание (так в тексте. — *Е.С.*) интересов общества и индивида. Таким образом, частный интерес членов кооператива

реализуется в соответствии с коллективным интересом и через коллективный интерес. Вот почему право собственности кооператива — это право коллектива членов-пайщиков кооператива непосредственно владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом в пределах достижения (так в тексте. — *Е.С.*) производственных, социально-культурных и иных целей, удовлетворения материальных и нематериальных потребностей его членов.

9. Разделение кооперативных организационно-правовых форм на коммерческие и некоммерческие является одной из неудачных новелл современного российского гражданского законодательства. Правовое положение потребительских и производственных кооперативов имеет общие признаки в организационной структуре, имущественной обособленности, правах участников-пайщиков в отношении имущества кооперативов и иных признаках (так в тексте. — *Е.С.*) юридического лица.

Единственным существенным отличием потребительского кооператива от производственного выступает цели (так в тексте. — *Е.С.*) их деятельности, что с точки зрения общей теории гражданского права и учения о юридических лицах недостаточно для рассмотрения производственного и потребительского кооперативов в качестве двух самостоятельных организационно-правовых форм юридического лица. Вот почему целесообразно выделить в третью самостоятельную организационно-правовую форму **кооперативные юридические лица** (выделено авт. — *Е.С.*).

10. Объектом права собственности кооперативов могут быть любые вещи, не изъятые из гражданского оборота. Особый правовой режим имеют создаваемые кооперативами фонды, являющиеся имущественными комплексами и обладающие всеми признаками данного объекта гражданских прав. В потребительских кооперативах все фонды должны признаваться неделимыми, поскольку аккумулируемое в них имущество не может быть распределено между пайщиками.

11. Коллективная (корпоративная) форма собственности кооперативов не отрицает возможности участия в создании кооперативов юридических лиц и публично-правовых образований, которые также могут иметь схожие с физическими лицами коллективные интересы (так в тексте. — *Е.С.*) либо предоставлять коллективные интересы физических лиц. В этой связи следует законодательно разрешить создание юридическими лицами, муниципальными образованиями, государственными образованиями (субъектами Российской Федерации) и Российской Федерацией как производственных, так и потребительских кооперативов.

12. Анализ особенностей волеизъявления органов управления в различных видах кооперативов позволяет сделать вывод, что коллективная (корпоративной) форма собственности (так в тексте. — *Е.С.*), посредством которой

происходит присвоение имущества в целях удовлетворения коллективных интересов, предопределяет существенные отличия в правомочиях пользования и распоряжения имуществом кооператива. Данное обстоятельство предопределяет необходимость закрепления в законодательстве системы участия во всех кооперативах по формуле «один пай — один голос».

13. Установление различного правового режима наследования паев в производственных и потребительских кооперативах не имеет фактических оснований вследствие единства коллективной (корпоративной) формы собственности, на основе которой происходит присвоение имущества производственными и потребительскими кооперативами. Следует установить единый порядок наследования паев в данных видах кооператива.

14. В целях дальнейшего развития и поддержки кооперации, в равной степени пригодной для осуществления как предпринимательской, так и некоммерческой деятельности, следует упорядочить действующее законодательство о производственных и потребительских кооперативах путем принятия единого закона с рабочим названием «О кооперации», приведя его в соответствие с Гражданским кодексом Российской Федерации.

15. Вносятся предложения по совершенствованию правового регулирования отношений собственности кооперативов, а также изменения в ряде нормативно-правовых актов (так в тексте. — *Е.С.*) с целью повышения эффективности правового регулирования указанных отношений.

ОТЗЫВ

**об автореферате диссертации КАПУРЫ Михаила Михайловича
«Право собственности кооперативов: проблемы теории и практики»,
представленной на соискание ученой степени доктора
юридических наук по специальности 12.00.03 — гражданское
право; предпринимательское право; семейное право;
международное частное право.**

Избранная автором тема исследования давно и достаточно успешно изучается в отечественной цивилистической науке. Вопреки утверждениям автора об отсутствии «системных исследований в этой области» (с. 4 автореферата) они тем не менее имеются (см, например, коллективную работу «Кооперативное право» под ред. А.А. Собчака, В.Ф. Яковлевой и Н.А. Егорова — СПбГУ, 1992, которая, несмотря на свой формально-учебный характер, фактически является коллективной монографией), в том числе и подготовленные после вступления в силу нового Гражданского кодекса.

Разумеется, работ, посвященных правовому статусу кооперативов, гораздо меньше, чем аналогичных работ, посвященных акционерным обществам,

но это объясняется вполне очевидными причинами — реальная экономическая роль кооперативов (безусловно, имеющих свою «экономическую нишу») несопоставима с ролью хозяйственных обществ. Кстати, в автореферате отсутствуют какие-либо статистические и (или) иные данные, подтверждающие эту роль или необходимость ее усиления (например, в сфере сельскохозяйственного производства). Таким образом, даже при наличии известных недостатков и пробелов в законодательном регулировании этой сферы (всегда имеющихся в любой области гражданско-правового регулирования) можно признать недостаточной обоснованность актуальности темы, избранной автором для подготовки докторской диссертации.

Главное, однако, заключается в оценке новизны, обоснованности и достоверности научных положений и выводов, выносимых автором на защиту и составляющих существо проведенного им исследования. С этой точки зрения автореферат производит удручающее впечатление, ибо действительно новым можно назвать лишь один вывод автора (положение № 11), хотя его обоснованность крайне сомнительна (см. далее).

Так, выносимые автором на защиту первые четыре положения «методологического порядка» о понятии и соотношении типов, форм и видов собственности, во-первых, имеют не гражданско-правовой, а политэкономический характер, т.е. выходят за рамки специальности 12.00.03, а во-вторых, никак не могут считаться новыми: о понятии и соотношении типов, видов и форм собственности и права собственности еще в середине 80-х гг. прошлого века писал, например, проф. СПбГУ Н.Д. Егоров (в своей докторской диссертации, а также в своих главах тогдашнего учебника гражданского права, в ряде специальных статей и работ — см., например: *Егоров Н.Д. Гражданско-правовое регулирование экономических отношений*. ЛГУ, 1986. С. 54-57; была у него и специальная статья по этому вопросу).

Попутно следует заметить, что эти положения можно обнаружить в большинстве учебных и других работ по политэкономии социализма 70 — 80-х гг. прошлого века, а также и в ряде гражданско-правовых работ, посвященных анализу права собственности¹. В том, что формы собственности являются экономико-правовым понятием, поскольку закреплены в Конституции РФ и в ГК РФ, можно прочесть во многих учебниках гражданского права,

¹ Автору небесполезно будет знать, что первоначальное авторство деления собственности на типы, виды и формы принадлежит И.В. Сталину (*Экономические проблемы социализма в СССР*. М., 1953. С. 39-51), хотя эти идеи высказывались еще в начале 20-х гг., в частности, А.Г. Гойхбаргом, прямо заявившим при подготовке и принятии ГК 1922 г., что деление на формы и виды собственности неизвестно буржуазным кодексам, но будет теперь присуще советскому праву. Из этого можно видеть не только «генезис» этих идей, но и их принципиальную неприемлемость для современного правопорядка, где такое деление должно утратить по крайней мере гражданско-правовое значение.

в частности, в шести изданиях учебника гражданского права СПбГУ (6-е изд. Т. 1, М., 2002. С. 412, автор глав во всех изданиях — академик Ю.К. Толстой). Надо обладать большой научной смелостью, чтобы выносить эти дав-но известные положения на защиту в качестве новых и собственных (обоснованных автором диссертации).

Кстати, и вывод о том, что собственность кооперативов является коллективной, а не индивидуальной формой собственности, тоже можно прочесть в цитированной выше коллективной работе «Кооперативное право» на с. 88 (соответствующая глава написана Н.Д. Егоровым).

Критика разделения кооперативов на производственные и потребительские и ее аргументация в виде сходства их правового положения (положение № 9) также не раз звучала в юридической печати (Т.Е. Абова и др.) и никак не может обладать какими-либо признаками новизны, тем более обоснованной автором работы.

Даже и содержащийся в положении № 7 вывод о том, что кооператив — это коллектив и что он основан на корпоративных отношениях, построенных на началах членства, может представляться новым лишь автору реферата и, возможно, его научному консультанту. Это заблуждение быстро развеивается при ознакомлении с любым учебником гражданского права или комментарием к ГК.

Более того, составляющий положение № 10 вывод автора о том, что объектом права собственности кооператива могут быть любые вещи, не изъятые из гражданского оборота, он сам без труда обнаружит как в п. 1 ст. 213 ГК и в ст. 9 Закона о производственных кооперативах, так и в любом комментарии к ГК и в любом учебнике гражданского права. Это же относится ко второму содержащемуся там же выводу автора о том, что создаваемые в кооперативах фонды имеют «особый правовой режим». Хотелось бы знать, какой именно вклад внес автор реферата в обоснование этих давно известных любому приличному студенту положений?

Другое дело, что М.М. Капура предлагает ввести в научный оборот новую категорию — «правовой климат» (с. 9 автореферата, последний абзац положения № 4), который, по его мнению, «существует в каждой форме собственности» и даже определяет правовой режим объектов права собственности. К сожалению (а скорее — к счастью), автор далее не раскрывает это понятие и его соотношение с известными категориями (например, с тем же правовым режимом). В результате эта новелла, бесспорно принадлежащая автору рассматриваемой работы, не получает обоснования и развития.

В автореферате имеются и другие новшества такого рода. Так, в положении № 5 «видами муниципальной собственности» объявлена «собственность различных муниципальных образований». При этом остается непонятным, идет ли речь о том, что собственность каждого муниципального образования

представляет собой один из таких видов или, возможно, подвидов (тогда их будет несколько десятков тысяч, причем каждый со своим «правовым климатом»), либо эта собственность составляет единый «вид», но почему о ней говорится во множественном числе?

Вывод о том, что «видами собственности кооперативов являются собственность производственных и потребительских кооперативов» (последний абзац положения № 5), с одной стороны, настолько очевиден, что смотрится, мягко говоря, несолидно для докторской диссертации, а с другой стороны, явно противоречит положению № 9 на с. 10, где деление кооперативов на производственные и потребительские подвергается автором критике. Если установленный для них «правовой климат» принципиально одинаков, то где же основания для выделения этих двух «видов кооперативной собственности»? И какой вид этой собственности формирует предлагаемая автором тут же «организационно-правовая форма кооперативные юридические лица»?

Что касается собственно юридических (гражданско-правовых) выводов автора, вынесенных им на защиту, то и они вызывают не меньшее недоумение. Каким образом «коллектив членов-пайщиков» получает «право непосредственно владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом» (положение № 8 на с. 10)? В период проведения общих собраний? А как он реализует это право, например, при заключении и исполнении каких-либо сделок по приобретению или отчуждению имущества? И это при том, что такого субъекта, как «коллектив», не знает ни гражданское законодательство, ни законодательство о кооперативах. С позиций гражданского права (да и просто здравого смысла) «коллективу» вряд ли удастся «непосредственно» владеть и тем более распоряжаться чем-либо. Во всяком случае предваряющие данный вывод глубокомысленные рассуждения автора о том, что, «удовлетворяя свой интерес коллективно, члены кооператива резюмируют, что интерес каждого из них и результат деятельности в целом могут не совпадать», ни юридически, ни фактически ничего не объясняют и не доказывают.

