действие НОРМ О ДОГОВОРАХ ВО ВРЕМЕНИ

ГК 22 и ГК 64 не содержали специальных правил о действии во времени гражданских норм, включая те из норм, которые непосредственно рассчитаны на договоры. Указанный пробел в определенной мере был восполнен актами, посвященными вступлению в силу соответствующего Кодекса. Имеются в виду постановление ВЦИК от 11 ноября 1922 г. «О введении в действие Гражданского кодекса РСФСР, принятого на 4-й сессии ВЦИК IX созыва 31 октября 1922 г.» и Указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 12 июня 1964 г. «О порядке введения в действие Гражданского и Гражданского процессуального кодексов РСФСР».

Уже первый из этих актов предусмотрел, что нормы соответствующего Кодекса не обладают обратной силой, а потому на правоотношения, сложившиеся ко времени вступления его в действие, они не распространяются. Остальные правила, которые установили порядок вступления в действие Кодекса, составляли определенное исключение из указанного принципа. Так, в постановлении от 1 октября 1922г. предусматривалось: к возникшим до вступления в действие ГК правоотношениям, которые хотя и допускались действовавшими в этот момент законами, но были все же недостаточно полно урегулированы ими. Кодекс применяется. Имелось в виду тем самым использовать этот акт для восполнения возможных пробелов ранее действовавшего законодательства. Одна из таких исключительных норм сформировалась в рамках судебной практики.

Указ от 12 июня 1964 г. также подчеркнул, что Кодекс «применяется к гражданским правоотношениям, возникшим после введения его в действие». В то же время в Указе предусматривалось, что по договорным и иным гражданским правоотношениям, возникшим до 1 октября 1964 г., Гражданский кодекс РСФСР применяется к тем правам и обязанностям, которые возникнут после введения его в действие.

Следует в этой связи подчеркнуть, что отказ от обратной силы Кодекса всегда приводит к тому, что в гражданском обороте сосуществуют два разных правовых режима: один, основанный на прежних законах, а другой - на вновь принятом Кодексе. Негативные последствия складывающейся таким образом ситуации способны оказаться особенно чувствительными для договоров, многие из которых предполагают длящиеся между сторонами правоотношения.

Однако такими же негативными могут стать именно для договоров последствия противоположного решения: признания обратной силы Кодекса. Речь идет о том, что тем самым соглашение сторон утратит в определенной мере значение. Имеется в виду, что стороны руководствовались действовавшим в этот момент законодательством; между тем реализовать права и исполнять обязанности им придется уже в рамках режима, установленного новым Кодексом. В результате отнюдь не исключается, что изменение обстоятельств, связанных с введением нового закона, может оказаться столь ощутимым, что, зная о таком изменении, сторона или даже обе не стали бы вообще заключать договор или по крайней мере на предусмотренных в нем условиях. Применительно к действующему Кодексу это была бы ситуация, которую п. 1 ст. 451 ГК признает достаточной для заявления требования об изменении или расторжении договора.

В этой связи законодатель всегда вынужден выбирать разные варианты, допуская в определенных случаях и в определенных пределах исключения из того общего принципа, о котором шла речь (имеется в виду провозглашенный отказ от обратной силы).

ГК включил нормы, посвященные действию гражданско-правового акта во времени, притом как общие, так и специальные. Правила, о которых идет речь, составляют содержание двух статей Кодекса. Из них первая - ст. 4 («Действие гражданского законодательства во времени») распространяется на все гражданские отношения, а вторая - ст. 422 («Договор и закон») регулирует только вопрос о последствиях принятия новых гражданских актов для договоров.

Обе статьи устанавливают соответствующие правила лишь применительно к одному из возможных правовых источников - закону. И хотя ст. 4 ГК говорит вначале об «актах гражданского законодательства», в силу п. 2 ст. 3 ГК указанный термин равнозначен другому: «федеральный закон». Это подтверждается и второй нормой, включенной в ст. 4. Она прямо указывает на то, что имеется в виду именно «закон».

Статья 4 ГК помимо запрещения обратной силы закона содержит еще три положения.

Одно из них устанавливает, что закон все же может распространяться на отношения, которые возникли до его введения в действие, в случае, если на этот счет есть прямое указание в законе (п. 1 ст. 4 ГК).

Другое исключение (оно включено в п. 2 ст. 4 ГК) воспроизводит норму, содержавшуюся во всех ранее принятых Вводных законах к Гражданскому кодексу: к отношениям, существовавшим до вступления в силу нового гражданского законодательства, оно применяется к правам и обязанностям, возникшим после введения его в действие.

Третье исключение носит характер отсылочной нормы (оно содержится также в п. 2 указанной статьи): к отношениям сторон по договорам, заключенным до введения в действие акта гражданского законодательства, следует руководствоваться ст. 422 ГК.

Норма, включенная в ст. 422 ГК, имеет в своей основе принцип Pacta sunt servanda («Договоры должны исполняться»). Соответственно эта норма исключает обратную силу нового законодательства, установленного для Договоров, а следовательно, независимо от того, заключен договор до или после принятия нового закона, к нему не должен применяться указанный закон. И лишь тогда, когда на этот счет есть прямое указание в самом законе, он может быть применен к ранее заключенному договору. Особо подчеркнуто, что имеются в виду только включенные в новый закон императивные нормы. Тем самым учитывается, что применение или неприменение диспозитивных норм подчинено воле самих сторон договора. Поэтому, какой бы ни оказалась редакция договорного условия, оно считается соответствующим норме диспозитивной.

Принципиальное различие между ст. 4 и 422 ГК сводится в конечном счете к тому, что положение, в силу которого новый акт распространяет свое действие на ранее сложившиеся отношения, применительно к правам и обязанностям, возникшим после вступления в силу нового закона, на договоры не распространяется, если в самом акте не предусмотрено его обратное действие.

Параллельно со статьями ГК (4 и 422) за его пределами на уровне федерального закона урегулирован вопрос о последствиях вступления в действие самого Кодекса. Поскольку новый Кодекс принимается не сразу, было признано целесообразным, как уже отмечалось, издать два федеральных Вводных закона: один - от 30 ноября 1994 г. «О введении в действие части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», а другой - от 26 января 1996 г. «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации».

Правовое регулирование договоров включено в состав как первой, так и второй части ГК. По этой причине оба указанных Закона имеют непосредственное отношение к последствиям принятия соответствующих частей ГК для договоров, заключенных до момента вступления Кодекса (его частей) в силу.

На наш взгляд, оба этих Закона могут рассматриваться с точки зрения и ст. 4, и ст. 422 ГК как специальные, которые действуют главным образом только применительно к последствиям вступления в силу одного, конкретного акта - Гражданского кодекса.

Закон от 21 октября 1994г., следуя за своим предшественником, закрепил отказ от обратной силы норм части первой ГК и одновременно предусмотрел, что «по гражданским правоотношениям, возникшим до введения ее в действие, часть первая Кодекса применяется к тем правам и обязанностям, которые возникнут после введения ее в действие» (ст. 4).

Для иллюстрации можно привести такой пример. ГК 64 и новый Кодекс по-разному определили порядок исчисления убытков, вызванных нарушением договора. В частности, это выразилось в том, что в отличие от ГК 64, предусматривавшего необходимость возмещения лицу, чье право было нарушено, «понесенных расходов» (ст. 219 этого Кодекса), ГК (ст. 15) признает за потерпевшей стороной возможность заявить требование о возмещении убытков в виде не только «понесенных расходов», но и тех, которые потерпевшей стороне еще только предстоит в будущем понести для восстановления своего нарушенного права. Руководствуясь приведенной статьей Вводного закона, в случае, когда по вине арендатора возник пожар в арендованном складе и это имело место после введения в действие ГК, безотносительно к тому, был ли заключен договор аренды после или до вступления в силу нового Кодекса, следует руководствоваться ст. 15 ГК. А значит, истцу не придется доказывать, что затраты на ремонт были им - арендатором - действительно понесены. Единственное, что надлежит установить, - необходимость ремонта и размер потребных для этого средств. При этом для вынесения такого решения нет нужды издавать закон, который распространял бы на договоры аренды, заключенные до принятия ГК, действие ст. 15.

Таким образом, возникает определенная коллизия между ст. 422 ГК с ее запретом обратной силы закона и Вводным законом, допускающим при определенных условиях такое обратное действие.

Думается, что следует признать приоритет приведенной нормы Вводного закона в силу того, что п. 2 ст. 422 ГК предусматривает возможность такого случая, когда в законе предусмотрено обратное действие соответствующего акта. Правда, в п. 2 ст. 422 ГК идет речь о ситуации, при которой в новом законе содержится указание на его обратную силу. Однако, на наш взгляд, не должно иметь значения, каким образом решен вопрос об отношении к ст. 422 ГК, в самом новом акте либо в каком-либо ином. Определяющее значение имеет то, что ГК допускает исключение и что это исключение сделано, как и предполагается в ст. 422, на уровне закона (имеется в виду Вводный закон).

Указанной позиции, основанной на приоритете ч.2 ст. 5 Вводного закона к части первой ГК по отношению ст. 422 ГК, применительно к договорам, заключенным до принятия нового Кодекса, последовательно придерживается судебно-арбитражная практика. Соответственно применение старого или нового кодекса зависит от того, когда именно возникли права и обязанности по договору, уже заключенному к 1 января 1995 г., - до или после указанной даты. Так, в одном из рассматриваемых дел возник вопрос о том, распространяется ли на договор, заключенный в 1994 г., ст. 395 нового ГК или следует руководствоваться действовавшими в момент заключения договора Основами гражданского законодательства 1991 г.?

В постановлении по данному делу Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал, что, если договор был заключен до 1 января 1995 г., т.е. До даты принятия нового ГК, и обязанность по оплате также существовала До этого времени, но осталась невыполненной и после 1 января 1995 г., кредитор вправе потребовать от должника уплаты 5 процентов годовых в силу закона (п. 3 ст. 66 Основ гражданского законодательства 1991 г.) с момента неисполнения обязанности и до 1 января 1995 г. Поскольку иск был заявлен о взыскании процентов на основании ст. 395 ГК за весь период просрочки платежа, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал, что нижестоящий суд правильно применил взыскание процентов по ст. 395 ГК за неплатеж по данному основанию с 1 января 1995 г. Не придавая закону обратной силы, он отказал во взыскании соответствующих процентов за

1994 г. Право взыскания процентов по основаниям, предусмотренным ст. 395 ГК, возникло у истца только в связи с введением в действие Кодекса, т.е. с 1 января 1995 г. Таким образом, была допущена возможность применения, именно благодаря существованию на этот счет закона (имеется в виду Вводный закон), нормы, которая появилась уже после заключения договора.

Еще в одном из опубликованных дел Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ, подтверждая необходимость руководствоваться ст. 395 ГК к договору, заключенному до вступления в силу ГК, обратил внимание на следующее: «Поскольку отношения между сторонами возникли до 1 января 1995 г. и продолжали существовать после этой даты, требование о применении ответственности за неисполнение денежного обязательства, начиная с 1 января 1995 г., подлежит удовлетворению»2. Указанное постановление представляет особый интерес в связи с тем, что не только заключение договора, но и его нарушение имели место до вступления в силу нового ГК. В данном случае исходное положение арбитражной практики опирается, очевидно, на то, что длящиеся нарушения могут рассматриваться как непрерывная цепь нарушений с тем, что к каждому из них должна применяться норма, действовавшая ко дню совершения соответствующего нарушения. Таким образом, применительно, например, к задолженности, возникшей до вступления в силу ГК, проценты за период до 1 января 1995 г. начисляются в размере 5 процентов годовых (на основе ст. 66 Основ гражданского законодательства 1991 г.) и в размере ставки рефинансирования Центрального банка РФ (ст. 395 ГК), начиная с 1 января 1995 г.