Почему автор считает, что «все фонды в потребительских кооперативах должны признаваться неделимыми, поскольку аккумулируемое в них имущество не может быть разделено между пайщиками» (последнее предложение в положении № 10 на с. 11)? Разве, например, член жилищного или гаражного кооператива, выходя из него (до момента полной уплаты паевого взноса, т.е. не став собственником соответствующего имущества), не вправе потребовать возврата соответствующей части пая (ср. ст. 125, п.1 ст. 130 и ст. 132 ЖК)? Значит, по крайней мере паевой фонд потребительского кооператива делим?

В положении № 12 автор утверждает, что «коллективная (корпоративная) форма собственности, посредством которой происходит присвоение

имущества в целях удовлетворения коллективных интересов» (правда, ранее, в положении № 8, он связывает эту форму с «сочетанием интересов общества и индивида», т.е. коллективного и частного интереса, но на это противоречие, очевидно, не следует обращать внимание), «предопределяет необходимость закрепления в законодательстве системы участия во всех кооперативах по формуле «один пай — один голос». Во-первых, эту «систему участия» и ее объяснение можно увидеть даже в дореволюционных учебниках гражданского права, в связи с чем это опять-таки никак не может составлять научной заслуги автора. Во-вторых, следуя логике автора, «коллективной (корпоративной) формой собственности» является и собственность хозяйственных обществ и товариществ, где названная «система участия» не работает. Значит, объясняется она не самой по себе «коллективной формой собственности», а особенностью организации кооперативов, т.е. по существу — сама через себя?

Едва ли не единственным безусловно новым (наряду с выводом о существовании «правового климата») является вывод автора о необходимости разрешить создание производственных и потребительских кооперативов публично-правовыми образованиям (РФ, ее субъектам и муниципальным образованиям) (положение № 11 на с. 11). Такое использование артельной (кооперативной) формы организации хозяйственной деятельности действительно еще никому не приходило в голову. Непонятно, правда, зачем России и Татарстану или, например, Владимирской области и московскому муниципальному образованию «Раменки» совместно создавать потребительский кооператив и каким образом они будут в нем удовлетворять свои коллективные и частные (а тем более — публичные) интересы? Будет ли в таком кооперативе хоть один гражданин, принимающий личное трудовое участие в его деятельности? Но в любом случае очевидно, что даже такого экстравагантного положения, вынесенного автором на защиту, явно недостаточно для квалификации представленной им работы в качестве докторской диссертации, отвечающей установленным требованиям.

С учетом изложенного выше можно сделать вывод о том, что, судя по содержанию автореферата и положений, вынесенных автором на защиту, ему ни в коей мере не удалось обосновать и разрешить какую-либо важную научную задачу. Более того, можно констатировать, что указанные положения в основном представляют собой набор давно известных, иногда просто тривиальных (а во многом и устаревших) «истин», к выдвижению и обоснованию которых автор имеет лишь то отношение, что в очередной раз воспроизвел их в своей работе. Поэтому подавляющее большинство названных положений не обладают новизной, а два новых (о «правовом климате» и о кооперативах, созданных публично-правовыми

образованиями) — необходимой научной обоснованностью и достоверностью. В связи с этим отсутствуют и какие-либо основания для присуждения М.М. Капуре ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.03.

Нельзя при этом не обратить внимания на то, что это — уже не первая и, к сожалению, не последняя докторская диссертация подобного уровня, подготовленная в Академии права и управления Федеральной службы исполнения наказаний и защищаемая в диссертационном совете Всероссийской государственной налоговой академии. При всем искреннем уважении к весьма важным публично-правовым функциям, выполняемым как Федеральной службой исполнения наказаний, так и налоговыми органами Министерства финансов, несколько странно видеть эти учреждения в роли едва ли не главной «кузницы кадров» наивысшей научной квалификации в области гражданского права. С этим можно было бы согласиться при условии обеспечения должного уровня предлагаемых к защите по специальности 12.00.03 докторских диссертаций. Однако этого пока не происходит, в связи с чем ВАКу, очевидно, целесообразно обратить свое внимание на данное обстоятельство.

17 апреля 2006 г.

КИСЕЛЕВ Алексей Алексеевич

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ
ПРОБЛЕМЫ СОСТАВОВ, КВАЛИФИКАЦИИ
И ПРАВОВЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫХ
СДЕЛОК (КОМПЛЕКСНЫЙ АНАЛИЗ)

Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.03 — гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право.

Диссертация выполнена на кафедре гражданского права и процесса Академии права и управления Федеральной службы исполнения наказаний.

Официальные оппоненты:

Доктор юридических наук, профессор Меркулов В.В.;

Доктор юридических наук, профессор Хохлов В.А.;

Доктор юридических наук, профессор Цыбуленко З.И.

Ведущая организация — Российская академия государственной службы.

Защита состоялась 25 мая 2006 г. на заседании диссертационного совета Д 207.001.02 при Всероссийской государственной налоговой академии.

Основные положения, вынесенные на защиту:

1. Недействительная сделка является юридическим фактом, поскольку данная сделка приводит к наступлению определенных юридических последствий (установленных законом для недействительных сделок). Понятие недействительности относится к юридическим последствиям сделки, на которые была направлена воля сторон сделки, а не к сделке — юридическому факту. Под недействительной сделкой следует понимать сделку, не влекущую за собой юридические последствия, на которые была направлена воля сторон.

2. Необходимо четко разграничивать на законодательном уровне недействительные и несостоявшиеся сделки. В качестве критерия разграничения сделок на недействительные и несостоявшиеся выступает их общая способность порождать гражданско-правовые последствия: если недействительная сделка может влечь за собой такие последствия (хотя бы и специальные, установленные законом для недействительных сделок), наступления которых ее субъекты не желают, то несостоявшаяся — нет. С практической точки зрения это означает, что рассматриваемые разновидности сделок должны подчиняться различному гражданско-правовому регулированию и к несостоявшимся сделкам не могут применяться положения о недействительности сделок. Данные отношения должны регулироваться нормами института неосновательного обогащения.

3. Указание в ст. 449 ГК РФ на нарушение правил торгов в качестве основания для признания сделки оспоримой не исключает возможность как признания торгов недействительными по другим основаниям (не связанным с соблюдением процедуры проведения торгов), так и отнесение сделок, заключаемых по результатам торгов, к ничтожным либо оспоримым в зависимости от конкретных оснований. Если сделка, заключенная по результатам торгов, признается недействительной по основаниям, которые возникли до проведения торгов (например, продажа на торгах имущества, изъятого из оборота), и эти основания свидетельствуют о ничтожности сделки, то такая сделка не может признаваться оспоримой только потому, что ее заключению предшествовали торги. Указанные сделки необходимо признавать ничтожными, поскольку выставление имущества на торги не должно изменять квалификацию сделки и превращать ее из ничтожной в оспоримую.

4. Нормы статьи 177 ГК РФ целесообразно применять к сделкам юридических лиц, от имени которых действовало лицо, не способное понимать значение своих действий или руководить ими. Юридические лица всегда заключают сделки посредством граждан, имеющих соответствующие полномочия на заключение сделок от имени юридического лица. Любой гражданин, в том числе и действующий от имени юридического лица, может оказаться в таком

состоянии, в котором он не может понимать значение своих действий или руководить ими, поэтому неправильно было бы ограничительно толковать положения статьи 177 ГК РФ, применяя ее только к сделкам граждан, действующих от своего имени. Данную статью следует применять также к сделкам, совершенным гражданами, действующими от имени других (физических или юридических) лиц.

5. Статья 179 ГК РФ в части сделок, заключенных под влиянием злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной, должна применяться также в отношении сделок, заключаемых органами юридических лиц. Орган юридического лица может вступить с представителем другой стороны в злонамеренное соглашение, приведшее к убыточной для юридического лица сделке. В подобных случаях нет оснований лишать юридических лиц такого средства защиты, как признание этих сделок недействительными на основании статьи 179 ГК РФ. В противном случае юридические лица будут поставлены в неравное положение с другими участниками гражданского оборота, что приведет к нарушению основополагающего принципа равенства участников гражданских правоотношений.

6. Для коммерческих организаций тяжелыми обстоятельствами при совершении сделок должны являться только обстоятельства непреодолимой силы. Иные обстоятельства не могут считаться тяжелыми для коммерческих организаций, поскольку в силу предпринимательского характера их деятельности они должны в полном объеме нести риск наступления этих обстоятельств.

7. Необходимо признавать сделки, совершенные юридическими лицами без лицензии, ничтожными и законодательно закрепить данное положение. Требование осуществлять лицензируемые виды деятельности только на основании лицензии установлено законом, и сделки, совершенные в нарушение этого требования, должны признаваться не оспоримыми, как это следует из ст. 173 ГК РФ, а ничтожными.

8. Имеет практическую значимость определение конкретного круга законов, составляющих «основы правопорядка» в соответствии со ст. 169 ГК РФ.

Следует законодательно закрепить условия применения неправового понятия «нравственность». Несоответствие сделки нравственным критериям не всегда должно являться основанием для признания ее ничтожной и к тому же влекущей, помимо недействительности, переход имущества в доход Российской Федерации. Чтобы исключить возможность различного толкования указанной нормы, на законодательном уровне следует закрепить условия применения неправового понятия «нравственность».

9. Реституция является петиторным средством защиты, требующим судебного установления прав стороны недействительной сделки на истребуемое в ее пользу имущество.

10. Целесообразно применение к отношениям сторон недействительной сделки норм о защите права собственности, поскольку нормы о недействительности сделок не содержат полноценного механизма учета интересов сторон при осуществлении реституции.

11. Дано теоретическое обоснование оптимальности судебной практики, учитывающей момент добросовестности лица, приобретшего имущество от неуправомоченного отчуждателя, и не допускающей применения реституции там, где невозможна виндикация.

12. Иск собственника к третьему лицу, получившему вещь по недействительной сделке, следует квалифицировать как виндикационный на основании того, что истец требует возвратить имущество непосредственно ему как собственнику, а не приводить стороны недействительной сделки в первоначальное положение.

13. Необходимо законодательно предусмотреть возможность применения санкции ст. 169 ГК РФ к третьим лицам — тем, кто, не относясь к числу контрагентов недействительной сделки, оказывается в юридической связи с ними.

14. Предложения по изменению и дополнению гражданского законодательства, регулирующего отношения в области недействительности сделок.

ОТЗЫВ

об автореферате диссертации КИСЕЛЕВА Алексея Алексеевича на тему: «Теоретические и практические проблемы составов, квалификации и правовых последствий недействительных сделок (комплексный анализ)», представленной на соискание ученой степени доктора юридических наук по специальности 12.00.03 — гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право

Проблемы правового режима сделок традиционно привлекают внимание отечественных ученых-правоведов, в целом достаточно тщательно исследовавших этот институт гражданского права. Ежегодно появляются десятки статей, диссертаций и монографических исследований данной проблематики (например, монографии Ы.Д. Шестаковой «Недействительность сделок» — СПб., 2001; И.В. Матвеева «Правовая природа недействительных сделок» — М., 2002; О.В. Гутникова «Недействительные сделки в гражданском праве: Теория и практика оспаривания» — М., 2003; Ю.П. Егорова «Правовой режим сделок как средств индивидуального регулирования» — Новосибирск, 2004, которые почему-то даже не упоминаются в рецензируемой работе).

Если добавить названные работы к тем, которые автор счел нужным упомянуть в своем автореферате, то становится ясным, что обоснование актуальности и новизны работы о недействительности сделок является непростой задачей. Во всяком случае, весьма неубедительно звучат слова А.А. Киселева о том, что «вопросам недействительности сделок не было уделено должного внимания» и «большинство из существующих работ значительно устарели, так как были опубликованы на основе ранее действовавшего гражданского законодательства» (С. 4-5 автореферата).

Какие же новые научные положения доказал и обосновал соискатель? Прежде всего следует отметить, что из вынесенных на защиту 14 положений по крайней мере два (№ 13 и 14) являются предложениями по совершенствованию законодательства, а большинство остальных (№ 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11) содержат рекомендации по практическому применению тех или иных норм права, а не научные положения. Что же касается нескольких имеющихся научных положений, то их обоснованность и новизна также вызывают большие сомнения.

В первом положении автор утверждает, что недействительная сделка является юридическим фактом, поскольку приводит к наступлению определенных юридических последствий, установленных законом для недействительных сделок (С. 8). Но, во-первых, об этом прямо говорит сам закон (п. 1 ст. 167 ГК) и это можно прочесть в любом учебнике гражданского права и в комментарии к ГК. Во-вторых, очень сомнителен вывод автора о том, что недействительность относится не к сделке, а к ее последствиям, в связи с чем «под недействительной сделкой следует понимать сделку, не влекущую за собой юридические последствия, на которые была направлена воля сторон» (или, иначе говоря, влекущую совсем не тот результат, которого желали стороны сделки).

Дело в том, что в цивилистике общепризнанно, что конstitutивным признаком сделки как юридического факта является именно направленность воли ее субъектов на достижение соответствующих юридических последствий и этот подход прямо закреплен в ст. 153 ГК. Если же бесспорный вывод автора о том, что «из природы юридического факта не следует, что он порождает именно те последствия, на которые направлена воля действующего лица» (С. 14 автореферата), распространить на сделку как волевой акт, то ее невозможно будет разграничить с юридическим поступком, как невозможным станет и объяснение права на «исцеление» сделки даже при несоответствии ее последствий воле сторон (например, п. 2 ст. 171, п. 2 ст. 172, п. 2 и 3 ст. 165 ГК).

В целом же попытка автора провести различие между сделкой как юридическим фактом и сделкой как правоотношением, во-первых, никак не является новой, ибо в различных вариантах уже имела место в ряде работ других иссле-

дователей (в частности, М.И. Брагинского и Б.В. Витрянского). Во-вторых, такой подход не решает проблемы квалификации недействительной сделки, ибо по сути представляет собой давно известную и критикуемую в науке процедуру «лингвистического переформулирования», т.е. устранения реального теоретического затруднения с помощью изменения соответствующей терминологии.

Кстати, подобная «методология» оказывает автору «медвежью услугу»: «несостоявшиеся сделки» он признает специальной разновидностью сделок, подвергаемых особому гражданско-правовому регулированию (С. 9), тогда как в действительности незаключенные сделки являются юридически несуществующими, т.е. вообще не относятся к категории сделок.

Второе положение (о необходимости различия недействительных и «несостоявшихся», т.е. незаключенных сделок) (С. 8-9 автореферата) нельзя признать новым хотя бы потому, что впервые этот вывод был сделан еще Р.О. Халфиной в 1954 г. в книге «Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве», и с тех пор давно стал общепризнанным (о чем свидетельствуют многочисленные упоминания о нем в общей литературе по гражданскому праву — см., например, Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). 3-е изд./ Отв. ред. О.Н. Садилов. М., 2005. С. 472).

Предлагаемое же автором «законодательное закрепление» этого различия, во-первых, выглядит крайне абстрактно (ибо он не указывает, как именно это следует сделать); во-вторых, не может быть отнесено к научным положениям; в-третьих, безосновательно по существу, ибо смешение недействительных и незаключенных сделок уже давно не составляет никакой проблемы для сколько-нибудь квалифицированных юристов.

Других положений, содержащих чисто научные выводы, среди вынесенных автором на защиту положений не обнаруживается. Вряд ли к ним можно отнести положения, сводящиеся к рекомендациям по закреплению или (чаще) применению тех или иных норм. Так, в положении № 8 (С. 11) автор предлагает «законодательно закрепить условия применения неправового понятия «нравственность»». Но, во-первых, это предложение также крайне абстрактно, ибо никаких конкретных условий автор не предлагает; во-вторых, он, видимо, не осознает, что это давно известное «каучуковое понятие» (подобно «публичному порядку», «доброй совести», «добрым нравам» и т.п.) само является критерием (масштабом оценки) правомерности определенного поведения субъектов гражданского права и применения соответствующих правовых норм. Непонятен, кстати, смысл содержащегося здесь же утверждения о том, что «имеет практическую ценность определение конкретного круга законов, составляющих основы правопорядка», — какое же научное положение при этом отстаивает автор?

Это же относится и к положению № 11 (С. 11) о «теоретическом обосновании оптимальности судебной практики», применяющей известные со времен римского частного (или, по крайней мере, германского пандектного) права ограничения реституции (п. 1 ст. 302 ГК) и исключаящей конкуренцию реституции и виндикации (что было сделано еще в известном постановлении Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 г. № П-6). Что здесь нового и что «научно обосновал» автор этого положения — необходимость строго и точного соблюдения действующего закона?

При этом в предыдущем положении (№ 10 на с 11) автор настаивает на «целесообразности применения к отношениям сторон недействительной сделки норм о защите права собственности», т.е. допускает сочетание виндикации и реституции, что противоречит положению № 11. Где же истина?

Напротив, вывод в положении № 3 (С. 9) о том, что нарушение правил торгов (т.е. их процедуры, установленной законом), не исключает их признания недействительными по другим основаниям, не связанным с соблюдением процедуры, а также и признания недействительными сделок, заключенных по результатам торгов, хотя и бесспорно правилен, но совершенно очевиден. Ведь он сводится к тому, что наличие одного из оснований признания сделки недействительной не исключает применения к ней в соответствующих ситуациях и других возможных оснований и тем более — их применения к другим сделкам. Такой вывод, во-первых, тривиален; во-вторых, также никак не может считаться новым.

Это же можно сказать и о положениях № 4 и № 5 (С. 9-10) о целесообразности применения к сделкам юридических лиц норм ст. 177 и 179 ГК, тем более, что такие выводы довольно давно сделаны в учебной литературе (см.: Гражданское право. Том I. Общая часть. Учебник. 3-е изд. / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2004. С. 500, 505 (автор соответствующей главы — В.С. Ем), в предыдущем издании данного учебника 1998 г. см. об этом том 1, с. 372), а потому также не отличаются необходимой новизной.

Оставшиеся без прямой критики немногочисленные положения, вынесенные на защиту, даже в своей совокупности также не могут свидетельствовать о наличии в работе обоснованного автором нового решения важной научной задачи.

Изложенное свидетельствует о том, что представленные в автореферате А.А. Киселева положения, выдвинутые им на защиту, не отвечают требованиям, предъявляемым к докторским диссертациям. Ни чего-либо принципиально нового, ни убедительно обоснованного автором они не содержат и поэтому едва ли могут представить сколько-нибудь серьезный научный интерес, будучи одной из многочисленных интерпретаций действующего законодательства и давно известных в цивилистике теоретических положений.

С сожалением приходится также констатировать, что докторская диссертация А.А. Киселева последовательно продолжает порочную линию на неквалифицированную «подготовку» и защиту специалистов высшей квалификации по гражданскому праву в малоподходящих для этого непрофильных вузах — Академии права и управления Федеральной службы исполнения наказаний и Всероссийской государственной налоговой академии, на что вновь следует обратить внимание ВАКа.

22 мая 2006 г.

СУДЬБА БАНКРОТСТВА КАК ПРАВОВОГО ИНСТИТУТА: К НОВЕЙШЕЙ ДИСКУССИИ В АМЕРИКАНСКОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ЛИТЕРАТУРЕ

Д.И. СТЕПАНОВ
кандидат юридических
наук, преподаватель
Российской школы
частного права

Одной из определяющих целей настоящего Журнала является создание открытого форума для обмена мнениями и поддержания научной дискуссии на возможно высоком уровне. При этом любая дискуссия предполагает не только наличие диалога, но и его актуальность как в плане своевременности приведения тех или иных доводов спорящими, так и в смысле соответствия диспута запросам времени. Следовательно, ни доводы, приводимые обсуждающими ту или иную проблему правоведами, ни сам предмет дискуссии не должны выпадать из исторического контекста, в противном случае научная значимость дискуссии более чем сомнительна

Исходя из указанного понимания целей Журнала и назначения научной дискуссии, обращение к зарубежному опыту представляется как нельзя более кстати, поскольку это позволяет не только актуализировать постановку и решение тех или иных проблем науки частного права, но также обеспечить приобщение отечественной цивилистики к референтному полю зарубежной правовой мысли. Наконец, жанр журнальной публикации, составляющий основу цивилистического диалога в современной России, наилучшим образом позволяет обеспечить оперативность приведения доводов оппонентами и представить различные точки зрения на ту или иную проблему.

Примером научной дискуссии в указанном выше смысле является недавнее обсуждение судеб банкротного права, развернувшееся на страницах американского журнала *Stanford Law Review*. Дискуссия эта началась с про-

вокационной как по названию, так и по содержанию публикации, увидевшей свет на страницах названного журнала в декабре 2002 г.

Авторы Дуглас Бэйерд¹ и Роберт Расмуссен², без сомнения, одни из самых авторитетных американских специалистов в своей области, в статье «Конец банкротства» выдвигают тезис, согласно которому корпоративное банкротство как правовой институт, особенно ориентированное на исцеление корпоративного должника, если еще не отжило свой век, то доживает последние дни, соответственно в отсутствие реальной необходимости сохранять дальше подобную правовую форму можно спокойно от нее отказаться³.

Прошальную песнь банкротству авторы начинают с утверждения: у реструктуризационных процедур в банкротстве было все, однако это все исчезло; корпоративное банкротство, направленное на сохранение бизнеса должника, а не ведущее к его ликвидации, превратилось в формальную процедуру, при которой суд либо санкционирует сделку по продаже основной части ликвидных активов должника либо дает отсрочку на исполнение тех или иных обязательств, после чего бизнес должника, неминуемо продается или прекращается⁴. При подобном подходе, действительно, банкротство как правовой институт суть анахронизм, призванный обеспечить судебный контроль за правильностью продажи бизнеса. Однако если юридическая чистота организации и проведения аукциона соблюдена, то контрольная роль суда здесь крайне минимальна, иначе суду придется входить в обсуждение экономической составляющей, а не решать вопросы права, в чем, собственно, состоит назначение суда.