Статья 12 Вводного закона от 30 ноября 1994 г. установила, что порядок заключения договоров, предусмотренный гл. 28 Кодекса («Заключение договора»), применяется к договорам, если соответствующая оферта направлена после 1 января 1995 г.

Приведенная норма также может признаваться исключением из ст. 422, поскольку последняя, как уже отмечалось, предусматривает, что ГК распространяет действие на договоры, заключенные после вступления его в силу. Между тем договор признается заключенным, в соответствии с п. 1 ст. 433 ГК, «в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта». Следовательно, при отсутствии Вводного закона, руководствуясь ст. 422 ГК, пришлось бы сделать вывод, что новый Кодекс должен распространяться на все договоры, по которым акцепт направлен и получен оферентом после 1 января 1995 г., и независимо от того, когда именно была направлена оферта.

Приведенный вывод будет иметь значение для всех иных новых актов. При применении к ним ст. 422 ГК во внимание должен приниматься момент, указанный в ст. 433 ГК, и соответственно время направления оферты не должно иметь самостоятельного значения.

Законодатель вместе с тем учел, что к моменту принятия ГК новый закон о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним, о котором идет речь в ст. 131 ГК, еще не был принят. В этой связи предусмотрено (ст. 8), что до принятия указанного закона применяется ранее установленный порядок. С принятием такого закона' эта норма утратила силу.

Наконец, в том же Вводном законе (ст. 9) положительно решен вопрос об обратной силе первой части ГК в случаях, когда предметом требований служит признание сделки недействительной и применение связанных с этим последствий. Имеется в виду, что, если дело рассматривается после 1 января 1995 г., надлежит руководствоваться новым ГК (его ч. 1) независимо от того, когда именно была совершена сделка. Вводный закон оставляет открытым вопрос о ничтожных сделках, которые, как таковые, являются недействительными независимо от решения суда, притом с самого начала их заключения. Как предусмотрено п. 32 Постановления Пленумов РФ № 6/8, стороны могут обращаться в суд с требованием о признании такого рода сделок недействительными и по этой причине применения установленных последствий их заключения'. Очевидно, при заключении сделки в период действия старого ГК следует руководствоваться основаниями признания сделки ничтожной, указанными в старом и появившемся новом Кодексе.

Закон от 26 января 1996 г., посвященный вступлению в действие второй части ГК, содержит значительно большее число норм по сравнению с аналогичным Законом, принятым по поводу первой части ГК.

В соответствии со ст. 5 Закона от 26 января 1996 г. часть вторая Кодекса применяется к обязательственным отношениям, которые возникли после введения ее в действие, а к отношениям, возникшим до 1 марта 1996 г. (дня вступления в силу второй части), - только к правам и обязанностям, которые возникли после введения ее в действие.

Вместе с тем существуют и определенные различия в подходе каждого из Вводных законов к решению некоторых общих вопросов.

Так, ст. 6 Закона от 26 января 1996 г. устанавливает, что нормы второй части о порядке заключения договоров отдельных видов, их форме и государственной регистрации применяются в случаях, когда оферта направлена после вступления в силу второй части ГК. Однако, если оферта была направлена до 1 марта 1996 г., а договор был заключен после 31 марта 1996 г., применению подлежат нормы второй части нового ГК о форме отдельных типов (видов) договоров, а также об их государственной регистрации. Первое отличие состоит в том, что ст. 12 Вводного закона к первой части ГК, включившая коллизионные нормы по тем же вопросам (имеется в виду отсылка к гл. 28, в которой содержатся нормы, посвященные, в частности, порядку заключения и форме договоров), ни при каких условиях не допускает действия нового ГК, если оферта направлена до вступления в силу соответствующей части Кодекса. Цель новеллы, включенной в Вводный закон ко второй части, состоит в том, чтобы «предоставить сторонам возможность оформить свои отношения по новым правилам».

По этому поводу следует отметить, что ст. 6 Закона от 26 января 1996 г. расширяет возможности применения второй части ГК к договорам за счет случаев, при которых оферта направлена до 31 марта 1996 г., только в отношении двух вопросов - формы и государственной регистрации. Остается неясным, каким должен быть ответ на вопрос, охватывается ли указанное расширение (вторая часть нового ГК распространяется на случаи отправки оферты и до 1 марта 1996г., если только договор заключен до 1 марта 1996 г.) и к другим вопросам, связанным с порядком заключения договора? Очевидно, в силу исключительного характера соответствующей нормы п. 6 Вводного закона надлежит признать, что предварительное условие применения второй части ГК - завершение процедуры заключения договора 31 марта 1996 г. - не распространяется на все иные, кроме формы и регистрации, вопросы. Таким образом, проблема, которая может возникнуть, должна, очевидно, решаться в соответствии с первой, общей нормой ст. 6 Вводного закона, а это означает, что старое законодательство (ГК 64 и Основы 1991 г.) действует в отношении порядка заключения договора, по которым оферта направлена после 1 марта 1996 г.

Статья 7 Закона от 26 января 1996 г. предусматривает, что впредь до введения в действие Федерального закона о регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним (т.е. Закона от 17 июня 1997 г., вступившего в силу через три месяца после его официального опубликования) для договоров, предусмотренных ст. 550, 560 и 574 ГК, сохраняли силу правила об обязательном нотариальном удостоверении таких договоров, установленные законодательством до введения в действие части второй Кодекса. Смысл соответствующей статьи состоит в том, что все сделки, о которых идет речь в указанных трех статьях, - о купле-продаже недвижимости, купле-продаже предприятий и дарении - подлежали нотариальному удостоверению независимо от даты их заключения, в случае если на этот счет существуют ранее принятые нормы.

Прежде всего, таким образом, речь идет о купле-продаже. В соответствии со ст. 239 ГК 64 обязательное нотариальное удостоверение было необходимо только для договоров купли-продажи жилого дома (части дома), который находится в городе, рабочем, курортном или городском поселке, при условии, если хотя бы одной из сторон является гражданин. В таком же случае подлежал нотариальному удостоверению и договор купли-продажи дачи. Статья 257 ГК 64, посвященная дарению, включала отсылку к форме, установленной ст. 239 ГК (имелось в виду обязательное удостоверение у нотариуса), лишь в отношении договора дарения жилого дома. Можно указать также на Закон РФ от 23 декабря 1992 г. «О праве граждан Российской Федерации на получение в частную собственность и на продажу земельных участков для ведения личного подсобного и дачного хозяйства, садоводства и индивидуального жилищного строительства». Им предусмотрено обязательное нотариальное удостоверение договора купли-продажи земельного участка между гражданами. По этой причине указание на то, что исходя из приведенной нормы Вводного закона следует признать обязательной нотариальную форму для указанных в ст. 550, 560 и 574 договоров, заключенных по поводу недвижимости до вступления в силу Закона от 17 июня 1994 г., представляется все же обоснованным.

Соответствующая норма Вводного закона является отсылочной. Следовательно, нотариальному удостоверению по основаниям, указанным в Вводном законе, могли подлежать договоры только в случае, если об этом прямо указано в ранее действовавшем законодательстве.

Расширен круг изъятий из ст. 422 ГК по сравнению с тем, который существовал в Законе от 30 ноября 1994 г. Закон от 26 января 1996 г. к случаям, когда по обязательственным отношениям, сложившимся до 1 марта 1996 г., права и обязанности возникнут после указанной даты, присоединил еще два (ст. 8). Так, обязательные для сторон нормы части второй Кодекса о расторжении договоров (основаниях, последствиях и порядке) применяются к действующим после 1 марта 1996 г. договорам, заключенным не только после, но и до этой даты. Точно так же обязательные для сторон нормы части второй ГК об ответственности за нарушение договора независимо от даты его заключения подлежат применению при условии, если заключенным до 1 марта 1996г. договором не предусмотрена иная ответственность за нарушение таких обязательств.

Общим для обоих случаев является то, что в них речь идет о последствиях, связанных с определенным юридическим фактом, порождающим право на расторжение договора или наступление гражданской ответственности. А поскольку это так, есть основания рассматривать соответствующую норму Закона от 26 января 1996 г. как такую, которая представляет собой отдельный случай более общей нормы, существовавшей во Вводных законах, - о правах и обязанностях, возникших после вступления в силу обеих частей нового ГК.

Обращает на себя внимание и еще одно положение Закона от 26 января 1996 г. Имеется в виду, что нормы части второй ГК, которые определяют содержание договоров отдельных видов, распространяют свое действие только на те из них, которые заключены после введения в силу этой части (ст. 6). Отсюда от противного может быть сделан вывод, что к договорам, заключенным до 1 марта 1996г., применяется в отношении содержания, помимо общей части, то законодательство, которое действовало в момент заключения договора. Указанная норма, таким образом, является прямым результатом действия ст. 422 ГК, т.е. содержащегося в ней указания: по отношению к договорам в качестве общего правила закон обратной силы не имеет.

Таким образом, существуют определенные расхождения между обоими Вводными законами. Применительно к договорам по этой причине возникают по крайней мере две проблемы. Первая связана с тем, что договоры регулируются как первой, так и второй частью ГК. Между тем буквальное применение правил Вводных законов дает основание для вывода, что нормы каждой части ГК имеют разные пределы действия во времени. Однако такой вывод будет означать подчинение конкретного договора, для которого один из Вводных законов отсылает к новому, а другой - к старому кодексу, разным режимам. А это способно породить иногда трудности, поскольку вторая часть ГК увязана с его первой частью.

Другая проблема связана с договорами, которые вообще не выделены во второй части.

На наш взгляд, существует определенный путь решения вопроса: должен действовать единый Вводный закон, а для этой цели оба указанных акта должны быть объединены и тем самым возникший разрыв ликвидирован. Это может быть сделано, однако, только после принятия третьей части ГК.

В заключение следует отметить, что принцип, исключающий обратное действие норм, является признанным не только для гражданского, но и для ряда других отраслей права. Особый интерес приобретает, в частности, уголовное право, которое последовательно исходит из того, что обратную силу имеет только уголовный закон, устраняющий преступность деяния, смягчающий наказание или иным образом улучшающий положение лица, совершившего преступление. Одновременно подчеркнуто, что уголовный закон, который устанавливает преступность деяния, усиливает наказание или иным образом ухудшает положение лица, совершившего преступление, обратной силы не имеет (ст. 10 УК РФ 1996 г.). Аналогичные нормы, ставящие возможность распространения обратного действия нового акта в зависимость от того, смягчает или отменяет этот акт ответственность либо, напротив, устанавливает или усиливает ответственность, действуют в административном праве (имеется в виду ст. 9 Кодекса РСФСР об административных правонарушениях и ст. 234 Таможенного кодекса РФ, также регламентирующая административную ответственность в соответствующей области).

В отличие от Уголовного кодекса и актов административного права ГК при решении вопроса об обратной силе закона подобной дифференциации не проводит. Однако это не означает, что гражданскому праву учет возможных последствий применения принципа обратной силы (ст. 10 УК РФ) вообще неизвестен. Так, еще Л. Эннекцерус отмечал, что «применение нового права исключается, если бы оно отличалось не оправдываемой вескими основаниями суровостью». В качестве примера автор обращается к принятым в разное время ужесточениям поземельных книг и ограничению крестьянского землевладения'. Правда, сам Л. Эннекцерус предполагал учитывать данное обстоятельство (суровость!) прежде всего при толковании норм.

В нашей стране высказывалась сходная точка зрения, подтвержденная конкретными примерами. При этом имелось в виду применение к ранее заключенным договорам нового закона с учетом того, что в одних случаях облегчался, а в других ужесточался соответствующий режим.

Так, Б.И. Пугинский ссылался на разъяснение уполномоченных Правительством органов соответствующей нормы Положений о поставках 1988 г. С учетом того, что указанные акты отменили или уменьшили ответственность за определенные нарушения, было признано, что соответствующие их нормы должны распространяться и на ранее заключенные договоры.