При оценке экономической обоснованности торгов по продаже бизнеса или иных активов должника суду придется оценивать как саму необходимость инициирования продажи активов (продавать или нет), так и цену, по которой надлежит или надлежало продать имущество. Между тем вне зависимости от того, состоялась продажа или еще только планируется, примерная продажная цена имущества может быть оценена из объективных ожиданий потенциальных покупателей, а потому вряд ли суд в данном случае установит цену лучше, чем рынок. Соответственно контроль экономической составляющей — крайне слабый довод в защиту активной роли суда в банкротном процессе, а отсюда и самой правовой процедуры (банкротства),

Douglas G. Baird, Harry A. Bigelow Distinguished Service Professor, University of Chicago Law School. Personal web-page available at: <http://www.law.uchicago.edu/faculty/baird/index.html> [15.01.2006].

Robert K. Rasmussen, Milton Underwood Chair in Law, FedEx Research Professor of Law, Director, Joe C Davis Law and Economics Program, Vanderbilt Law School. Personal web-page available at: <http://law.vanderbilt.edu/faculty/rasmusse.html> [15.01.2006].

Douglas G. Baird and Robert K. Rasmussen, *The End of Bankruptcy*, 55 STAN. L. REV. 751 (2002), also available as working paper at: http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_151-175/173.dgb.bankruptcy.end.pdf 15.01.2006.

⁴ See *id.*, at 751-3.

направленной на сохранение бизнеса должника, по крайней мере там, где возможна организация честных и открытых торгов.

Помимо соображений рассудочного свойства в пользу тезиса, отстаиваемого авторами, говорит статистика: так, согласно данным, которые приводят Бэйерд и Расмуссен, количество дел о несостоятельности, рассматриваемых судами в США, где ставится вопрос о дальнейшем сохранении и реструктуризации бизнеса должника, неуклонно сокращается: из полумиллиона компаний, которые могут потерпеть фиаско, только в отношении около 10 000 будет возбуждено дело о несостоятельности, при этом если в 1991 г. количество таких дел составляло 23 989, то в 2000 г. — всего 9884, т.е. за десять лет количество подобных дел сократилось вдвое⁵. Портрет типичного горе-должника, выбирающего сценарий сохранения бизнеса, а не ликвидацию с распродажей всего имущества через аукцион, — это средняя компания по передаче электроэнергии, избравшая банкротную процедуру лишь для того, чтобы урегулировать налоговую задолженность, заключив в суде соглашение о погашении долгов, при этом прочие кредиторы оказываются просто в безвыходном положении, ожидая, как же разрешится основной вопрос по погашению налоговой недоимки⁶.

Если дела на практике обстоят действительно так, как их описывают авторы, то из этого открывается прямая дорога ко вполне очевидной мысли: эра, когда законодательство о несостоятельности, направленное на сохранение корпоративного должника и его бизнеса, подошла к своему завершению⁷. Особенно если указанное законодательство понимать в смысле правового механизма, обеспечивающего координацию усилий всех кредиторов и самого должника по определению будущего и сохранению корпоративного образования, которое при иных обстоятельствах было бы разорвано на куски и растащено по единичным куплям-продажам под влиянием того финансового кризиса, каким является банкротство.

Между тем свеженько и, как бы сказали отечественные правоведы, научная новизна идей, которые приводят авторы рассматриваемой публикации, состоят не в том, что они фиксируют сложившееся положение дел в американском правопорядке, а в том, что они задаются вопросами, которые затрагивают самое основание логики банкротного права.

Во-первых, Бэйерд и Расмуссен подвергают сомнению⁸ тезис «банкротство пагубно для бизнеса и активов, принадлежащих конкретной организации»:

⁵ *Id.*, at 752.

⁶ *Id.*

⁷ *Id.*, at 753.

⁸ *Id.*

традиционно обоснование необходимости сохранить и обеспечить дальнейшее функционирование корпоративного должника проистекает из допущения, что бизнес, раз он когда-то велся таким должником более или менее успешно, имеет больше шансов на успешное существование в будущем именно в рамках конкретной организации, корпоративного образования при участии конкретных работников и всего того имущества, которое задействовано в связи с подобным бизнесом; если и можно чем-то пожертвовать, то делать это нужно крайне осторожно, руководствуясь принципом «не навреди». Подобное предположение может быть выражено известной философской максимой: целое не сводимо к простой совокупности частей, его составляющих. Соответственно если части (отдельные виды имущества, принадлежащего финансово неблагополучному должнику) будут распродаваться по отдельности, а не как целое (бизнес целиком) вне зависимости от того, будет ли этот бизнес продан напрямую кому-либо или сохранится в рамках данного юридического лица в обмен на те или иные компенсации кредиторам, в любом случае нельзя допускать распыление активов, поскольку это существенно отражается на их ценности на рынке и для бизнеса. Иначе говоря, если уж продавать, то все или ничего.

Вопрос, который адресуют здесь авторы науке: стоит ли держаться за конкретного корпоративного должника, не легче ли отпустить его в свободное плавание, предполагающее не реструктуризацию, а ликвидацию с распродажей активов?⁹

Во-вторых, Бэйерд и Расмуссен подвергают уничтожающей критике само понимание банкротства как правового института, призванного во что бы то ни стало сохранить определенные, особо ценные виды имущества за конкретным корпоративным должником. Подобный подход, по мысли авторов¹⁰, базируется на модели банкротств, известных еще XIX веку, когда как собственно институт несостоятельности (банкротства), так и идея сохранения корпоративного должника были ориентированы на поддержание деятельности корпораций, вовлеченных в строительство железных дорог, — мысль, быть может, не столь новая и имеющая широкое хождение в американской науке банкротного права¹¹. Действительно, если банкротом признается корпорация, основным бизнесом которой является строительство и эксплуатация железной дороги, соединяющей два населенных пункта, то от ликвидации такой корпорации и распродажи ее имущества по частям вряд ли кто-то выиграет. Однако пра-

⁹ Cf., *id.*, at 754.

¹⁰ *Id.*

¹¹ See, Douglas G. Baird and Robert K. Rasmussen, *Boyd's Legacy and Blackstone's Ghost*, 1999 SUP. CT. REV. 393; David A. Skeel, Jr., *Rethinking the Line between Corporate Law and Corporate Bankruptcy*, 72 TEX. L. REV. 471 (1994); David A. Skeel, Jr., *The Past, Present and Future of Debtor-in-Possession Financing*, 25 CARD. L. REV. 1905 (2004).

вовая модель, имплицитно ориентированная на индустриальное общество, как это нередко можно наблюдать и в других областях частного права, оказывается неработающей в условиях постиндустриального общества¹² — общества, в котором все мы живем, причем неработающей та или иная модель оказывается именно в принципиальных, существенных моментах.

Так, авторы не без сарказма замечают, что левый рельс имеет меньшую стоимость в отрыве от правого, однако такая «железнодорожная парадигма» банкротства вовсе не работает в современном хозяйстве¹³, где рке давно основу любого бизнеса составляют не те или иные виды имущества, а их особая связь и взаимоуравновешенность. Наконец, что самое главное, ценность любого бизнеса определяется, скорее, не имуществом, принадлежащим конкретному юридическому лицу, а человеческим капиталом, т.е. людским ресурсом, связанным с конкретной организацией. Соответственно следующий вопрос, который авторы адресуют науке — стоит ли в таком случае ограничивать распродажу имущества должника по частям: если финансовое оздоровление в своей основной идее есть не более чем формальность, анахронизм, не легче ли *expressis verbis* разрешать распродажу активов, не заботясь о сохранении неуловимой ценности, которая якобы присутствует в продолжающем свое существование бизнесе?¹⁴

Ответы на поставленные вопросы авторы ищут в базовых проблемах теории фирмы и корпоративных финансов, а именно: почему и для чего существует фирма (в том смысле, как она понимается в микроэкономической теории, где фирма — это скорее аналог предприятия как: имущественного комплекса, чем корпоративная оболочка, обнимающая такой имущественный комплекс). Учитывая, что оба автора так или иначе связаны с Чикагской школой права (карьера Бэйерда как профессора связана с названной школой, там же он преподавал и сейчас, Роберт Расмуссен окончил Чикагский университет и преподавал там в 2004 г.), несложно предположить, что за отправную точку в таком случае будет избрана теория их общего учителя Рональда Коуза, объясняющая, точнее, оправдывающая существование фирмы и юридического лица¹⁵.

Как известно, теория фирмы Коуза — это одна из частных интерпретаций более общего его учения о социальных издержках¹⁶, за которое он был

See, Baird and Rasmussen, *supra* note 3, at 754.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Cf., id.*, at 753-4.

¹⁵ See, Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm*, 4 *ECONOMICA* n.s. 386-405 (1937), reprinted in: RONALD H. COASE, *THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW* 33-55 (Chicago: Univ. of Chicago Press., 1988). Русский перевод: Рональд Г. Коуз. *Природа фирмы* / Теория фирмы / Под ред. В.М. Гальперина. СПб., 1995. 01-32; *Природа фирмы*: Пер. сангл. М.: Дело, 2001. С.33-52.

¹⁶ See, Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *J. LAW & ECON.* 1 (1960), reprinted in: RONALD H. COASE, *THE FIRM, THE MARKET, AND THE LAW* 95-156 (Chicago: Univ. of Chicago Press., 1988).

удостоен в 1991 г. Нобелевской премии по экономике, смысл указанной теории может быть предельно утрированно выражен следующим образом: обороту легче «закрыть» множество разрозненных до того социальных связей внутри фирмы, чем допустить множество отдельных социальных связей и отношений, именно поэтому оборот, а вслед за ним право как выразитель, оформитель ожиданий оборота создают институт предприятия как имущественного комплекса, а вслед за ним — корпоративной организации, позволяющий минимизировать издержки. Соответственно коузианское отношение к корпоративному образованию сугубо утилитарно и функционально: корпоративное образование суть не более чем оболочка, правовая форма, использование которой просто удобно для того, кто осуществляет хозяйственную деятельность, поскольку заменяет необходимость каждый раз согласовывать волю тех или иных участников социальных отношений сугубо директивным методом управления: внутри корпорации, при том что это образование частноправовое, воцаряются методы управления, свойственные не началу координации, а подчинения. Таким образом, юридическое лицо (фирма в терминологии Коуза и экономической науки) — альтернатива договору, хотя и существующая по законам частного права, но в силу указанной специфики принципиально отличающаяся от обязательственного права в центральном моменте — в необходимости каждый раз согласовывать волю участников правоотношения, а потому в корпоративных отношениях возможен и диктат большинства, и игнорирование воли тех или иных субъектов — положение, совершенно нетипичное для традиционного обязательственного права.

Несложно предположить, что при указанном сугубо функциональном подходе как к юридическому лицу, в рамках которого ведется тот или иной бизнес, так и к самому бизнесу (до тех пор, пока бизнес суть особым образом объединенные экономические процессы и соответствующие им виды имущества плюс человеческий капитал) Бэйрд и Расмуссен, не погрешив против истинного смысла теории Коуза, могут заявлять об отсутствии какой-либо самостоятельной экономической ценности в конкретном корпоративном образовании: если имущество, принадлежащее конкретному юридическому лицу, без ущерба для его стоимости и назначения может использоваться за пределами такой организации, то какой-либо дополнительной ценности сам по себе бизнес и тем более корпоративная оболочка, ею обрамляющая, не имеют¹⁷. Если фирма (в смысле корпоративного образования, а не предприятия как имущественного комплекса) есть структура имущественных отношений, то какого-либо принципиального значения вопрос, в связи с *каким* юридическим лицом существуют подобные отношения, не имеет, а потому

Cf., Baird and Rasmussen, *supra* note 3, at 758.

одну корпоративную оболочку может сменить другая. Аналогично и с самим бизнесом (фирма как объект, имущественный комплекс): поскольку бизнес ценен *hoc et nunc*, то и модификация бизнеса, в том числе смена его хозяина, отделение части бизнеса и передача его другому хозяину, не имеет решающего значения. Соответственно и в том, в и другом случае с точки зрения теории фирмы Коуза (по крайней мере как эту теорию интерпретируют Бэйерд и Расмуссен) сохранение корпоративного должника вряд ли обоснованно.

Более того, если конкретное корпоративное образование испытывает финансовые затруднения, то это лишь сигнализирует о том, что бизнес, осуществляемый таким образованием, не отвечает запросам оборота, а потому, следуя дарвиновской логике, такую нежизнеспособную корпорацию не следует сохранять, лучше ее ликвидировать, расчистив дорогу экономически устойчивым субъектам.

Идея, высказанная авторами, согласно которой определенное имущество имеет значение применительно к конкретному корпоративному должнику лишь в рамках «железнодорожной парадигмы», требует подтверждения, чему отводится значительная часть исторического рассмотрения развития законодательства о несостоятельности в Северной Америке и Великобритании¹⁸. Вывод, к которому приходят Бэйерд и Расмуссен, — в любом бизнесе важно не имущественное наполнение, а успешная реализация плана, изначально заложенного в бизнес-модели, — если верить их документальным свидетельствам, лишь подтверждает выдвинутый ранее тезис.

Когда определяющим для успешности любого бизнеса является не имущество, а достижение тех целей, которые закладываются в конкретную бизнес-модель, то, очевидно, наибольшую ценность для любого проекта приобретает человеческий капитал — конкретные люди, которые реализуют задуманное. Именно подтверждению данной мысли посвящена другая значительная часть работы¹⁹, причем, если опять-таки принять все те данные, которые приводят авторы со ссылкой на конкретные примеры успешных и разорившихся компаний, картина получается убедительной. Соответственно если сохраняющее свое существование в рамках банкротного процесса юридическое лицо и обладает какой-либо особой ценностью, отличной от набора имущества, принадлежащего ему, то эта ценность заключена в работниках такой организации²⁰, точнее, в «закрытости» работников в такой организации, а потому указанная ценность существует лишь до тех пор, пока позитивное право способно удерживать работников в конкретной организации. Напротив, как только правопо-

Id., at 758-68.

¹⁹ *И.*, at 769-77.

²⁰ *Id.*, at 777.

рядок ослабляет привязанность работников к той или иной организации, предоставляя возможность человеку самостоятельно решать, где ему трудиться, та самая особая ценность корпорации утрачивается. Понятно, что если современные правовые порядки не обеспечивают какого-либо закрепления работника в конкретной организации, то ни корпорация, ни бизнес такой корпорации не будут обладать особой ценностью, в интересах сохранения которой следовало бы поддерживать существование подобной корпорации.

Между тем все предшествующее изложение не принимало во внимание еще один фактор — наличие интересов корпоративных собственников (акционеров, участников), тех лиц, которым принадлежит экономическая власть над юридическим лицом. Включение в предмет рассмотрения указанных лиц принципиально меняет картину, а потому, как полагают авторы, только вопросы распределения корпоративного контроля допускают существование, точнее юридическое оправдание банкротства и возможное сохранение должника²¹. Действительно, если сталкиваются две и более группы инвесторов, обладающих разнонаправленными интересами и соответственно принципиально различным видением будущего бизнеса конкретного корпоративного должника, то для таких конкурирующих групп сохранение самого юридического лица и «закрытие» внутри его имущества и бизнеса подобного должника очень удобно, поскольку позволяет посредством инструментов, воплощенных в известных и всем понятных правовых формах (акции, доли в уставном капитале, права требования, включенные в реестр требований кредиторов), контролировать юридическое лицо, а через подобный контроль — все его имущество.

В новейшей литературе зарубежного корпоративного права и корпоративных финансов все чаще артикулируется идея, согласно которой не только интересы акционеров (участников) юридического лица могут обладать разной направленностью, при этом интересы акционеров (участников) могут идти вразрез с интересами юридического лица как такового, но также интересы акционеров (участников) и юридического лица могут расходиться с интересами кредиторов и работников такого юридического лица, наконец, государства и общества в целом²². Соответственно при разрозненности, разнонаправленности,

/d., at 780.

22 _ ,

Проблема разнонаправленности интересов различных участников корпоративных отношений, как напрямую вовлеченных в управление корпорацией, так и тех, кто лишь способствует ее функционированию, недавно начала привлекать внимание ученых. При этом, как показывают специальные исследования, ни акционеры, особенно в корпорациях с высоким уровнем дисперсии акционерного капитала, ни кредиторы и прочие контрагенты юридического лица не являются выразителями одинаковых настроений. Более того, даже у отдельного акционера интерес может меняться под влиянием тех или иных обстоятельств, чему, в частности, посвящена интереснейшая работа Линн Стоут (Lynn A. Stout, *The Mechanisms of Market Inefficiency: An Introduction to the New Finance*, 28 J. CORP. L. 635, 640-50 (2003)). Аналогичную мысль в различных вариациях можно встретить и в других публикациях (cf, Lynn A. Stout, *Are Stock Markets Costly Casinos? Disagreement*,

доходящей порой до хаотичности, интересов всех участников оборота, которые своим участием в той или иной форме обеспечивают существование конкретного юридического лица, право призвано примирить имманентно присущий экономическим отношениям конфликт интересов, обеспечив в таком случае некий минимум равновесия и, если угодно, юридической справедливости.

Несложно предположить, что правовые предписания, конструирующие банкротный механизм, в свете приведенных соображений представляют собой вмешательство законодателя в самоорганизующийся рынок, которое, с одной стороны, обеспечивает поддержание известного баланса интересов всех вовлеченных в банкротство участников оборота, а с другой стороны, предоставляет минимальный набор статутных гарантий, призванных обеспечить поддержание указанного равновесия²³. Иными словами, при подобном подходе банкротство, в том числе реорганизационные процедуры, не позволяющие в угоду сиюминутным интересам распродать все имущество должника и ликвидировать организацию, суть одно из патерналистских влияний государства, забота об участниках оборота, проявляемая в интересах не отдельных лиц, а всего оборота в целом. Однако такая излишняя забота государства и соответственно сохранение банкротного механизма необходимы там, где рынок сам не в состоянии поддержать те или иные значимые для всего оборота институты, как, например, это имело место в случае с железными дорогами: несмотря на то что инфраструктура жизненно необходима рынку, не вмешайся государство в вопросы дальнейшего функционирования такой инфраструктуры (конкретной железнодорожной компании, испытывающей трудности из-за убыточности бизнеса), рынок разорвал бы на куски эту инфраструктуру.

В случае, когда интересы группы, состоящей из основной части кредиторов, с одной стороны, и группы акционеров, участников — с другой, более или менее однородны в рамках каждой из этих групп, можно допустить механизм, который делает излишним банкротство как таковое: здесь любой конфликт интересов может быть разрешен *соглашением* сторон, а потому, помимо договорного права, больше ничего не требуется. Здесь рынок самостоятельно решает проблему несостоятельного корпоративного должника. На это, как полагают авторы²⁴, указывает текущая практика: кредиторы,

Market Failure, and Securities Regulation, 81 VA. L. REV. 611 (1995); Peter H. Huang, *Teaching Corporate Law from an Option Perspective*, 34 GA. L. REV. 571 (2000); Shaun P. Martin and Frank Partnoy, *Encumbered Shares*, 2005 U. Ill. L. Rev. 775, 778-80). Обоснованию отсутствия единых интересов у акционеров посвящены ряд статей профессора Бэйнбриджа (see, e.g., Stephen M. Bainbridge, *Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance*, 97 NW. U. L. REV. 547 (2003); Stephen M. Bainbridge, *Director Primacy in Corporate Takeovers: Preliminary Reflections*, 55 STAN. L. REV. 791 (2002); Stephen M. Bainbridge, *The Board of Directors as Nexus of Contracts*, 88 IOWA L. REV. 1 (2002)).

²³

Cf., Baird and Rasmussen, *supra* note 3, at 781.

²⁴

¹ /с/., at 785.

которые реально заботятся о возвратности средств, предусматривают при заключении заемных договоров действенные механизмы, обеспечивающие исполнение обязательств должником, а потому получают привилегированное положение в сравнении с прочими кредиторами. Соответственно, выговаривая те или иные способы исполнения обязательств и возвратности кредитов, указанные кредиторы добиваются включения в свои договоры с должником механизмов, предопределяющих переход реального контроля над корпорацией в руки кредиторов, на тот случай, если корпорация окажется не в состоянии погасить свои долги, причем подобные механизмы могут включаться еще до инициирования банкротного процесса. Если добавить сюда наличие довольно развитого рынка продажи готового бизнеса, на котором в принципе любое предприятие как имущественный комплекс, принадлежащее конкретному юридическому лицу, может быть продано²⁵ как целиком, так и по частям, банкротство как особый институт начинает казаться и впрямь чем-то излишним: если между и кредиторами и корпорацией (ее акционерами) может быть заключен договор, позволяющий довольно легко передавать контроль над организацией от акционеров кредиторам, то кредиторы, получив контроль, вправе продать бизнес на сторону, получив тем самым удовлетворение по своим требованиям опять же за рамками банкротной процедуры.

Таким образом, выводы, к которым приходят Бэйрд и Расмуссен, состоят в следующем: банкротство, ориентированное на реабилитацию корпоративного должника, может существовать лишь в условиях, когда имеются особые, специфические виды имущества, которые должны продолжать пребывать в рамках конкретного юридического лица, причем права контроля над таким юридическим лицом распределены крайне неудачно и не могут легко перераспределяться, где, наконец, продажа всего бизнеса именно как *работающего* невозможна в принципе²⁶. Однако наличие всех указанных условий в совокупности удовлетворяет лишь одному типу компаний: небольшим корпорациям, основной ценностью которых является особый человеческий капитал — конкретные люди, которые своими знаниями, навыками и талантами не только способствовали развитию конкретного бизнеса, но и могут обеспечить его возрождение и дальнейшее существование, соответственно реструктуризация в банкротстве не имеет каких-либо перспектив на будущее для крупных компаний²⁷. Именно для крупных корпораций банкротство в смысле реабилитационных механизмов отжило свой век.

Id., at 786.

Id., at 788.

Однако тут же возникает другой вопрос: а следует ли в таком случае сохранять банкротный механизм для мелкого бизнеса, ведь банкротство сопряжено с огромными издержками, соответственно под силу, к примеру, семейному ресторанчику или небольшой продуктовой лавке пройти подобную процедуру успешно?²⁸ Очевидно, что нет, право в подобном институте создает конструкцию, лишенную реального применения и не отвечающую тем целям правового регулирования, которые ставились изначально, но оказывались недостижимыми²⁹. Соответственно слова, которыми заканчивают свою провокацию Бэйрд и Расмуссен, звучат как приговор: дни, когда право реструктуризации в банкротстве обещало значительные блага, ушли³⁰.