В ряде случаев устранение неблагоприятных последствий придания обратной силы новому акту, ужесточавшему соответствующий правовой (экономический) режим, осуществляется самим законодателем и служит в известной мере гарантией для участников гражданского оборота, в частности связанных между собой договорами.

Примером может служить Указ Президента Российской Федерации от 27 сентября 1993 г. «О совершенствовании работы с иностранными инвестициями»3, который установил, что «издаваемые нормативные акты, регулирующие условия функционирования на территории Российской Федерации иностранных и совместных предприятий, не действуют в течение трех лет в отношении предприятий, существующих на момент вступления в силу этих актов. Данное положение не распространяется на нормативные акты, обеспечивающие более льготные условия функционирования на территории Российской Федерации иностранных и совместных предприятий».

Сходная норма содержится и в Законе от 26 июня 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»4. Так, в силу п. 2 ст. 7 указанного Закона условия договоров (контрактов), заключенных между субъектами инвестиционной деятельности, сохраняют силу на весь срок действия договоров. В случаях, когда после их заключения законодательством, действующим на территории России, установлены условия, которые ухудшают положение партнеров, договоры (контракты) могут быть изменены. Смысл этой нормы состоит в предоставлении каждому из контрагентов права ссылаться на то, что закрепленные в контракте условия для него ухудшились. При этом указанные обстоятельства должны быть приняты во внимание судом, рассматривающим требования о расторжении или изменении договора, а также в некоторых иных случаях.

В приведенном смысле представляет интерес и Закон РФ от б декабря 1995 г. «О соглашениях о разделе продукции». В нем предусмотрена аналогичная ситуация и приведено аналогичное решение: в случае, если в течение срока действия соглашения законодательством РФ, законодательством субъектов РФ и правовыми актами органов местного самоуправления будут установлены нормы, ухудшающие коммерческие результаты деятельности инвестора в рамках соглашения, в него вносятся изменения, обеспечивающие инвестору коммерческие результаты, которые он получил бы при применении действовавших на момент заключения соглашения законодательства РФ и законодательства субъектов РФ, а также правовых актов органов местного самоуправления.

В некоторых случаях сходные нормы носят менее определенный характер. Так, Временное положение о финансировании и кредитовании капитального строительства на территории Российской Федерации предусматривает применительно к долгосрочным договорам, заключенным государством, представляемым Министерством финансов РФ, банками и заемщиками (застройщиками), что условия таких договоров определяются на весь срок действия договора, но, если после его заключения будет принято законодательство, ухудшающее положение контрагентов (партнеров), в договор «могут быть внесены изменения».

9. действие НОРМ О ДОГОВОРАХ В ПРОСТРАНСТВЕ

Законодательство о договорах как часть гражданского законодательства в целом в силу п. «о» ст. 71 Конституции составляет предмет ведения Российской Федерации. Опираясь на указанную норму, п. 1 ст. 3 ГК предусмотрел: в соответствии с Конституцией гражданское законодательство находится в ведении Российской Федерации.

Утверждено Постановлением Правительства Российской Федерации 21 марта 1994 г. (Собрание актов Российской Федерации. 1994. № 13. Ст. 996).

В связи с приведенными основополагающими для всего гражданского права положениями возникают два вопроса: является ли исчерпывающим в ст. 3 перечень составляющих гражданское законодательство нормативных актов и могут ли принимать гражданско-правовые нормы субъекты Федерации и муниципальные образования? Обычно на первый следует положительный, а на второй отрицательный ответ.

Так, в частности, отмечается: «Статья 71 Конституции РФ установила, что гражданское законодательство находится в ведении Российской Федерации. В соответствии с этим органы власти и управления субъектов Российской Федерации не вправе издавать нормативные акты, содержащие нормы гражданского права».

Аналогичный вывод сделан и в другой работе: «По Конституции РФ гражданское законодательство - предмет исключительного ведения РФ..., что означает невозможность принятия каких-либо актов, содержащих нормы гражданского права, ее субъектами, тем более органами местного самоуправления».

Разумеется, нет никаких оснований для отступления от принципов распределения компетенции, зафиксированных в Конституции РФ, в том числе и в ее ст. 71. На развитие этих принципов направлено Положение о порядке работы по разграничению предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации и о взаимной передаче осуществления части своих полномочий федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, утвержденное Указом Президента Российской Федерации от 12 марта 1996 г.3 В Положении подчеркнуто, что не допускается изъятие или перераспределение предметов ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, установленных соответственно ст. 71 и 72 Конституции Российской Федерации. Приведенное разграничение позволяет, например, сделать вывод, что, когда Распоряжением мэра г. Москвы от 29 февраля 1996 г. было утверждено Положение о порядке содержания казино, в той части, в какой данный акт регулирует виды игр, порядок **их** ведения, отношения между участниками игр, т.е. сторонами соответствующего договорного отношения, принятие Положения выходит за пределы компетенции субъекта Федерации. Следовательно, сам правовой акт, о котором идет речь, оказывается лишенным необходимого основания.

И все же, на наш взгляд, столь категорические выводы, отрицающие полностью возможность принятия гражданско-правовых актов субъектами Федерации, вызывают сомнение. Закрепление исключительной компетенции РФ в области гражданского законодательства прежде всего не исключает ситуации, при которой федеральный орган поручает субъекту Федерации издать определенный акт. В конечном счете принятый таким образом акт опирается на компетенцию именно федерального, а не местного органа.

Подтверждением могут служить Указ Президента РФ от 28 февраля 1995 г. «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)» и изданное на его основе одноименное Постановление Правительства РФ от 7 марта 1995 г. В обоих этих актах идет речь о предоставлении субъектам Федерации по специально утвержденным перечням видов продукции и услуг, по которым на внутреннем рынке Российской Федерации регулирование осуществляют органы исполнительной власти субъектов Федерации, и по такому же перечню услуг транспортных, снабженческо-бытовых и торговых организаций право вводить государственное регулирование тарифов и надбавок. В Указе особо отмечено, что регулируемые государством цены (тарифы) - идет речь в равной мере об актах федеральных органов и органов субъектов Федерации - применяются на внутреннем рынке Российской Федерации всеми предприятиями и организациями, независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности, если иное не установлено актами законодательства Российской Федерации.

Исключение какой бы то ни было нормотворческой деятельности субъектов Федерации в области гражданского права снимает вопрос о делегировании федеральными органами своего права на издание определенного нормативного акта. С этим трудно согласиться. На наш взгляд, правильную позицию в рассматриваемом вопросе занимает В.П. Мозолин. Сложившейся практике соответствует его утверждение, что «Российская Федерация вправе делегировать субъектам Федерации по договору или в одностороннем порядке право на принятие законов и иных нормативных правовых актов по отдельным видам отношений, регулируемым гражданским законодательством РФ. Так, вряд ли целесообразно на федеральном уровне принимать законы и иные нормативные правовые акты, касающиеся специфически местных услуг или товаров национального характера, оказываемых или производимых на территории отдельного национального округа».

Особое значение имеет вопрос о компетенции субъектов Федерации применительно к отношениям, охваченным ст. 72 Конституции РФ.

Статья 72 Конституции РФ отнесла к совместному ведению Российской Федерации и субъектов РФ, среди прочего, вопросы владения, пользования и распоряжения землей, недрами, водными и другими природными ресурсами (п. «в» ст. 72), а также жилищное, земельное, водное, лесное законодательство, законодательство о недрах (п. «к» ст. 72). А это означает, как следует из п. 2 ст. 76 Конституции РФ, что субъектам Федерации предоставлено право по всем перечисленным вопросам принимать в соответствии с федеральными законами собственные законы и иные нормативные акты.

Известно, что неотъемлемую часть ГК составляет хотя и не вступившая еще пока в силу гл. 17 «Право собственности и другие вещные права на землю»'. Указанная глава, среди прочего, определяет порядок реализации соответствующих прав на основе гражданско-правовых договоров. Можно указать также и на то, что ГК регулирует, хотя и в самом общем виде, договоры о залоге недвижимости-ипотеке.

Следовательно, по крайней мере часть отношений по поводу земли, и прежде всего договорные, составляют область гражданского права. К этому следует добавить, что, поскольку ст. 72 Конституции РФ является все-таки специальной по отношению к общей - ст. 71, можно сделать вывод, что гражданско-правовые отношения, имеющие своим предметом землю, ее недра, леса и воды, в случаях, когда они затрагивают вопросы, указанные в ст. 72 Конституции РФ, представляют собой сферу совместной компетенции. Думается, что это соответствует и п. 3 ст. 36 Конституции РФ: «Условия и порядок пользования землей определяются на основе (выделено нами. - Авт.) федерального закона». Известно, что по этому пути пошла и нормо-творческая практика субъектов Федерации.

На наш взгляд, можно считать еще более убедительным признание за субъектами Федерации определенной компетенции в области гражданского права в связи с включением Конституцией в совместное ведение Российской Федерации и субъектов РФ жилищного законодательства.

В современных экономических условиях, когда основная масса жилищного фонда представляет собой частную собственность, основными в жилищном законодательстве являются нормы гражданского права. Без этих норм жилищное законодательство существовать не может. Указанная отрасль законодательства в ее современном виде только складывается. Однако и среди небольшого числа актов, принятых после вступления в силу действующей Конституции РФ, можно указать на такие, которые положительно решают вопрос о нормотворческой компетенции субъектов Федерации.

Так, в частности, Закон о товариществах собственников жилья, принятый Государственной Думой 24 мая 1996 г., призван регулировать отношения собственности в кондоминиумах. Последние являются формой объединения домовладельцев для совместного управления и обеспечения эксплуатации соответствующего комплекса недвижимого имущества. Указанный Закон перечисляет круг отношений, регулируемых законодательством о кондоминиумах и товариществах собственников жилья. В ст. 3 он устанавливает, что содержащиеся в законодательстве жилищные правоотношения регулируют, помимо самого Закона, ГК, иных законодательных актов РФ, регулирующих гражданские правоотношения, «также» иные законодательные акты Российской Федерации и законодательные акты субъектов РФ. Единственное исключение сделано для указанных в ст. 2 Закона отношений, которые могут быть урегулированы только федеральными актами. Однако за пределами этой статьи остаются на долю законодательства субъектов Федерации самые разнообразные отношения, прежде всего связанные с использованием договорных форм.

Пункт 3 ст. 672 ГК мог бы дать повод сделать вывод, что жилищное законодательство представляет собой лишь совокупность норм, регулирующих социальный наем жилищных помещений. Но следует иметь в виду, что терминология указанной нормы отнюдь не обязательно равнозначна той, которую использует ст. 72 Конституции РФ. Во всяком случае, действующий Жилищный кодекс РФ регулирует весь комплекс жилищных отношений. В частности, в нем специальную главу (гл. 6) составляют нормы, посвященные пользованию жилыми помещениями в домах индивидуального жилого фонда, которые, во всяком случае, не относятся к «социальному найму». В подтверждение того, что «жилищное законодательство» не ограничивается «социальным наймом», можно сослаться на некоторые статьи самого ГК. Так, например, п. 1 ст. 673 Кодекса содержит отсылку по вопросу «пригодности жилья для проживания» к жилищному законодательству, тем самым предполагая, что соответствующие нормы этого законодательства будут распространяться в равной мере на «договоры найма» и на «договоры социального найма». К этому можно добавить и то, что п. 3 ст. 682 ГК отсылает по вопросу о размере платы за жилое помещение к Жилищному кодексу РФ. Следовательно, и новый Жилищный кодекс, который предстоит принять с учетом нового ГК, очевидно, должен будет содержать нормы, регулирующие отношения, выходящие за пределы социального найма. Таким образом, нет оснований, полагаем, сужать понятие «жилищное законодательство», а тем самым и рамки совместной компетенции применительно к этой законодательной отрасли одними лишь социальными жилищными правоотношениями.

Думается, что сходная ситуация сложилась и применительно к вопросам владения, пользования и распоряжения землей, недрами, водными и другими природными ресурсами. Имеется в виду, что правовое регулирование указанных вопросов связано непосредственно с различными договорами, в которых соответствующие вещные права, и прежде всего правомочные распоряжения, непосредственно реализуются.

О существующем регулировании указанных вопросов на уровне субъектов Федерации можно судить, например, по утвержденному Постановлением Правительства Москвы 4 июня 1996 г. Положению о порядке осуществления контроля за выполнением договоров купли-продажи муниципальной (государственной) собственности. Его нормы помимо регулирования чисто административных отношений охватывают порядок проведения коммерческих конкурсов и аукционов по продаже предприятий, нарушивших заключенные ими договоры купли-продажи.

В результате следует прийти к выводу, что гражданское законодательство является исключительной компетенцией РФ, кроме случаев, которые охватываются ст. 72 Конституции РФ.

Разумеется, не все акты субъектов Федерации, входящие в область гражданского законодательства, как она понимается в ст. 72 Конституции РФ, подчиняются ст. 76 той же Конституции. Эта последняя дает основания сделать вывод, что акты, изданные субъектами Федерации на основе ст. 72 Конституции РФ, должны применяться в соответствии с федеральными законами. По этой причине возможности субъектов Федерации реализовать принадлежащие им права, основанные на ст. 72 Конституции, целиком зависят от объема законодательства, изданного по соответствующим вопросам федеральными органами.

В заключение следует отметить, что применение соответствующих статей Конституции РФ (71 и 72) связано с определенными трудностями, в частности по той причине, что содержащийся в них перечень вопросов, составляющих соответственно исключительную и совместную компетенцию, не совпадает с делением права на отрасли. Это было очень четко проиллюстрировано Конституционным Судом РФ в деле о проверке конституционности одной из статей Закона «О рекламе»'. В этой связи была подчеркнута необходимость учета комплексного характера нормативного регулирования отдельных отношений, перечисленных в указанных статьях Конституции РФ.

10. ДЕЙСТВИЕ НОРМ О ДОГОВОРАХ ПО ЛИЦАМ

Нормы гражданского законодательства, которые определяют, как должны заключаться договоры, какие права и обязанности составляют их содержание, какая ответственность наступает в случае нарушения договора и др., в принципе адресованы любому участнику гражданского оборота. Однако приведенное правило знает и исключения. В конечном счете смысл таких исключений сводится к тому, что некоторые договорные модели рассчитаны лишь на строго определенный круг участников. Кроме того, совокупность норм, регулирующих определенный тип (вид) договоров, может устанавливать неодинаковый правовой режим в зависимости от того, кто выступает в роли стороны (сторон).

В течение длительного времени дифференциация правового регулирования договоров по признаку субъектного состава выражалась в разграничении отношений с участием и без участия граждан, а поскольку выступать в обороте наряду с гражданами могли практически лишь «социалистические организации», практически речь шла о разграничении договоров, рассчитанных на участие в них только таких организаций, и договоров с участием граждан.

Например, ГК 64 в число договоров первого вида включал основные в то время договоры: поставку и подряд на капитальное строительство. Специальный субъектный состав был обязательным признаком также и для договоров государственной закупки сельскохозяйственной продукции, страхования и перевозки грузов. Применительно к последним в качестве по крайней мере одной стороны - соответственно заготовителя, страховщика или перевозчика - в них должны были участвовать «социалистические организации». Различные решения одних и тех же вопросов в зависимости от того, кто именно выступает в качестве контрагентов, имели место почти во всех остальных главах ГК 64, посвященных договорам.

Подобная дифференциация проводилась и в общих положениях об обязательствах. Субъектный состав договоров принимался во внимание, в частности, нормами о порядке заключения договоров (ст. 160) и разрешении возникающих при этом споров (ст. 167), о возможностях и последствиях возложения обязательства на третье лицо (ст. 171), допустимости досрочного исполнения (ст. 173) и об уменьшении размера неустойки (ст. 191) и др.

Основы гражданского законодательства 1991 г. в принципе отказались от учета круга участвующих в договоре лиц. Одно из немногих исключений в них составила ст. 71, которая примечательна еще и тем, что в ней впервые в качестве классификационного признака выступило осуществление лицом «предпринимательской деятельности». В указанной статье проводилось разграничение двух режимов применительно к основаниям возникновения ответственности должника за нарушение обязательства. Такая ответственность наступала только при наличии вины должника. Но если речь шла о должнике, который нарушил обязательство при осуществлении им предпринимательской деятельности, то и без вины. Дифференциация проводилась и в ст. 109 Основ, которая предоставляла только юридическим лицам и гражданам, занимающимся предпринимательской деятельностью, право открывать счета в любом банке.

Более широкую дифференциацию правового регулирования договоров «по лицам» содержит действующий ГК. Указанная дифференциация проведена прежде всего в общей части обязательственного права. Имеются в виду, в частности, статьи первой части ГК, посвященные одностороннему отказу от исполнения договора и его изменению (ст. 310), возможности досрочного исполнения обязательств (ст. 315), основаниям возникновения солидарных обязательств (п. 2 ст. 322), залогу вещей в ломбарде (п. 1 ст. 358), удержанию (п. 1 ст. 359), основаниям ответственности (п. 3 ст. 401), публичному договору (ст. 426), договору присоединения (п. 3 ст. 428).

Весьма широко выделены отношения с участием предпринимателей в главах, посвященных отдельным видам договоров. Так, в частности, это относится к определенным вопросам, которые возникают при заключении договоров купли-продажи (качество товаров - п. 4 ст. 469, тара и упаковка -п. 3 ст. 481), дарения (отмена дарения - п. 3 ст. 578), подряда (качество работ - п. 2 ст. 721), займа (получение процентов - п. 3 ст. 809), при расчетах (об осуществлении безналичных расчетов - п. 1 ст. 861), при заключении договоров страхования (досрочное прекращение договора - п. 1 ст. 958), поручения (вознаграждение поверенного - п. 1 ст. 972), комиссии (отступление от указаний комитента - п. 1 ст. 995), простого товарищества (ответственность товарищей по общим обязательствам - ст. 1047).

Участие предпринимателей для ряда договоров является конституирующим признаком. Для некоторых типов (видов) договоров обязательным условием служит выступление предпринимателей с обеих сторон: поставка (ст. 506), финансовая аренда (ст. 665), складское хранение (ст. 907), коммерческая концессия (п. 1 ст. 1027), простое товарищество, созданное для извлечения прибыли (п. 2 ст. 1041). Параллельно с этим в ГК выделены также договоры, для которых обязательно участие предпринимателей и непременно в качестве только одной из сторон. К указанным относятся договоры розничной купли-продажи (п. 1 ст. 492), проката (п. 1 ст. 626), бытового подряда (п. 1 ст. 730). Сюда можно отнести из первой части ГК договор залога вещей в ломбарде (п. 1 ст. 358).

Наряду с установлением специальных режимов для договоров предпринимателей есть в ГК относительно небольшое число норм, в которых субъектный состав договоров характеризуется участием коммерческих организаций. Различие между коммерческими и некоммерческими организациями проведено п. 1 ст. 50 ГК. К первым относятся юридические лица, которые в качестве основной цели своей деятельности преследуют извлечение прибыли, в то время как вторые такой цели не имеют и, кроме того, полученная этими последними прибыль не подлежит распределению между участниками. Указанная дифференциация отражается в правилах, запрещающих дарение в отношениях между коммерческими организациями (ст. 575), устанавливающих специальный порядок передачи имущества коммерческой организацией учредителям, участникам, руководителям, членам ее органов управления или контроля в безвозмездное пользование (п. 2 ст. 690) и др. Особо выделена перевозка транспортом общего пользования по признаку участия коммерческой организации (п. 1 ст. 789). Можно указать на нормы, которые предусматривают право такой организации заключать договоры финансирования под уступку денежного требования (ст. 825), специальный режим для хранителей - коммерческих организаций (п. 2 ст. 886) и такой же специальный режим для общества взаимного страхования, создаваемого в соответствующей форме (п. 1 ст. 968), требуют обязательного участия в качестве доверительного управляющего, кроме граждан, только коммерческих организаций (п. 1 ст. 1015), считают обязательным участие в коммерческой концессии (п. 3 ст. 1027).

В ГК содержится немало норм, область действия которых составляет осуществляемая одной из сторон предпринимательская деятельность. Такого рода выделение может рассматриваться в рамках действия гражданских законов по лицам. Это связано с тем, что предпринимательской деятельностью, т.е. самостоятельной, осуществляемой на свой риск деятельностью, направленной на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг, могут заниматься только предприниматели - лица, зарегистрированные в этом качестве в установленном законом порядке (п. 1 ст. 2 ГК). Ограничивая пределы действия определенных норм, ГК иногда использует термин «предприниматель». Однако во всех подобных случаях имеются в виду не просто юридические лица и граждане, зарегистрированные в таком качестве, а именно те из них, кто в данном конкретном случае заключают и исполняют договор, действуя в рамках осуществляемой ими предпринимательской деятельности.

Определение предпринимательской деятельности в новом Кодексе по существу не отличается от того, которое было дано в прекратившем свое действие с принятием ГК Законе РСФСР от 25 декабря 1990 г. «О предприятиях и предпринимательской деятельности». Отсутствие в ГК указания, содержащегося в этом Законе, на самостоятельную ответственность предпринимателя имеет чисто редакционный характер. Все сводится к устранению явного плеоназма, поскольку понятие «свой риск» включает и самостоятельную ответственность.

ГК (ст. 23), допуская возможность занятия гражданами предпринимательской деятельностью без образования юридического лица, требует лишь их регистрации в качестве индивидуального предпринимателя'. В силу п. 3 ст. 23 ГК к деятельности такого рода лиц применяются - если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа правоотношений - правила ГК, регулирующие деятельность юридических лиц, которые являются коммерческими организациями.

Одна из новелл ГК, относящаяся к предпринимательской деятельности граждан, содержится в п. 4 ст. 23. Она имеет в виду граждан, которые осуществляют такую деятельность без образования юридического лица, не пройдя государственной регистрации. Такой гражданин не вправе ссылатьcя в отношении заключенных им сделок на то, что он не является предпринимателем. Соответствующая норма имеет целью защитить интересы контрагента такого гражданина. В частности, если контрагенты предъявят иски о неисполнении или ненадлежащем исполнении гражданином принятых на себя по сделке обязанностей, то в их интересах в соответствующих случаях действия ответчика будут расценены как нарушение обязательства, связанного с предпринимательской деятельностью.

По этой причине соответствующие нарушения должны влечь, в частности, повышенную ответственность, т.е. такую, которая наступает даже и при отсутствии вины должника. Вместе с тем очевидно что в подобных ситуациях суд не может применять те специальные нормы, которые представляют собой исключение из правил, установленных в интересах предпринимателя (имеются в виду, среди прочего, положения п. 3 ст. 809 ГК, которые устанавливают для заимодавцев-предпринимателей более выгодную презумпцию в отношении возможности взыскания процентов, на которые вправе претендовать заимодавец).

В ряде случаев непременным условием договора служит участие в нем коммерческой организации. Примером может служить публичный договор (ст. 426 ГК).

Термин «предпринимательский договор» возник лишь недавно. До этого, начиная с кредитной реформы 1930г., применительно к договорам вопрос о действии «гражданских законов по лицам» был связан главным образом с так называемыми «хозяйственными договорами».

В течение определенного времени термин «хозяйственный договор» рассматривался как синоним поставки. Но затем он приобрел собирательное значение, охватывая всю совокупность договоров, специально сконструированных для их использования в отношениях между организациями.

Основную особенность этих договоров составляло то, что они формировались на основе обязательных для обоих или по крайней мере одного из контрагентов планового акта и подчинялись установленному не только законом, но и плановым актом специальному режиму. И хотя степень предопределенности договоров планом была неодинаковой, для разных договоров, заключенных организациями, и даже в пределах одного типа (вида) договоров (например, поставки), план (плановый акт) сохранял значение основы такого договора. Отмеченное обстоятельство неизменно подчеркивалось законодателем. Достаточно указать на то, что до 1988 г. продолжала действовать ч. 2 ст. 159 ГК 64, которая предусматривала: содержание договора, заключенного на основании планового задания, должно соответствовать данному заданию'.