Провокация Бэйрда и Расмуссена не осталась незамеченной. Как в тоне, так и в содержании приведенной работы местами сквозит если не юношеская задиристость, то легкая несерьезность, которую может позволить себе в разговоре с неофитом, только что открывшим для себя глубины той или иной теории, академический ученый. В подобной ситуации можно допустить завиральность, в которой нет ни капли презрения или надменности к неофиту, а скорее легкое лукавство, которая именно в силу своей несерьезности в сравнении с только что познанной истиной должна, по мысли ученого, стимулировать новичка к дальнейшим поискам и изысканиям. Улыбка с прищуром, которая чувствуется в отдельных пассажах Бэйрда и Расмуссена, замечена, правда, не неопытным новичком, а, напротив, другим академическим ученым, признанным авторитетом в корпоративном банкротстве — Линн ЛоПуки³¹, известным главным образом благодаря публикациям, посвя-

⁰ *Id.*, at 789.

Указанную мысль Бэйрд развивает в специальной работе в соавторстве с Эдвардом Моррисоном, однако в несколько ином ракурсе: небольшим корпорациям (компаниям мелкого и среднего бизнеса) следует заботиться не о сохранении корпоративной оболочки, а об обеспечении поддержки конкретного коммерсанта, интрепренера, который своими навыками, знаниями и усилиями способствовал становлению бизнеса, однако в настоящее время, исходя из тех или иных макроэкономических обстоятельств, испытывает трудности (see, Douglas G. Baird and Edward R. Morrison, *Serial Entrepreneurs and Small Business Bankruptcies* (January 4, 2005). Chicago Law & Economics Working Paper No. 236, available at: <http://ssrn.com/abstract=660301> [25.01.2006]).

^{an} Baird and Rasmussen, *supra* note 3, at 789

Lynn M. LoPucki, Security Pacific Bank Professor of Law, UCLA School of Law. Personal web-page available at: <http://www.law.ucla.edu/home/index.asp?page=601> [15.01.2006].

³² See, e.g., Lynn M. LoPucki, *The Myth Of The Residual Owner: An Empirical Study*, 82 WASH. U. L. Q. 1341 (2004); Lynn M. LoPucki and Joseph W. Doherty, *Why Are Delaware and New York Bankruptcy Reorganizations Failing?* 55 VAND. L. REV. 1933 (2002); Lynn M. LoPucki and Sara D. Kalin, *The Failure of Public Company Bankruptcies in Delaware and New York: Empirical Evidence of a "Race to the Bottom"*, 54 VAND. L. REV. 231 (2001); Lynn M. LoPucki and George G. Triantis, *A Systems Approach to Comparing U.S. and Canadian Reorganization of Financially Distressed Companies*, 35 HARV. INT'L. L. J. 267 (1994); Theodore Eisenberg and Lynn M. LoPucki, *Shopping for Judges: An Empirical Analysis of Venue Choice in Large Chapter 11 Reorganizations*, 84 CORNELL L. REV. 967 (1999); Lynn M. LoPucki and William C Whitford, *Corporate Governance in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies*, 141 U. PA. L. REV. 669 (1993);

ценным реструктуризации крупнейших корпораций в банкротстве³², а также созданной им электронной базе данных крупнейших банкротств³³.

В ответ на указанную выше работу ЛоПуки опубликовал годом позже, в декабре 2003 г., в том же журнале статью «Природа банкротной фирмы: ответ на «Конец банкротства» Бэйерда и Расмуссена»³⁴. При этом ответ ЛоПуки как по форме, так и по существу оказался не столь невинным, как инициировавшая дискуссия работа: по тону рассуждений это скорее анализ, лишенный какой-либо эмоциональности, а по существу статья ЛоПуки — разгромная критика, шаг за шагом разбивающая тезисы, выдвинутые Бэйердом и Расмуссеном.

Уже из самого названия работы ЛоПуки видно, что острее критики оппонента направлено в самое сердце выставленной ранее теории: для того чтобы отвергнуть все прочие тезисы, следует вскрыть существо и специфику юридического лица — банкрота, точнее, организации, в отношении которой решается вопрос, сохранять ее дальше или ликвидировать, распродав все имущество и проведя расчеты с кредиторами. Соответственно если само по себе корпоративное образование обладает какой-либо ценностью, то корпоративное банкротство имеет право на существование, а потому все контрдоводы ЛоПуки направлены на отыскание и обоснование особых составляющих, дающих организации ту самую ценность.

Критик Бэйерда и Расмуссена вполне обоснованно отмечает отсутствие выдержанной терминологии у авторов, когда они говорят о фирме: в одних случаях под ней понимается само юридическое лицо, в отношении которого

Lynn M. LoPucki and William C. Whitford, *Bargaining Over Equity's Share in the Bankruptcy Reorganization of Large, Publicly Held Companies*, 139 U. PA. L. REV. 125 (1990).

33

На создание указанной базы данных ученый потратил около 20 лет, к настоящему времени она включает в себя данные о 863 банкротных делах, начиная с 1 октября 1979 г., возбуждавшихся в отношении крупнейших американских корпораций (критерий — стоимость имущества компании более 100 млн долл. в ценах 1980 г.), сведения о которых почерпнуты из материалов судебных дел, отчетов, представляемых в SEC, а также 140 других источников (see, Lynn M. LoPucki's Bankruptcy Research Database, available at: <http://lopucki.law.ucla.edu/index.htm> [15.01.2005], LYNN M. LOPUCKI, *COURTING FAILURE: HOW COMPETITION FOR BIG CASES IS CORRUPTING THE BANKRUPTCY COURTS* xi (Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2005)).

Lynn M. LoPucki, *The Nature of the Bankrupt Firm: A Reply to Baird and Rasmussen's The End of Bankruptcy*, 55 STAN. L. REV. 645 (2003), also available as working paper at: <http://ssrn.com/abstract=397780> [15.01.2005].

35

За рамками дальнейшего рассмотрения остаются все доводы, приводимые ЛоПуки, которые основаны на статистических данных, в этом моменте Бэйерди и Расмуссен принципиально расходятся с ЛоПуки: если по данным указанных авторов количество банкротств, где избирался сценарий финансовой реабилитации, с 80-х гг. XX в. неуклонно сокращается, то по многим выкладкам, приводимым ЛоПуки, в 2002-2003 гг. произошел бум корпоративных банкротств, построенных по модели реструктуризации (see, LoPucki, *supra* note 34, at 646-50). Объясняется подобный всплеск банкротных реорганизаций, по мнению ЛоПуки, волной слияний и поглощений, пик которой пришелся на 2000 г., и осуществлявшихся в правовых формах за рамками банкротства, соответственно реструктуризация в банкротстве преследует те же цели, что и обычная реорганизация, однако прибегают к такой реструктуризации либо те компании, слияния которых оказались неудачными, либо те, кто не смог удержаться на рынке (see, *id.*, at 650, note 27).

возбуждено дело о несостоятельности, а в других — принадлежащий корпоративному должнику имущественный комплекс или бизнес как таковой³⁶. Если под термином «фирма» понимать юридическое лицо — должника, что скорее ближе к тексту Бэйерда и Расмуссена, то фирма в этом смысле действительно не имеет никакой экономической значимости. Когда конкретные люди, имущество и внутренняя организация оказываются аналогичными ранее существовавшим, но уже в рамках нового юридического лица, вряд ли кто-то будет сомневаться, что фирма в экономическом смысле сохранилась; таким образом, отношения между людьми и активами — это и есть фирма³⁷. Чтобы понять, следует ли сохранять конкретное корпоративное образование — должника, необходимо выяснить, *какие отношения* обеспечивают ценность фирмы в указанном смысле и где их место в рамках юридического лица.

Для удобства изложения ЛоПуки последовательно рассматривает три вида активов, из которых образуется фирма в экономическом смысле: материальные активы (материальные вещи, прочее имущество, включая имущественные права — все, что имеет так или иначе объективированную оценку), нематериальные активы (ноу-хау, особые знания и накопленный опыт, бизнес-планы и пр.), команды, реализующие бизнес-проекты. Для каждого из указанных видов активов у ЛоПуки находятся примеры того, когда сохранение множества элементов в соединении позволяет обеспечить их большую рыночную ценность.

Так, применительно к материальным активам ЛоПуки указывает в качестве примера конкретное дело, где в рамках банкротства ресторана все имущество должника заключалось в праве аренды, оцененном в \$60 000, и наборе оборудования и мебели, стоившем \$21 500, между тем арбитражный управляющий продал указанное имущество вместе за \$165 000, т.е. по цене, вдвое превышающей стоимость каждого объекта, если бы он продавался по отдельности³⁸. Таким образом, даже между конкретными видами имущества безотносительно к той самой «железнодорожной парадигме» банкротства, о которой говорили Бэйерд и Расмуссен, нередко возникают специфические связи, которые наделяют их особой, дополнительной ценностью, а потому разделение, распыление такого имущества могут повлечь снижение его стоимости. Указанная ценность, по мысли ЛоПуки, и есть та особая ценность, которую предохраняет институт банкротства³⁹.

LoPucki, *supra* note 34, at 656.

Id.

Id., at 653.

Id., at 654.

Нематериальные активы, по мнению ЛоПуки, в ходе банкротства также могут быть утрачены вовсе или существенно обесценены. Понятно, что если компания пришла к финансовому краху, то бизнес-модель, положенная в основу ее деятельности, оказалась неудачной, а потому стараться сохранить или реализовать ее в будущем глупо. Однако помимо бизнес-планов нематериальные активы, о которых рассуждают спорящие, включают в себя особые навыки, знания и связи, относящиеся именно к конкретному бизнесу: подобный опыт и связи нарабатывались годами и даже десятилетиями, соответственно ликвидация компании и распродажа имущества по частям могут привести к утрате такого рода активов. Примерами указанного рода активов, которые, по мнению ЛоПуки, не принимаются в расчет Бэйрдом и Расмуссеном, являются знания менеджерами реальных способностей своих подчиненных, их предпочтения в работе, знания тех или иных бюрократических процедур, особые доверительные отношения, которые устанавливаются между конкретными представителями компании и основными контрагентами такого юридического лица⁴⁰ — словом все то, что минимизирует издержки в деятельности любого бизнеса в сравнении с тем, как если бы этот бизнес начинался с нуля.

Рассматриваемые виды активов чрезвычайно тесно сопряжены с другой ценностью бизнеса, имеющей принципиальное значение для функционирования любого предприятия, — человеческим ресурсом, или, как его именует ЛоПуки, командами⁴¹. Соглашаясь в общем с тезисом, отстаиваемым Бэйрдом и Расмуссеном, что основу любого бизнеса составляет не имущество, а конкретные люди, вовлеченные в бизнес-процессы, ЛоПуки тем не менее расходится с указанными авторами в одном моменте: если для предвестников конца банкротства сами работники, их группы, главным образом элиты работников, являются носителями основной ценности любого бизнеса, то для ЛоПуки подобная ценность ассоциируется с работниками, причем не только с элитой, но со всеми участниками бизнес-процессов⁴², однако при условии, что конкретные работники сохраняют установившиеся связи между собой, с менеджментом конкретной организации, наконец, в связи и по поводу того имущества, которое принадлежит конкретной организации. Иными словами, работники являются носителями особой ценности лишь в соединении с прочими активами, входящими в любой бизнес. Для Бэйерда и Расмуссена фирма не имеет самостоятельной ценности, а работники, напротив, обладают такой ценностью⁴³.