Исходя из этого в статьи ГК, посвященные наиболее распространенным видам договоров - поставке, подряду на капитальное строительство, перевозке грузов (имелись в виду грузы, принадлежащие «государственным кооперативным и иным общественным организациям»), включалось указание на то, что соответствующий договор заключается на основе плана. К этому следует добавить, что из ст. 234 Кодекса 1964 г. вытекала зависимость судьбы договоров от судьбы планового акта, лежащего в его основе: изменение акта планирования народного хозяйства, во исполнение которого был заключен договор, влекло за собой его автоматическое прекращение или изменение.

По сути, с самого момента появления конструкции «хозяйственного договора» выявилось двоякое к ней отношение. Одна весьма устойчивая группа авторов признавала хозяйственные договоры основным институтом особой отрасли - хозяйственного права. Ее предметом должны были стать хозяйственные отношения, т.е. такие, которые «включают и отношения по руководству экономикой (отношения по вертикали), и отношения по осуществлению хозяйственной деятельности (отношения по горизонтали)». Одновременно считалось, что «особой разновидностью хозяйственных отношений являются отношения внутрихозяйственные». Таким образом, создавались предпосылки для формирования конгломерата норм, регулирующих разнородные по самой своей природе, в том числе по кругу участников, отношения. Объединение этих норм в единую отрасль должно было служить теоретическим обоснованием существовавшего будто бы единства указанных трех видов отношений и их противоположности - отношений с участием граждан.

Приведенные взгляды были подвергнуты, главным образом в связи с разработкой Основ 1991 г. и ГК64, критике сторонниками единства гражданского права и сохранения того же цельного его фундамента в виде Гражданского кодекса. Глубокое обоснование концепции единого гражданского права содержалось в работах С.С. Алексеева, Ю.Г. Басина, С.Н. Братуся, В.П. Грибанова, В.А. Дозорцева, О.С. Иоффе, Ю.Х. Калмыкова, С.М. Корнее-ва, О.А. Красавчикова, А.Л. Маковского, Г.К. Матвеева, Е.А. Флейшиц, А.А. Собчака, В.А. Рахмиловича, P.O. Халфиной, В.Ф. Яковлева, В.Ф. Яковлевой и др. При этом среди тех, кого можно было назвать представителями школы цивильного права, оказалось немало тех, кто выступал за выделение особой группы — хозяйственных договоров. Общим для взглядов последних было признание хозяйственных договоров особой разновидностью гражданских договоров. Соответственно регулирование таких договоров должно было подчиняться общим нормам гражданского права, а в их числе - общим нормам гражданских договоров. При этом заведомо исключалась необходимость в создании обобщающего акта о таких договорах даже в рамках гражданского законодательства. По этой причине выделение хозяйственных договоров имело главным образом познавательное значение.

Иную позицию занимали представители школы хозяйственного права, высказывавшиеся за принятие наряду с гражданским такого же самостоятельного хозяйственного кодекса. Важнейшим институтом этого последнего должны были стать хозяйственные, противопоставляемые тем самым гражданским, договоры.

В последние годы сторонники хозяйственного права выступают за разработку Торгового (Предпринимательского) кодекса.

По этому поводу следует прежде всего отметить, что исходные позиции сторонников «хозяйственного права» остались в своей основе прежними. Например, в одной из вышедших уже теперь работ предлагается считать все то же хозяйственное право «совокупностью норм, регулирующих предпринимательские отношения и тесно связанные с ними иные, в том числе некоммерческие отношения, а также отношения по государственному регулированию экономики в целях обеспечения интересов государства и общества». Чтобы снять всякие сомнения в преемственности соответствующих взглядов, автор счел необходимым особо подчеркнуть сохранение идеи о наборе регулируемых хозяйственным правом отношений. Это должны были быть «тесно связанные» вертикальные, горизонтальные и внутрихозяйственные отношения.

Сходную позицию занимает и В.В. Лаптев. Он приходит к выводу, что «хозяйственное право», которое ранее было правом плановой экономики, становится теперь правом предпринимательской деятельности. Предпринимательское право представляет собой хозяйственное право рыночной экономики. О сущности предлагаемой отрасли можно судить по тому, что в ней «будут аккумулированы различные виды отношений - между предприятиями, а также предприятиями и государственными органами». И далее: «Регулирование этих отношений в едином законе позволяет институционально согласовать их».

Сторонникам хозяйственного права оказалось трудно вписаться в систему рыночных отношений. В этой связи авторы, разделяющие указанные исходные положения, вынуждены облекать соответствующие идеи в несколько иную форму, сохраняя, однако, их существо.

Так, в частности, В.В. Лаптев усматривает тесную связь Гражданского и Предпринимательского кодексов в том, что первый из них определяет «общие положения, которые обязательны для всех видов деятельности, в том числе для предпринимательской»2. Но все дело в том, что указанная особенность ГК при создании хозяйственного (предпринимательского) кодекса полностью исчезнет. Имеется в виду, что, если нормы этого Кодекса станут, как предлагают, считаться специальными нормами3, это означает, что они должны обладать безусловным приоритетом по отношению к нормам (общим нормам) Гражданского кодекса. Следовательно, применительно к договорам и другим правоотношениям «общие положения» сразу же утратят свою силу только потому, что отличные от предусмотренных в ГК правила появятся в Предпринимательском (т.е. специальном) кодексе. И если теперь единство правового регулирования гражданского оборота, среди прочего, обеспечивается верховенством Кодекса по отношению к другим федеральным законам, то с принятием Предпринимательского кодекса как специального акта указанная гарантия цельности гражданского права окажется утраченной.

Полагаем, что при решении вопроса о хозяйственном (предпринимательском, торговом) кодексе важнейшее значение приобретает, среди прочего, и следующее обстоятельство.

В соответствии с п. 1 ст. 2 ГК отношения с участием лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, составляют предмет гражданского законодательства. При этом Кодекс с учетом особенностей указанных отношений в необходимых случаях выделяет их регулирование. В подтверждение достаточно сослаться только на те главы Кодекса, которые посвящены отдельным видам договоров. Эти главы (их всего 29) насчитывают 610 статей. Если выделить в них главы и отдельные параграфы, из характера которых вытекает, что они рассчитаны целиком на участие предпринимателей, то на их долю придется 262 статьи". Все остальные «договорные» статьи рассчитаны по общему правилу на отношениях, которые по крайней мере не исключают участия предпринимателей.

К этим цифрам можно добавить сведения, почерпнутые из алфавитно-предметного указателя к ГК, составленного О.Ю. Шилохвостом2. В частности, в нем выделены статьи, в которых специально подчеркнуто, что они распространяются на отношения, складывающиеся в области предпринимательской деятельности. Таких статей оказалось около пятидесяти. К этому следует добавить еще 14 случаев специального упоминания об индивидуальной предпринимательской деятельности, а также то, что Кодекс 15 раз указывает в качестве стороны в договоре коммерческие организации, а в 80 его статьях специально указано, что имеются в виду как раз договоры между юридическими лицами.

Таким образом, есть все основания полагать, что Гражданский кодекс является в такой же мере кодексом предпринимателей, как и граждан.

На наш взгляд, спорными являются взгляды и тех, кто считает предпринимательское право комплексным образованием, регулирующим особого рода отношения в сфере хозяйствования: хозяйственно-имущественные, хозяйственно-управленческие и внутрихозяйственные. Как комплексное образование хозяйственное право не имеет собственного предмета и метода правового развития. Оно формируется и развивается на стыке публичного и частного права. В предмет хозяйственного ведения невозможно включить диаметрально противоположные хозяйственно-имущественные (гражданские) и хозяйственно-управленческие и внутрихозяйственные.

Из дальнейших рассуждении автора можно сделать вывод, что в значительной мере речь идет о признании хозяйственного права совокупностью актов, действующих в хозяйственной сфере. Не случайно термин «хозяйственное право» заменяется в конце концов другим - «хозяйственное законодательство», которое должно означать совокупность разнообразных актов, содержащих нормы различных отраслей права. Единственное, объединяющее их, - то, что все они входят в сферу хозяйствования. В этой связи возникают все же вопросы, связанные с применением норм предлагаемой отрасли. Один из них - как будут восполняться пробелы в правовом регулировании, которые всегда существовали и будут существовать в любой отрасли? Во всяком случае, один метод - аналогия права - начисто отпадает.

Нам представляется, что в предлагаемом варианте трудно отличить «хозяйственное законодательство» от простого сборника актов, применяемых в различных отраслях хозяйства.

Несомненный интерес в рамках общей проблемы действия договорного права по лицам представляет позиция дореволюционного русского права. Господствовавшая среди ее представителей точка зрения сводилась к отрицанию возможности существования предпринимательского права как самостоятельной отрасли и одновременно к отрицанию необходимости создания специального, охватывающего исключительно область предпринимательского права торгового кодекса. Соответственно в течение нескольких десятилетий и вплоть до Октябрьской революции в России разрабатывалось единое Гражданское уложение.

Следует отметить, что даже авторы, издававшие в разное время работы, посвященные регулированию предпринимательских отношений, считали соответствующие нормы гражданско-правовыми.

Едва ли не единственное исключение в России составляла книга А.Ф. Федорова. При этом в ряду используемых им основных аргументов в защиту самостоятельности торгового права был и такой: космополитический характер соответствующей отрасли, позволяющий легче переходить через национальные особенности гражданского права отдельной страны.

Автор указывал прежде всего на исторические корни в России, имея в виду в разное время принятые на этот счет законы. Он начинал с «Русской Правды», которая имела четыре статьи, посвященные торговле, включая одну, устанавливавшую на случай банкротства три очереди (первая - иностранные купцы, вторая - казна, третья - остальные). В книге также отмечалось последующее ограничение прав иностранных купцов при царе Алексее Михайловиче (например, участие в ярмарках дозволялось им лишь при наличии специального разрешения с «красной печатью»), выделялся закон Петра I, допускавший в фискальных интересах участие купцов в торговле лишь под собственным именем, и др. Среди прочего А.Ф. Федоров указывал и причины «догматические»: для правильного развития торговля - нуждается в особых условиях, которые придают свойственным ей операциям исключительный, присущий только торговым сделкам характер. К числу таких особенностей автор относил «свободу заключения сделок, быстроту, кредит и добросовестность».

Появление идей А.Ф. Федорова несомненно было связано с развитием законодательства о купцах, с одной стороны, и отсутствием кодификационного гражданско-правового акта в России, с другой.

Приведенные идеи дуализма не получили развития в русской дореволюционной литературе. Последовательными сторонниками монизма (единства) гражданского права были, в частности, Г.Ф. Шершеневич, К.И. Малышев и др. В указанное число входил и Вс. Удинцев, хотя и полагавший, что единство, о котором идет речь, не препятствует особому изучению торгового права.

А.И. Каминка в книге «Основы предпринимательского права» свел предмет этого права к предпринимательству, так ни разу и не упомянув в нем «особого предпринимательского права». Для него весь смысл состоял в необходимости выделять особую правовую фигуру - предпринимателя. Истоки этой необходимости он усматривал в известном завете Катона своему сыну: «Вдове простительно не преумножать полученное ею имущество, но сын должен оставлять своим детям больше, чем сам получил в наследство».

Для иллюстрации исходных положений сторонников монизма можно привести следующее утверждение Г.Ф. Шершеневича: «Купцы заинтересованы в том, чтобы то право, с которым они свыклись, распространяло свое действие на все вообще отношения, в которые они вступают. Против такого распространения восстают некупцы, заявляя, что они считают несправедливым подчиняться действию чуждого им права. Но, с другой стороны, для купцов отпадает ценность торгового права, которое бездействует в отношении многочисленных сделок, заключаемых ежедневно с лицами, не принадлежащими к купеческому миру».

Подчеркивая частно-правовой характер того, что принято было называть торговым правом, Г.Ф. Шершеневич сформулировал и такое, имеющее принципиальное положение: «Если торговый оборот, вследствие некоторых обстоятельств, успел добиться для себя таких норм, которые чужды гражданскому обороту и даже прямо противоположны нормам гражданского права, тем не менее, помимо этих специальных и исключительных норм, торговые отношения все же регулируются общегражданским правом так же, как и гражданские. Это весьма понятно, потому что отношения между частными лицами, возникающие из торгового оборота, являются вместе с тем составной частью гражданского оборота».

Тот же Г.Ф. Шершеневич обратил внимание на то, что каждый договор уже в силу того, что он договор, порождающий обязательство, предполагает применение общей части обязательственного права, а в силу того, что он сделка, - применение общей части гражданского права. Одновременно отмечалось, что «торговое право не претендует на научную самостоятельность. Это не более как монографическая разработка отдела Гражданского права, вызванная практическим интересом. В стране земледельческой по преимуществу, как Россия, с таким же, если не с большим, основанием могло бы выделиться в преподавании и в литературе поземельное право, и опять-таки без претензии на научную самостоятельность, а как монография по гражданскому праву»4. Все отмеченное несомненно относится и к современному праву.

11. ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ДОГОВОРНОГО ПРАВА ПО АНАЛОГИИ

Статья, посвященная аналогии, впервые появилась в новом ГК. До этого применение аналогии основывалось на ст. 10 Гражданского процессуального кодекса РФ (1964 г.). Перенесение соответствующей нормы вместе с необходимыми дополнениями из Гражданского процессуального кодекса (ГПК) в ГК (ст. 6) объясняется тем, что положения об аналогии связаны с основными, именно материальными нормами, и, в частности, с теми из статей ГК, которые находятся в его гл. 1 «Гражданское законодательство».

Включение положений об аналогии в материальный кодекс расширило ее значение. Если раньше соответствующие положения, как и все вообще нормы ГПК, были рассчитаны на применение их исключительно судом, то теперь они в рамках гражданского законодательства стали частью всего правоприменительного режима.

Подобно ст. 10 ГПК, которая утратила силу как противоречащая позднее принятому ГК, ст. 7 действующего Кодекса различает аналогию закона и аналогию права.

К той и другой прибегают в случаях, которые в силу ст. 2 ГК удовлетворяют признакам гражданских правоотношений, но не урегулированы ни законодательством, ни соглашением сторон, и, кроме того, отсутствует применимый к ним обычай делового оборота. При этом следует иметь в виду ряд обстоятельств.

Во-первых, термин «законодательство» употребляется в данном случае распространительно. Следовательно, применение норм договорного права по аналогии возможно только при условии, когда отсутствует соответствующее положение не только в Кодексе или другом законе, но также в принятых в силу п. 3 ст. 3 ГК указах Президента РФ, постановлениях Правительства РФ, а также в актах министерств и иных федеральных органов исполнительной власти, изданных в рамках их компетенции.

Во-вторых, нормативные акты применяются впереди аналогии права независимо от того, имеется ли к нему прямая отсылка в нормативном акте или нет.

В-третьих, регулирование в законодательстве предполагает также применение впереди аналогии, при наличии достаточных оснований, распространительного толкования действующих норм.

В-четвертых, содержащийся в пп. 1 и 2 ст. 2 и ст. 6 ГК перечень предшествующих применению аналогии источников составляет определенную иерархию: все начинается с Кодекса и кончается обычаем делового оборота.

В-пятых, применение аналогии исключается, если это будет противоречить существу договора. Речь идет главным образом о случаях, когда императивные нормы, которые регулируют сходные отношения, заведомо ограничивают рамки соответствующей модели. Так, например, к договору между гражданами, которым предусмотрена обязанность одного из них предоставить денежные средства взаймы другому, не могут применяться по аналогии правила о кредитном договоре, поскольку в силу п. 1 ст. 819 ГК одной из сторон кредитного договора должен непременно выступать банк или иное кредитное учреждение.

В-шестых, Кодекс закрепляет традиционную последовательность применения обоих видов аналогии: в первую очередь применяется аналогия закона и лишь при ее безуспешности - аналогия права.

В-седьмых, при применении аналогии права исходить из общих начал и смысла гражданского законодательства можно по новому ГК, только соблюдая одновременно три тесно связанных, взаимодополняющих требования: добросовестности, разумности и справедливости.

Аналогия закона выражается, в частности, в том, что к соответствующим договорным отношениям, поскольку это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, которое регулирует сходные договоры.

В разных главах ГК, посвященных определенным типам договоров, содержится прямая отсылка к другим главам. Так, например, учитывая несомненное сходство двух типов договоров - купли-продажи и мены, ГК включил в главу о мене отсылку к главе о купле-продаже.

А вот другой пример: ст. 1011 ГК, которая, регулируя агентские отношения в зависимости от того, действует ли агент от имени принципала или от собственного имени, отсылает к правилам главы о договоре поручения или о комиссии. И в этом случае руководствуются подобной той, которая включена в главу о договоре мены, оговоркой: «Если эти правила не противоречат положениям настоящей главы или существу агентского договора».

Сходный прием используется ГК, когда в рамках одной главы и, следовательно, одного договорного типа к конкретному виду договоров отсылает статья, включенная в параграф, который посвящен другому виду договоров того же типа. Так, на отношения по договору контрактации, не урегулированные правилами, которые содержатся в одноименном параграфе, распространяются нормы о договоре поставки, а в соответствующих случаях - о поставке товаров для государственных нужд (п. 2 ст. 535 ГК). Если иное не установлено специальными правилами о купле-продаже предприятий, к подобного рода отношениям применяются правила о продаже недвижимости (п. 2 ст. 549 ГК). Таких случаев оказалось особенно много, поскольку включение в одну главу нескольких видов договоров становится в принципе возможным именно благодаря их сходству.

Законодательные акты, и прежде всего ГК, используют различные по характеру отсылочные нормы. Большая часть из числа последних являются императивными. Речь идет о случаях безусловной отсылки. Например, п. 3 ст. 730 ГК предусматривает, что «к отношениям по договору бытового подряда, не урегулированным настоящим Кодексом, применяются законы о защите прав потребителей и иные правовые акты, принятые в соответствии с ними».

Однако в новом ГК чаще встречаются отсылочные нормы, при которых окончательное решение об использовании их адресата принимают суд и иные лица, применяющие нормы права. Один из примеров предусмотрен в ГК (п. 2 ст. 585). Имеется в виду применение к договору ренты, по которому имущество передается за плату, правил о купле-продаже, а к такому же безвозмездному - правил о договоре дарения, но лишь в случаях, когда иное не установлено правилами главы о ренте и пожизненном содержании с иждивением и не противоречит существу договора ренты.

Классическая модель отсылочной нормы - та, при которой она включается в правовой массив одного договора и содержит отсылку к другому, например ст. 641 («Особенности аренды отдельных видов транспортных средств») - к транспортным уставам и кодексам, нормы которых могут применяться лишь субсидиарно по отношению к статьям соответствующей главы ГК. Существует и прямо противоположная модель, при которой соответствующая норма, носящая отсылочный характер, включена в массив, регулирующий договор, который является адресатом отсылки. Так, п. 6 ст. 447 ГК («Заключение договора на торгах») содержит указание на то, что его нормы, т.е. нормы материального права, если иное не предусмотрено процессуальным законодательством, распространяются на торги, проводимые в порядке исполнения решения суда. Этот последний вариант с технической стороны менее удачен. Кроме того, он не учитывает, что отсылочная норма - часть режима, установленного для того правоотношения (договора), в котором обнаруживается пробел, а не того, который служит адресатом нормы.

Особый характер носят отсылочные нормы в главах, посвященных отдельным типам договоров. Имеются в виду отсылки к соответствующим нормам подраздела «Общие положения о договорах». В указанных случаях смысл отсылочной нормы состоит лишь в том, чтобы подтвердить соответствие относящейся к конкретному договору ситуации той, которая предусмотрена в одной из статей «Общих положений о договорах». Такой особенностью обладают отсылки в главах об отдельных типах договоров к статьям о публичных договорах (см., например, п. 2 ст. 492 «Договора розничной купли-продажи», п. 2 ст. 730 «Договора бытового подряда» и др.).

Из приведенных примеров видно, что отсылочные нормы могут быть разделены на две группы. Одни из них - они составляют в договорном праве меньшинство - имеют справочный характер. Эти нормы направлены на снятие возможных споров. Вместе с тем они ничего не добавляют к самому правовому режиму, т.к. особенность соответствующих договоров предопределяет отнесение их к числу публичных. Точно так же ничего не добавляют отсылки в главах об отдельных договорах к главам общих положений об обязательствах или договорах. Это объясняется тем, что необходимость использовать в соответствующих случаях указанные в качестве адресатов нормы (имеются в виду отсылки к ст. 314 в п. 1 ст. 457, ст. 424 в п. 1 ст. 485 и др.) прямо предусмотрена п. 4 ст. 420 ГК (к обязательствам, возникшим из договоров, применяются общие положения об обязательствах, если иное не предусмотрено правилами подраздела 2 раздела III («Общие положения о договоре») и правилами об отдельных видах договоров, содержащимися в Кодексе).

Во всех остальных случаях использование соответствующей нормы, заведомо рассчитанной на другую модель договорного правоотношения, возможно лишь при условии, если применение этой последней обусловлено наличием отсылочной нормы. Роль таких норм - внести определенность во взаимоотношения сторон, поскольку в противном случае применение соответствующей нормы основывалось бы на ст. 6 ГК, т.е. аналогии, и тем самым могло бы стать предметом спора.

Подобного рода отсылки составляют специальную разновидность норм. По своей структуре отсылочная норма существенно отличается от всех остальных, хотя бы уже потому, что не имеет традиционной для норм структуры. Имеются в виду общепризнанные элементы нормы - такие, как гипотеза, диспозиция и санкция. Смысл отсылочных норм состоит в том, что они регулируют поведение участников оборота через правило, заведомо рассчитанное на другие отношения, отличающиеся от данного прежде всего по содержанию, а в ряде случаев также и по объекту.

Всякий раз, когда законодатель включает в ГК или в иной акт такого рода норму, он исходит из сходства соответствующих правоотношений, достаточного для унификации регулирования всего комплекса вопросов, относящихся к определенному договору, или одного какого-либо вопроса.

Одна из целей регулирования с помощью отсылочных норм состоит в том, что тем самым допускается в соответствующих пределах унификация правового режима. Но это достоинство превращается в недостаток, если учесть, что при использовании отсылочных норм законодатель иногда вынужден пренебречь в определенной мере спецификой договора, чье регулирование включает отсылку к другому договору.

В качестве примера можно сослаться на договор мены. И ст. 196 ГК 22, и ст. 255 ГК 64 ограничивались общей отсылкой к договору купли-продажи. В то же время новый Кодекс счел необходимым указать на то, что такая отсылка действует только при условии, если это не противоречит правилам самой главы о мене и существу мены'. При этом отсутствие оговорок означает полное использование соответствующих норм главы (параграфа), которые служат адресатом. Именно так происходит с указанным договором. Хотя в определении мены идет речь о движении именно вещей (товаров), но из п. 4 ст. 454 ГК («Договор купли-продажи») можно сделать вывод, что предметом мены могут служить и права, если иное не вытекает из их содержания или характера.

В литературе возник вопрос о природе отсылочных норм. О.С. Иоффе считал все такого рода случаи разновидностью аналогии закона, подчеркивая, что «следует различать аналогию, к которой, в виду пробела в законе приходится прибегать в процессе его применения, и аналогию, вводимую самим законодателем»2. Такую же позицию занимал и О.А. Красавчиков3.