Id., at 655.

⁴¹ И.

⁴² *Id.*, at 656.

⁴³ *Id.*

Указанная критика приводит ЛоПуки к центральному тезису, который противопоставляется мысли Бэйерда и Расмуссена: как полагает ЛоПуки, ученые, взявшие за основу своей теории коузианскую модель фирмы, сами же сделали все, чтобы от нее отойти, а потому природа банкротной фирмы в терминах теории Коуза, как она интерпретируется Бэйердом и Расмуссеном, имеет мало общего с сами Коузом⁴⁴. Мало того, что Бэйерд и Расмуссен зачастую смешивают понятия юридического лица и предприятия как имущественного комплекса, используя термин «фирма»⁴⁵, даже там, где под фирмой понимается бизнес, управляемый конкретным коммерсантом, — наиболее близкое к теории Коуза значение, — здесь авторы делают существенное отступление от коузианской модели, которое сводит на нет ее оригинальность. Так, если для теории Коуза самым важным элементом является включенность всех факторов в одну систему, которая подчиняется авторитарному управлению коммерсанта, и достигаемое через подобную замкнутость сокращение издержек, то, по мысли Бэйерда и Расмуссена, фирма Коуза — это корпоративная оболочка, вобравшая в себя набор нескольких активов (материальные и нематериальные активы, работники). Между тем сам Коуз впоследствии отмечал, что его концепция фирмы не предполагает определяющей роли имущества, напротив, главенствующую роль играют *отношения*, возникающие внутри фирмы⁴⁶, соответственно зависимость фирмы от имущества имеет меньшее значение, чем зависимость конкретной фирмы (бизнеса) от установившейся внутри ее и вовне структуры социальных связей, в том числе связей с работниками⁴⁷.

Итак, если согласиться с предлагаемым автором пониманием теории фирмы Коуза, то природа банкротной фирмы, по ЛоПуки, предполагает поиск особой ценности в такой фирме, не сводимой к ценности элементов, ее составляющих, при этом указанная ценность заключается в установившихся отношениях (социальных связях) между коммерсантом (менеджером, управляющим юридическим лицом, или корпоративным собственником, использующим юридическое лицо для целей ведения предпринимательской деятельности) и рабочей силой, а не в особенностях имущества, заключенного в конкретной фирме⁴⁸ (предприятию как имущественном комплексе или корпоративном

a., *id.*, at 658.

⁴⁵ *Id.*, at 656 note 67.

⁴⁶ See, Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm: Influence*, in: THE NATURE OF THE FIRM: ORIGINS, EVOLUTION, AND DEVELOPMENT 61, 70 (Oliver E. Williamson & Sidney G. Winter eds., N.Y.: Oxford University Press, 1991). Русский перевод: Рональд Г. Коуз. *Природа фирмы: влияние*// Природа фирмы: Пер. с англ. С.105.

⁴⁷

LoPucki, *supra* note 34, at 659.

⁴⁸ *Id.*, at 659.

образовании). Соответственно разрушение подобных отношений, которое может последовать при банкротстве, развивающемся по сценарию ликвидации корпоративного должника и распродажи имущества, неминуемо приведет к утрате неуловимой ценности, заключенной в самой корпорации.

Напротив, позиция Бэйерда и Расмуссена, усматривающих, по мнению ЛоПуки, в фирме только набор активов⁴⁹, с неизбежностью приводит к заключению, что финансово неблагополучная организация сама по себе не обладает какой-либо самостоятельной ценностью, а потому институт финансового оздоровления должника доживает свои последние дни. Между тем если неверна посылка (понимание природы фирмы), то неверно и следствие, вытекающее из подобной посылки (фирма не имеет самостоятельной ценности).

Не прошел незамеченным для ЛоПуки также тезис Бэйерда и Расмуссена, согласно которому банкротство как институт может быть заменено соглашением — явно выраженным, формализованным, или подразумеваемым — между акционерами (участниками) и кредиторами, в соответствии с условиями которого допускался бы обмен корпоративного контроля на права требования. В данном случае авторы, как полагает ЛоПуки, не только не приводят каких-либо убедительных примеров из практики, особенно банкротств крупнейших корпораций⁵⁰, но также не дают хотя бы примерного описания таких договорных моделей⁵¹. Таким образом, правовые механизмы, которые бы сглаживали конфликты разнонаправленных интересов кредиторов, каждый из которых по-своему представляет дальнейшую судьбу должника и при этом притязает на долю корпоративного контроля, в теории Бэйерда и Расмуссена оказываются вовсе неразработанными.

Есть у названной проблемы и другая составляющая, которая приобретает особую остроту применительно к американскому банкротному праву: инициирование реабилитационной процедуры и определение принципиальных условий плана реструктуризации бизнеса по законодательству США отнесены к компетенции совета директоров должника, соответственно игнорирование подобного момента со стороны Бэйерда и Расмуссена приводит к серьезному упрощению реального положения⁵². Вне зависимости от того, какие цели будет преследовать в таком случае совет директоров корпоративного

⁴⁹ *id.*

Договорные механизмы, предусматривающие обмен корпоративного контроля на права требования, в результате которого кредиторы получают экономическую власть над организацией, конечно, известны американскому праву, но используются они преимущественно для вновь создаваемых, при этом небольших компаний, действующих главным образом в сфере высоких технологий.

LoPucki, *supra* note 34, at 663.

⁵² *Id.*, at 668.

должника, в ситуации, когда ему предоставлено в принципе ничем не ограниченное право как инициировать названную процедуру, так и определить ее наиболее важные моменты, очевидно, что шансы на заключение соглашения между кредиторами и должником становятся призрачными, поскольку акционеры *de facto* отстраняются от договорного процесса. Сюда следует добавить, что основная часть крупнейших американских корпораций основана на так называемой дисперсной системе корпоративной собственности, при которой у компании отсутствуют контролирующие акционеры, что на деле обеспечивает формирование совета директоров, интересы которого могут не совпадать с интересами некоторых, а нередко и большей части акционеров, а потому даже если акционеры согласны обменять свои права корпоративного контроля на долги к корпорации, вполне возможно, что в такое соглашение вмешается совет директоров, мнение которого придется учитывать. Однако при подобном вмешательстве возможность заключения и исполнения соглашений с кредиторами, которые бы заменили банкротные механизмы, стремится к нулю.

Следует отметить, что идея, согласно которой банкротство как правовой механизм есть излишний институт, не нова: во многом подобная идея восходит к опубликованной в 1992 г. Расмуссеном работе¹¹, которая породила дискуссию, ассоциирующуюся с так называемым контрактным подходом к банкротству⁵⁴. Однако если прежде контрактанцы вели речь о включении в банкротные процедуры элементов соглашения, свободы договора, диспозитивности, то в рецензируемой статье Бэйерд и Расмуссен пошли дальше, заявив о полном вытеснении банкротства обязательственным (договорным) правом. Подобный шаг, по мнению ЛоПуки, который также являлся активным участником полемики со сторонниками контрактанского подхода к банкротству, порывает с прежней традицией течения «право и экономика», не осмеливавшейся идти так далеко в указанном вопросе⁵⁵. Между тем идея смелая и интересная, как полагает ЛоПуки, но пока что она не находит какого-либо практического и серьезного теоретического подкрепления, доказательством чему, по мнению ЛоПуки, служит несостоятельность провозглашенного конца банкротного права.

Robert K. Rasmussen, *Debtor's Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy*, 71 TEX. L. REV. 51 (1992).

Alan Schwartz, *A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy*, 107 YALE L. J. 1807 (1998); Lynn M. LoPucki, *Contract Bankruptcy: A Reply to Alan Schwartz*, 109 YALE L. J. 317 (1999); Alan Schwartz, *Bankruptcy Contracting Reviewed*, 109 YALE L. J. 343 (1999); Lynn M. LoPucki, *Bankruptcy Contracting Revised: A Reply to Alan Schwartz's New Model*, 109 YALE L. J. 365 (1999); Steven L. Schwarcz, *Rethinking Freedom of Contract: A Bankruptcy Paradigm*, 77 TEX. L. REV. 515 (1999); Susan Block-Lieb, *The Logic and Limits of Contract Bankruptcy*, 2001 U. ILL. L. REV. 503.

LoPucki, *supra* note 34, at 671.

При указанном положении ЛоПуки завершает свою критику язвительным замечанием: почему крупнейшие реорганизационные процедуры в банкротстве продолжают появляться в значительном количестве, ответом здесь может быть лишь то, что корпорации противятся собственной распродаже по причинам, которые ученые лишь недавно начали постигать; соответственно главным достижением «Конца банкротства» может быть то, что указанная работа послужит катализатором к изучению подобных причин⁵⁶. Итак, ни оригинальной теории, ни убедительных доводов работа Бэйерда и Расмуссена, если верить ЛоПуки, не содержит, а лишь заставляет задуматься о причинах, почему до сих пор крупнейшие корпорации предпочитают финансовое оздоровление ликвидации и распродаже активов.

Бэйерд и Расмуссен, видимо, будучи не в силах молчать после подобной разгромной критики, публикуют вслед за ЛоПуки ответную статью, которая вышла на страницах того же номера журнала. При этом название ответной публикации не менее претенциозно: «Глава 11 на закате» (имеется в виду Глава 11 Кодекса США о банкротстве, которая посвящена реструктуризации в банкротстве)⁵⁷, как и в случае с первоначальной статьей⁵⁸, здесь напрашивается аллюзия с заглавиями довольно скандальных философских произведений⁵⁹.

Принимая во внимание, что на один из главных упреков, высказанных ЛоПуки по отношению к теории конца банкротства, — отсутствие серьезной эмпирической основы, Бэйерд и Расмуссен ответили вездливым анализом всех крупнейших реорганизационных процедур, проведенных в рамках банкротных процессов 2002 г. в США, причем за основу были взяты данные

⁵⁶ *id.*

⁵⁷ Douglas G. Baird and Robert K. Rasmussen, *Chapter 11 at Twilight*, 56 STAN. L. REV. 673 (2003), also available in PDF format at: <http://ssrn.com/abstract=455960> 15.06.2005.

Название статьи «Конец банкротства» отсылает к известной книге философа Фрэнсиса Фукуямы, провозгласившего финальность истории и развития политических режимов (see, FRANCIS FUKUYAMA, *THE END OF HISTORY AND THE LAST MAN* (Free Press, 1992). Русский перевод: Фукуяма Ф. *Конец истории и последний человек* / Пер. с англ. М.Б. Левина. М.: АСТ: Ермак, 2005). Идея финальности, логической завершенности развития истории уже не первый раз заимствуется юристами у философов. Годом ранее публикации Бэйердом и Расмуссеном своей статьи увидела свет другая статья со схожим названием, где провозглашался, правда, в ином ракурсе конец истории корпоративного права. Тогда статья Хансмманна и Кракмана также наделала много шума (see, Henry Hansmann and Reinier Kraakman, *The End of History for Corporate Law*, 89 GEO. L. J 439 (2001)). См. мою рецензию на указанную работу: Степанов Д.И. *И это только начало*. Рецензия на статью Генри Хансмманна и Рейнера Кракмана «Конец истории корпоративного права» // *Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов*. Вып. 4. М.: Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2005. С.564-585.