Приведенный вывод вызывает определенные возражения. На наш взгляд, отсылка, которая содержится в правовой норме, не может рассматриваться как аналогия закона, поскольку родовым признаком этой последней служит то, что она призвана восполнять обнаруживаемый в законе пробел. Между тем в данном случае пробела нет: отсылочная норма и ее адресат представляют собой единое правило поведения, включенное в закон (в ГК). Кроме того, при ином решении, т.е. признавая, что речь идет о действии аналогии закона, пришлось бы руководствоваться ст. 6 ГК («Применение гражданского законодательства по аналогии») в ее полном объеме. А значит, если иметь в виду совершенно гипотетический случай - законодатель почему-либо исключил из Кодекса указанную статью и тем самым отказался от аналогии закона, то все отсылочные нормы, о которых идет речь, утратили бы силу. Полагаем, что такого рода результата отмена ст. 6 влечь не должна.

Отличие отсылочной нормы от применения закона по аналогии состоит в том, что в последнем случае сходную норму определяют стороны или

Такая запись могла появиться только в ГК, поскольку в нем, в отличие от предшествовавших кодексов, глава о мене содержит прямо рассчитанные на регулирование Данного договора нормы: о ценах и распределении расходов, встречном исполнении обязательств, переходе права собственности и ответственности за изъятие товара, приобретенного по договору (ст. 567-571 ГК).

суд, рассматривающий возникший спор, а в первом - при отсылочной норме - сам законодатель. Это означает, что те и другие приемы занимают разную ступень в вертикальной иерархии. Стороны могут отступить от применения норм, регулирующих сходные отношения. И наоборот, они не могут поступить подобным образом при отсылочной норме. Таким образом, отсылочная норма - часть правового регулирования, а аналогия - лишь способ восполнения его пробелов.

Из этого, в частности, вытекает, что при первой ситуации правовое регулирование оказывается более определенным, в принципе не отличающимся от регулирования, осуществляемого прямыми нормами.

В период, предшествующий принятию ГПК 1964 г., действовала ст. 4 ГПК 1922 г., которая упоминала только об аналогии права. В этой связи выдвигалось предложение признать в будущем возможность также и аналогии закона. Противником указанного предложения был И.Б. Новицкий. Он считал аналогию «закона» опаснее аналогии права. И соответственно делал вывод, что и de lege ferenda нет оснований идти дальше ст. 4 ГПК: «Правомочия, предоставленные суду этой статьей, вполне достаточны для того, чтобы суд мог решать вопросы, не предусмотренные законодательством».

На наш взгляд, в действительности из двух видов аналогии - закона и права - несомненно, именно первая, при которой границы судебного усмотрения более ограничены, позволяет с большими основаниями создавать устойчивую практику применения законодательства для нетипичных случаев, способную заменить прямое законодательное регулирование.

Многолетняя судебная практика подтвердила, что аналогия закона имеет право на существование. Благодаря ей, например, в свое время получили правовую защиту отношения безвозмездного пользования имуществом (договор ссуды), к которым применялись нормы о договоре имущественного найма, деятельность в интересах другого лица без поручения, на которую распространили по аналогии нормы о неосновательном обогащении. Таким же образом получали правовую защиту отношения из договора хранения, пожизненного содержания с иждивением и др. Одним из последних случаев широкого применения аналогии закона можно считать использование ее для трастового договора2. Имеется в виду, что суды применяли к отношениям, не вполне точно именовавшимися «трастом», нормы о договорах поручения или комиссии. Первые - когда лицо, которому имущество было передано, вступало в отношения с третьими лицами от собственного имени, а вторые - выступали от имени того, кто передал данное имущество.

Вопрос о месте аналогии в вертикальной иерархии решил сам закон в п. 1 ст. 6 (как же отмечалось, это место - последнее).

На практике может возникнуть вопрос о месте той же аналогии в горизонтальной иерархии: имеется в виду случай, когда происходит коллизия между нормой, регулирующей сходный договор, и той, которая находится в общей части. Например, заключен договор, прямо в законе не урегулированный, но близкий к подряду, и в суде возник спор о последствиях существенного повышения стоимости материала. Если, руководствуясь аналогией закона, будет применен п. 6 ст. 709 ГК, это означает, что заказчик при отказе подрядчика от увеличения установленной цены может требовать только расторжения договора. Между тем, если вместо аналогии закона суд будет руководствоваться ст. 451 ГК, в указанных в ней случаях может быть вынесено решение об изменении договора.

Сталкиваясь с подобными коллизиями, следует, очевидно, иметь в виду, что признание приоритета общей нормы из раздела III ГК по отношению к избранной в силу аналогии специальной норме из раздела IV ГК повлекло бы за собой ряд негативных последствий хотя бы уже потому, что для схожих отношений будет установлен разный режим. Между тем сама идея аналогии закона имеет другую основу - обеспечить совпадающий режим для сходных отношений. Указанное обстоятельство учел законодатель и постарался избежать коллизии. Смысл соответствующей нормы о применении аналогии закона в том, что этот запасной вариант призывается к действию тогда, когда отношения «прямо» не урегулированы законодательством. Применительно к договорам таким прямым законодательством служат прежде всего нормы специальные, содержащиеся в главе, посвященной отдельным видам договоров. Следовательно, нормы общей части обязательственного права могут применяться только тогда, когда они становятся «прямым» законодательством из-за отсутствия возможности использовать ту же или хотя бы сходную модель со специальным регулированием.

Статья б ГК в пункте втором регулирует вопрос об аналогии права. Суть этого вида аналогии состоит в том, что права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства.

В истории развития гражданского законодательства аналогия права использовалась крайне редко. Одно из немногих исключений, получившее большой резонанс и даже отражение в законодательстве, - признание существования в гражданском праве обязательств из спасания социалистической собственности, впоследствии - гл. 41 ГК 64.

Первым высказал идею о необходимости признания юридической силы обязательств из спасания социалистической собственности С.Н. Ландкоф (Новая катего-

Следует ожидать, что и в будущем вряд ли аналогия права получит большое развитие в условиях значительного расширения как видов поименованных в ГК договоров, так и общей части обязательственного права.

Отмеченное обстоятельство нисколько не умаляет значения существования второго пункта ст. 6. Возможность применения аналогии права служит гарантией участникам гражданского оборота, что любой возбужденный спор, в частности связанный с заключенными ими договорами, суд может, а значит, и должен решить, опираясь на действующее законодательство.

Аналогия закона имеет много общего с распространительным толкованием. Прежде всего это относится к их цели: в том и другом случае речь идет о восполнении пробелов в законодательстве. Общим для аналогии закона и распространительного толкования является и то, что они опираются на определенную норму действующего законодательства. Есть между ними и существенные различия. Они весьма точно определены Е.А. Васьковским':

«Распространительное толкование раскрывает действительную мысль законодателя, расширяет Согласно с ним словесный смысл нормы, аналогия идет дальше и применяет норму и в случаях, которые не обнимаются действительной мыслью законодателя. Как аналогия закона, так и аналогия права сводятся к следующему логическому процессу: нужно подвергнуть анализу данный случай, отыскать в законодательстве (или добыть из него) норму, регулирующую другой случай, тождественный с данным во всех юридически существенных элементах, рассмотреть юридический принцип, приведенный в этой норме, и применить его к данному случаю».

12. ТОЛКОВАНИЕ НОРМ О ДОГОВОРАХ

Законы и другие правовые нормы, определяющие порядок заключения договора, границы его содержания и последующую динамику, принимает государство. А применяют правовые акты участники гражданского оборота, суд и другие государственные органы и органы местного самоуправления.

Толкование правовых норм имеет особое значение при использовании договоров. Оно позволяет сторонам определять поведение на стадиях заключения договора и его исполнения, учитывать, что можно и чего не следует ожидать от права и как восполнить его пробелы, а в конечном счете, как связать собственные интересы с предписаниями права.

Любая правовая норма как таковая представляет собой абстрактное правило поведения, которое реализуется в актах его применения. Связующим звеном между нормой и ее применением служит понимание нормы, или, иначе, ее толкование. Толкование предполагает проверку подлинности норм (высшую критику) и уяснение их смысла (низшую критику). Особое значение среди всех видов толкования — правового определяется в конечном счете тем, что, как подчеркивал Е.В. Васьковский, ссылаясь на Ф. Са-виньи, «нельзя оговариваться не только незнанием права, но и непониманием или неправильным пониманием его... Незнание и ошибка обсуждаются в юриспруденции одинаково»'.

Техническая сторона толкования различного рода норм достаточно подробно разработана в разноотраслевой литературе. Способы толкования принято классифицировать по ряду критериев. Применительно к тому, как осуществляется классификация, различают толкование аутентичное (исходящее от органа, издавшего норму), легальное (исходящее от органа, наделенного необходимой компетенцией), судебное (исходящее от соответствующего судебного органа) и доктринальное (исходящее от науки). Когда говорят о его способах, различают толкование грамматическое, логическое, систематическое и историческое. Наконец, по объему выделяют толкование ограничительное и распространительное.

Перечисленные виды и способы толкования давно уже сформировались в литературе, опиравшейся на обобщения практики применения правовых норм. Некоторые из указанных способов в свое время находили отражение в законодательстве. Примером может служить Вводный закон к ГК 22, который допускал распространительное толкование Кодекса и устанавливал пределы такого толкования.

Способы толкования имеют вторичное значение, поскольку первичным является его цель. Применительно к толкованию законов целью служит уяснение подлинной воли законодателя. Исходным материалом для этого выступает внешняя форма закона, которой служит словесное выражение нормы. Как справедливо подчеркивал А.С. Пиголкин, «если мы признаем, что в процессе толкования права необходимо установить волю законодателя, то это означает, что мы должны выяснить не то, что законодатель выразил в нормативном акте, а то, что он хотел выразить». Именно этой цели и должны служить способы толкования.

Вместе с тем следует учитывать, что любая норма абстрактна, а тот, кто ее применяет имеет дело с конкретным отношением, которое развивается в конкретных обстоятельствах. Это имеет особенно важное значение для гражданского права, модели которого создаются, за редким исключением, по согласованной воле сторон.

Прямой реакцией на объективно существующий разрыв между нормой и ее применением - разрыв, перешедший от римского права с его идеей беспробельности права, - было создание пресловутой школы «свободного права». Исходной ее целью служило существование помимо норм права, принятых государством, также и других норм, «назначение которых - оценить, восполнить, развить или опровергнуть право, исходящее от государства». Соответствующая идея получила прямое выражение в широко известной ст. 1 Швейцарского гражданского кодекса, в силу которой «при отсутствии в законе соответствующего положения суд должен решать согласно обычному праву, а при отсутствии обычая - согласно правилам, которые он установил бы, будучи законодателем. Суд следует при этом взглядам, принятым в науке и в судебной практике».

Подобная крайность вызвала обоснованно серьезные сомнения у многих авторов, и в результате были созданы многочисленные, существенно отличные одна от другой концепции. Интерес вызывает в этом смысле книга А.В. Завадского «К учению о толковании гражданских законов. Новейшие течения по этому вопросу в новейшей немецкой литературе (школа свободного права и др.)». Она представляет собой последовательное изложение различных концепций по указанному вопросу. При этом выделялись в ней только широко известные, оригинальные концепции. Таких принципиально отличных одна от другой концепций оказалось общим счетом двадцать пять.

Со «школой свободного права» непосредственно связана идея создания «каучуковых норм». Имеется в виду принятие государством таких норм, которые оставляли бы суду полную возможность выносить решение, по своему усмотрению растягивая или сужая до произвольно избранных пределов принятое законодателем правило.

В русской дореволюционной литературе решительным противником таких норм был И.А. Покровский. В этой связи он подверг резкой критике не только Швейцарский гражданский кодекс, но и Германское гражданское уложение, а также авторов проекта российского Гражданского уложения. Основной его аргумент состоял в необходимости оградиться от того, что он понимал как «усмотрение субъективно свободное» суда'. Новый Гражданский кодекс пошел по своему пути. Он использует весьма широко «оценочные категории», следуя в этом смысле, в частности, международной практике (имеется в виду, например. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи). Применительно к договорной области такого рода нормы рассматриваются, среди прочего, как один из элементов договорной свободы. Кроме того, соответствующие нормы призваны предоставить судам в достаточно определенных пределах возможность учитывать при рассмотрении дел особенности каждой в отдельности ситуации2. Это имеет особое значение для случаев, когда сама соответствующая норма носит императивный характер и в противном случае должна была бы предполагать однозначность поведения адресатов.

Применительно к современному ГК следует прежде всего отметить, что в нем есть и некоторое число «каучуковых общеупотребительных норм» - это те, в которых употребляются понятия «добросовестность», «разумность» и «справедливость». Речь главным образом идет о п. 2 ст. 6 ГК. При всей их растянутости такие понятия все же подвержены определенной оценке, и поэтому более точным является название соответствующих норм «оценочными». Такие нормы используются прежде всего для установления определенных рамок судебного усмотрения. Имеется в виду, что в указанной норме ГК содержится теперь двойное ограничение применения аналогии права. Во-первых, - это необходимость учета общих начал и смысла гражданского законодательства и, во-вторых, - то, что решение, отвечающее общим началам и смыслу гражданского законодательства, должно, кроме того, соответствовать требованиям добросовестности, разумности и справедливости.

В подтверждение того, что ГК пошел по пути расширения применения каучуковых (оценочных) норм в целом и в отношении договоров в особенности, можно сослаться прежде всего на то, что общее количество используемых разновидностей подобных гибких понятий в его первой и второй частях превышает семьдесят. Значительное их число может быть определенным образом сгруппировано вокруг одного, формирующего группу (гнездо) понятия.

Первое место по количеству норм, в которых оно использовано, и их значимости занимает гнездо, которое образуется вокруг почти неизвестного ранее нашему праву понятия «разумный».

Имеется в виду, в частности, «разумный срок» (ссылки на него приводятся в ГК 36 раз), а наряду с ним - «разумные расходы», «разумное ведение дел», «разумная мера», «разумная цена», «разумно», «разумность», «разумная заботливость», «разумное понимание», «разумно произведенные».

Второе понятийное гнездо связано с термином «обычный»: «обычно предъявляемые требования», «обычно применяемое правило», «обычная практика», «обычно устанавливаемая цена», «обычный способ», «обычный срок», «обычные условия», «национальный обычай».

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

В четвертом гнезде коренное слово - «существенный». Соответственно выделены: «существенные условия», «существо обязательства», «существо договора», «существо банковского вклада», «существенные недостатки», «существенные нарушения».

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

Для сравнения можно указать, что из всего приведенного выше перечня в ГК 22 и ГК 64 использовались, к тому же крайне редко, главным образом только «добросовестность», «необходимое», «обычные» и «существенные».

По общему правилу законодатель не раскрывает сути соответствующего понятия. Одно из немногих исключений — традиционное разъяснение «добросовестности» в статье, посвященной виндикационным искам. Добросовестный приобретатель по ст. 302 ГК - это тот, кто не знал и не должен был знать, что лицо, у которого он приобрел имущество, не имело права его отчуждать. Указанным разъяснением следует по возможности руководствоваться и во всех других случаях, когда законодатель использовал тот же термин. Имеются в виду нормы, посвященные «аналогии закона» (п. 2 ст. 6 ГК), «пределам осуществления гражданских прав» (ст. 10 ГК), «переработке вещей» (п. 3 ст. 220 ГК), «приобретательной давности» (п. 1 ст. 234 ГК) и «внесению улучшений в арендованное имущество арендатором» (ст. 662 ГК).

Другой пример - п. 2 ст. 450 ГК, раскрывающий смысл «существенного нарушения», которое может служить основанием для одностороннего расторжения или изменения договора: «Существенным признается нарушение договора одной из сторон, которое влечет для другой стороны такой ущерб, что она в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать при заключении договора».

Приведенное разъяснение, как и в отношении «добросовестности», предполагает распространение его на другие случаи, когда в законе используется указанный термин. При этом во всех подобных случаях разъясненное в законе понятие переходит из числа «определимых» в «определенные».

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

Оценочные нормы создаются законодателем. И если он отказывается от определения **их** смысла, то таким образом выражает волю раздвинуть рамки свободного усмотрения тех, кто применяет норму. Однако тем самым не исключается необходимость определенной унификации подхода к разъяснению смысла, заложенного в норме понятия. Этому может содействовать доктринальное толкование, и прежде всего содержащееся в различного рода комментариях. Последние имеют целью обеспечить возможность того, чтобы толкование легального понятия в данном конкретном случае, как и во всех других, действительно соответствовало воле законодателя. При этом именно применительно к подобным понятиям приобретает особый смысл необходимость начинать с так называемого «золотого правила толкования». Оно выражается в том, что словам и выражениям, употребленным законом, следует давать распространенное, обычное их значение.

При использовании оценочных норм может возникнуть вопрос о том, кто из контрагентов должен доказывать то или иное их понимание. В подобных случаях суд руководствуется общими правилами о распределении бремени доказывания с учетом состязательности процесса. Лишь в отдельных случаях законодатель формулирует определенную презумпцию. Одним из немногих примеров может служить п. 3 ст. 10 ГК. Содержащиеся в нем нормы позволяют сделать вывод, что в ситуациях, при которых защита гражданских прав ставится в зависимость от **их** осуществления «разумно и добросовестно», оба этих критерия предполагаются. Таким образом, от доказывания собственной «добросовестности» и «разумности» сторона свободна, если контрагент не приведет доказательств ее недобросовестности или неразумности ее действий.

Из всех способов толкования законов едва ли не наибольшие трудности вызывает толкование по объему. При этом не имеет значения, идет ли речь о слишком узких или, напротив, широких рамках действия определенного правила. Общее для этих обоих способов толкования по объему состоит в том, что конечным результатом служит применение существующей нормы в рамках, не противоречащих тем, которые прямо выражены в ней.

В литературе была высказана точка зрения, которая вообще ставила под сомнение самою возможность устранения пробела в законодательстве на стадии его применения. «Устранять пробел в праве можно лишь путем дополнительного нормотворчества», - полагал В.В. Лазарев'. Однако, на наш взгляд, подобный вывод построен на смешении двух явлений: устранения пробела в праве, во-первых, «для всех случаев» и, во-вторых, «для данного случая». Распространительное и ограничительное толкования устраняют пробел, образовавшийся вследствие разрыва между волей и волеизъявлением законодателя. В этой связи есть основания полагать, что «распространительное толкование» имеет место в случаях, когда изучение текста и смысла нормы приводит исполнителя к выводу, что ее редакция не вполне соответствует той мысли, которую намеревались в нее вложить. Термин «распространительное толкование» не означает, что тот, кто применяет закон, распространяет соответствующую норму на отношения, ею не предусмотренные. В данном случае действие нормы охватывает такие отношения, которые хотя и не подходят под ее буквальный текст в результате неудачной редакции, но по смыслу данной нормы ею охватываются»'.

В качестве примера можно сослаться на п. 3 ст. 438 ГК. В нем предусмотрено, что совершение действий лицом, получившим оферту, - в частности, отгрузка товаров, предоставление услуг или выполнение работ, а также уплата соответствующей суммы, - признается акцептом. На практике возник вопрос: можно ли распространить указанную норму на случаи, когда оференту перечислена только часть указанной в договоре суммы (половина, четверть и т.п.), либо, руководствуясь буквальным смыслом нормы, надлежит признавать необходимым выполнение указанных в оферте действий непременно в полном объеме? В своих разъяснениях указанной статьи Пленум Верховного Суда РФ и Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ (Постановление № 6/8 от 1 июля 1996 г.), совершенно очевидно на основе распространительного толкования соответствующей нормы, пришли к выводу, что правило, о котором идет речь, следует применять и тогда, когда условия оферты выполнены только частично (п. 59 указанного Постановления)2.

Из всего отмеченного вытекает, что распространительное толкование не должно противоречить существу самой нормы. Такое противоречие, на наш взгляд, содержится в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 20 декабря 1994 г. «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда»3, в котором было дано разъяснение, относящееся к п. 7 ст. 152 ГК. В этом последнем пункте содержится указание на то, что правила о защите деловой репутации гражданина соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица. Постановление Пленума признало, что указанная норма допускает постановку юридическим лицом вопроса не только о соответствующем опровержении порочащих сведений или помещении ответа в средствах массовой информации, но и о компенсации ему морального вреда. Между тем такое разъяснение явно противоречит ст. 151 ГК, в силу которой моральный вред выражается в физических и нравственных страданиях, а значит, в силу своей природы может быть возмещен лишь гражданину".

Другой пример связан с заключением договора залога недвижимости -ипотеки. В соответствии с п. 3 ст. 340 ГК ипотека здания или сооружения допускается только с одновременной ипотекой по тому же договору земельного участка, на котором находится это здание или сооружение, либо части этого участка, функционально обеспечивающей закладываемый объект, либо принадлежащего залогодателю права аренды этого участка или его соответствующей части. Буквальная редакция указанной нормы позволяла делать вывод о невозможности ипотеки здания без ипотеки земли. Однако Пленумы Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ в Постановлении №6/8 от 1 июля 1996 г. разъяснили, руководствуясь смыслом соответствующей нормы, что приведенное правило следует применять лишь в случаях, когда лицо, выступающее в роли залогодателя здания или сооружения, одновременно является собственником или арендатором земельного участка. Однако во всех других случаях, т.е. когда залогодатель не был ни собственником, ни арендатором земельного участка, договор ипотеки не считается противоречащим приведенному п. 3 ст. 340 ГК2. По этой причине в ситуации, совпадавшей с тем исключением, о котором шла речь в Постановлении № 6/8, суд посчитал в конкретном деле договор ипотеки, заключенный банком с ТОО, действительным, несмотря на то что предметом договора было одно лишь здание как таковое без упоминания земельного участка.

И.Б. Новицкий обращал внимание на то, что «в процессе толкования может выясниться, что буква правовой нормы шире, чем ее смысл: орган, установивший норму, усмотрел для выражения своей мысли такие выражения, что норма по своей букве оказалась как будто подходящей и к таким случаям жизни, на которые не имелось в виду распространить действие закона». Как постараемся показать ниже, потребность в ограничительном толковании возникает, например, применительно к ст. 169 ГК «Недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности».

Распространительное и ограничительное толкования норм имеют границы. Существуют нормы, в отношении которых законодатель как бы заведомо предупреждает, что выраженная в них его воля является абсолютно определенной и не допускает ни ее расширения, ни ее сужения. Речь идет об исключительных нормах. Поэтому любая попытка расширить или сузить границы такой нормы сама по себе должна рассматриваться как отступление от воли законодателя.

В заключение следует обратиться еще к двум взаимоисключающим приемам: один из них - a contrario (от противного) и другой - aforteriori (тем более). Оба эти приема являются коррелятами, и соответственно применение того или, напротив, другого приводит к прямо противоположным результатам. Это прекрасно проиллюстрировал Е.В.Васьковский на примере нормы «запрещено делать окно на двор или крышу соседа» в случае, когда ее необходимо применить к ситуации, при которой речь идет о строительстве не окна, а стеклянной галереи. Применив прием a contrario, легко прийти к выводу, что к галерее этот запрет не относится. Но если использовать другой прием - aforteriori - ответ будет другой: строить галерею тем более нельзя".

При выборе одного из двух указанных приемов должна быть, помимо прочего, учтена «достоверность» или соответственно только «вероятность» полученного результата. Наряду с этим полученный в том и другом случае результат не должен противоречить какой-либо охватывающей данную ситуацию норме. Имеется в виду, что в конечном счете речь идет о восполнении действительно образовавшегося пробела.