⁵⁹

Предложенный выше вариант перевода заглавия ответной статьи Бэйерда и Расмуссена отнюдь не единственный, его можно было бы передать и как «Закат Главы 11», и как «Сумерки Главы 11». Первый вариант перевода отсылает к книге Освальда Шпенглера, провозгласившей финальность историко-культурного развития европейской мысли и образа жизни (Шпенглер О. *Закат Европы. Очерки морфологии мировой истории*. В 2 т. М.: Мысль, 1998), а второй - к скандально знаменитой книге Ницше, провозглашающей переоценку ценностей как свершившийся факт (Ницше Ф. *Сумерки богов*. М., 1989).

из указанной выше электронной базы данных о крупнейших банкротствах, которую поддерживает ЛоПуки. Вывод, на обоснование которого Бэйерд и Расмуссен потратили около половины объема ответной статьи, лишь подтверждает ранее выставленный тезис реструктуризация в банкротстве либо прикрывает продажу всего бизнеса или части активов, либо формализует, утверждает те соглашения, которые были достигнуты между кредиторами и акционерами (самой корпорацией в лице ее совета директоров) в преддверии банкротства⁶⁰.

Разбор конкретных банкротств, проведенный Бэйердом и Расмуссеном, позволил авторам прийти к мысли, что традиционно финансовая реабилитация должника предполагала наличие в совокупности трех условий, при которых вообще возможна постановка вопроса о реструктуризации в банкротстве: (1) бизнес корпорации обладает известной ценностью, которая может быть утрачена в ходе распродажи активов и ликвидации; (2) инвесторы корпорации не могут отворотить наступление финансового кризиса при помощи обычных переговоров или торга с кредиторами, в связи с чем требуется механизм, призванный урегулировать коллективные разнонаправленные притязания; наконец, (3) конкретный бизнес целиком нельзя быстро и легко продать на открытом рынке без утраты его особой ценности. Стоит только удалить один из указанных моментов, как традиционное понимание реструктуризации в банкротстве начинает хромать⁶¹.

Соответственно всюду, где отсутствуют три указанных выше условия, реструктуризация в банкротстве не только излишня, но и губительна для бизнеса, точнее для того, что от него осталось. При подобном подходе Бэйерд и Расмуссен предлагают не пытаться сохранить остатки, а, напротив, продавать все оставшееся целиком, если, конечно, найдется желающий это купить и как можно скорее, либо распродавать по частям, пока эти части обладают хотя бы какой-то ценностью⁶².

Таким образом, финансовая реабилитация должника, особенно в ее традиционном понимании, предполагающем наличие в совокупности всех трех указанных условий, есть не более чем формальность, прикрывающая так или иначе продажу бизнеса либо отсрочивающая неминуемый конец для конкретного бизнеса. Доказательством подобной идеи служит конкретное банкротное дело, детально рассматриваемое авторами, — речь идет о той самой

See, Baird and Rasmussen, *supra* note 57, at 675-85.

⁶¹ *Id.*, at 674.

Cf., *id.*, at 687: «Лозунгом "Конец банкротства" было то, что с финансовой точки зрения бизнесы имеют незначительную ценность, которая может быть утрачена при продаже, либо вовсе ей не обладают, а также то, что даже если они такой ценностью и обладают, продажа бизнеса обеспечивает наиболее простой и зачастую наилучший способ сохранения такой ценности» (*пер. мой.* - Д.С.).

продаже активов ресторана, о которой говорилось выше, где, проданные сообще, каждый из имущественных объектов (право аренды ресторана, а также набор мебели и оборудования) показал продажную цену, вдвое превышающую цену продажи по отдельности⁶³. При более пристальном рассмотрении указанного банкротства, которым занялись Бэйерд и Расмуссен, ресторан, имущество которого продавалось в ходе банкротных процедур, дважды показывал финансовую несостоятельность своего бизнеса, однако в обоих случаях избирался механизм финансового оздоровления: в первый раз на торгах было продано все ликвидное имущество, определявшее бизнес данного ресторана, после чего другой собственник на базе этого имущества создал новый ресторан, однако во второй раз тот же самый ресторан, правда, под другим названием и, видимо, в другой корпоративной оболочке, был продан уже по частям — желающего купить *целое*, а не части имущественного комплекса попросту не нашлось⁶⁴. После череды переименований и ряда банкротных процедур от прежнего ресторана осталось лишь помещение, точнее, право аренды помещения, которое оказалось в руках известного ресторатора. Новый хозяин на месте разорившегося и показавшего свою финансовую несостоятельность бизнеса открыл собственный ресторан, при этом вложения в такой ресторан оказались минимальными, особенно в сравнении с вложениями первоначальных владельцев и всех последующих приобретателей, сроки создания нового бизнеса также были минимальны, а бизнес тем не менее оказался успешным: новый ресторан существует и по сей день⁶⁵.

Указанный пример, по мысли авторов, является прекрасной иллюстрацией простого тезиса: бизнес, который не может генерировать достаточно средств, которые обеспечивали хотя бы покрытие текущих расходов на его поддержание, бесполезен вне зависимости от того, сколько было потрачено на создание такого бизнеса⁶⁶. Иными словами, только тот бизнес обладает особой ценностью, который в принципе жизнеспособен, напротив, пытаться сохранить нежизнеспособный бизнес — пустое занятие.

При указанном подходе Бэйерд и Расмуссен незаметно возвращаются к центральному моменту дискуссии с ЛоПуки: что понимать под банкротной фирмой, обладает ли сама по себе такая фирма некой ценностью, которая может утратиться при разделе имущества должника, наконец, следует ли пытаться сохранить подобную фирму. Из предыдущего изложения становится понятным, что термин «фирма», используемый Бэйердом и Расмуссеном,

Id., at 685.

Id., at 686-7.

Id., at 687-8.

Id., at 687.

не вполне последовательно отделявшийся в «Конце банкротства» от корпоративной оболочки, его обрамляющей, суть не что иное, как бизнес, наиболее близкий аналог в терминах отечественной цивилистики — предприятие как имущественный комплекс (предприятие как объект прав). Здесь, как полагают авторы, они не вышли за рамки теории фирмы Коуза, а потому упреки Лопуки в неверном понимании теории фирмы, по мысли Бэйерда и Расмуссена, неуместны. Более того, именно *отношения*, складывающиеся внутри фирмы, составляют основу фирмы⁶⁷. Вслед за Коузом⁶⁸, авторы повторяют: отношения, а не активы составляют фирму⁶⁹.

Не отвергая значимости отношений, устанавливающихся внутри фирмы и существующих вне ее (последние не являются частью фирмы в коузианском понимании, однако обеспечивают успешность или провал конкретного бизнеса), Бэйерд и Расмуссен идут дальше, провозглашая тезис, который прежде не формулировался так четко: во всех фирмах имеются те или иные отношения, однако не все фирмы обладают той неуловимой ценностью, которую можно утратить при распаде подобных отношений⁷⁰. Между тем механизм финансового оздоровления, традиционно защищался с позиций того, что необходимо сохранять именно бизнес с той самой ценностью, а не любые фирмы; соответственно, если кто-то утверждает, что бизнес обладает подобной ценностью, то необходимо понять, насколько восстановление таких отношений затратно, и, более того, имеет ли сам по себе бизнес значимость⁷¹.

Однако те самые отношения, которые характеризуют конкретную фирму, зачастую могут быть воспроизведены в рамках другого бизнеса, т.е. другого предприятия как имущественного комплекса, другой фирмы и тем более в другой корпоративной оболочке. К слову, на место одних работников могут прийти другие, одни контрагенты могут быть заменены другими и т.д. Соответственно можно предположить существование некой критической массы отношений, которая требует средств и времени на ее восстановление (репликацию) в рамках иного бизнеса или другой организации, однако время и расходы можно легко преувеличить, тем самым произведя отождествление преувеличенных расходов с некой особой ценностью бизнеса⁷². Между тем

Id., at 689 п. 55.

⁶⁸ *Id.*, at 689 п. 54 (ссылка на статью Ronald H. Coase, *The Nature of the Firm: Origin*, in: THE NATURE OF THE FIRM: ORIGINS, EVOLUTION, AND DEVELOPMENT 22 (Oliver E. Williamson & Sidney G. Winter eds., NY: Oxford University Press, 1991). В русском переводе цитируемые слова Коуза отсутствуют - ср.: Рональд Г. Коуз. *Природа фирмы: истоки* // Природа фирмы: Пер. с англ. С. 53-73).

⁶⁹

Id., at 689.

⁷⁰ *Id.*, at 690.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*

если спуститься на землю, то, как показывает дальнейшая судьба финансово несостоятельного должника, подобное преувеличение рано или поздно дает о себе знать, если все же наступает ликвидация должника и распродажа имущества: жизнь дает понять, что отношения, заключенные в конкретной фирме и за которые так настоятельно держались, реально оказались малоценными для самого бизнеса.

Таким образом, авторы приходят к выводу, что не все внутрифирменные отношения обладают такой ценностью, которая являлась бы достаточной для сохранения правового механизма, ориентированного на поддержание конкретной фирмы⁷³, соответственно там, где аналогичные отношения в принципе могут быть воспроизведены в другой фирме, нет смысла держаться за несостоятельного должника. Наконец, там, где конкретные отношения уникальны и трудновоспроизводимы в рамках другого бизнеса, нет смысла их сохранять, поскольку финансовая несостоятельность показала низкую ценность таких отношений для целей успешного функционирования бизнеса.

Наиболее эффективным и оптимальным механизмом, позволяющим в таком случае сохранить то, что осталось, выступает, по мысли авторов, продажа всего бизнеса; если она не случится в подходящий момент, то скорее всего кредиторы в конечном счете поставят вопрос о распродаже имущества по частям⁷⁴. Конкретные примеры из практики, которые приводят авторы, лишь подтверждают правильность подобной мысли. Однако если указанный довод соответствует действительности, то продажа бизнеса в банкротном процессе является лишь одним из возможных вариантов продажи бизнеса: это можно сделать и вне рамок дела о банкротстве⁷⁵, соответственно зачем тогда необходимо банкротство? Наконец, почему в таком случае законодательно не предусмотреть механизмы, в основе своей имеющие обязательственно-правовые конструкции?

Ответ на указанный вопрос, казалось бы, приводит ЛоПуки: банкротство как правовой механизм призвано решить коллизию интересов множества кредиторов, противостоящих, с одной стороны, акционерам, а с другой стороны, несостоятельному корпоративному должнику, выразителем интересов которого выступает его совет директоров⁷⁶. Однако довод, в соответствии с которым совет директоров несостоятельного должника решает проблему

id., at 691.

⁷⁴ *и.*

⁷⁵ *id.*

Cf., ЛоПуки, *supra* note 34, at 665 («Кто-то должен созидательно управлять фирмой. Реорганизация в банкротстве решает проблему управления путем сохранения за директорами контроля над фирмой и возложения на них фидуциарных обязанностей по отношению ко всем заинтересованным сторонам.» {пер. мой. - Д.С.})