

ГЛАВА I. ХАРАКТЕРИСТИКА ПОДХОДОВ К РАЗДЕЛЕНИЮ НОРМ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА НА ИМПЕРАТИВНЫЕ И ДИСПОЗИТИВНЫЕ

§ 1. Характеристика подходов к разделению норм гражданского права на императивные и диспозитивные в системе континентального права

Проявление императивности и диспозитивности в догме римского права

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

Однако подобное техническое решение неизбежно порождает ряд вопросов, которые и представляют научный интерес. При этом на первом плане стоит вопрос, откуда было заимствовано техническое решение или, если оно заимствовано не было, какие обстоятельства натолкнули законодателя на подобное решение.

Источники дают справедливые основания считать, что деление правовых предписаний по их силе возникло в римском праве. К такому выводу нас приводят работы романистов, в частности Ю. Барона, указывающего на существование в римском правопорядке принудительного (абсолютного) права — *jus cogens* (*leges cogentes, jus publicum*)¹ и дополнительного, опосредующего, уступчивого, дозволительного права — так называемого *jus dispositivum*² (некоторые исследователи наряду с термином «*jus dispositivum*» используют в качестве равнозначного выражение «*leges permissivae*»³). Указание на подобное деление в римском праве встречается и у других исследователей⁴.

Рассмотрим более подробно, что представляли *jus cogens* и *jus dispositivum*⁵.

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

Принудительное право состояло из предписаний, обязательных для исполнения. Важность этих положений не позволяла каким-либо

образом отступать от них, в том числе посредством договора⁶. Наличие таких предписаний вполне естественно для любой правовой системы. К ним мы еще вернемся. Однако наряду с обязательными правилами существовали предписания, которые предоставляли лицам возможность влиять на сферу своих прав и обязанностей. Они несли в себе функцию управомочивания лица, наделяли его возможностью совершать волевые действия, в результате которых его правовое положение изменялось. К ним в первую очередь стоит отнести предписания, устанавливающие право заключать различного рода договоры. Данные правонаделющие предписания, будучи частью правовой системы, в определенных случаях соотносились с предписаниями публичного характера. Приведем пример из наследственной сферы. Так, в случае смерти лица к наследникам усопшего переходит его имущество в соответствии с правилами, определенными законом. Однако наряду с этим ему, как наследодателю, дозволяется составить завещание, предусматривающее наделение имуществом совсем других лиц, нежели предусмотрено законом⁷. В случае если завещание не будет составлено, наследование производится в соответствии с правилами, предусмотренными законом. Как видно из данного примера, соотношение правонаделющего предписания с публичным приводит к тому, что лицо, реализуя свое право, предусмотренное законом, создает дополнительное конкурирующее правило; регулируя идентичный вид отношений, оно поднимается на тот же уровень, на котором находится норма закона. И в такой ситуации установленное волей субъекта правило отодвигает на второй план предписание публичного характера в силу того, что оно, являясь предусмотренным правовой системой изъятием из публичного предписания, приводится в действие волей субъекта, поименованного в законе.

Вместе с тем правонаделющее предписание может и не конкурировать с предписанием публичного характера. Например, у лица есть право на заключение договора. Если он воспользуется подобным правом, то его будут связывать предписания, характерные для данного вида договора. Если нет, то правоотношение просто не возникнет,

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

² Барон Ю. Указ. соч.

³ См., например: *Дормидонтов Г. Ф. Система римского права. Общая часть. 2-е изд. Казань: Тип. — лит. Имп. Университета, 1915. С. 42; Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По испр. и доп. 8-му изд., 1902. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2000. С. 49.*

⁴ См., например: *Garro A. M. Codification Technique and the Problem of Imperative and Suppletive Laws // Louisiana Law Review. 1980–1981. Vol. 41. No. 4. P. 1007* (доступно в Интернете по адресу: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4580&context=lalrev>).

⁵ Для более полного понимания дальнейшего хода рассуждений необходимо отметить, что наше исследование сосредоточено на источниках классического и постклассического периодов.

⁶ Об этом свидетельствуют положения Дигест Юстиниана (D. 2.14.38): «Публичное право не может быть изменяемо договорами частных лиц» (Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. М.: Статут, 2002. С. 287). Как будет показано ниже, это положение не стоит понимать буквально.

⁷ D. 5.3.1., 5.3.3 (Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. II. М.: Статут, 2002. С. 85).

и к нему, что очевидно, не будут применимы какие-либо правовые предписания, касающиеся возможного вида договорной модели.

На наш взгляд, сфера применения *jus dispositivum* в качестве права дозволительного охватывает как первый описанный случай конкуренции между предписанием публичного характера и предписанием, возымевшим силу в результате реализации права, предусмотренного правонаделительным положением, так и второй, когда никакой конкуренции между указанными предписаниями нет. Другими словами, *jus dispositivum* есть совокупность различного рода правонаделяющих норм (конкурирующих и не конкурирующих с публичными нормами)⁸. Таким образом, предписания, возымевшие силу в результате реализации права, предусмотренного правонаделительным предписанием, и отодвигающие на второй план предписание публичного характера, представляют собой лишь часть положений, составляющих *jus dispositivum*.

При этом подобные предписания не составляют единого нормативного материала, единой нормы, а выступают скорее как результат интерпретации отдельно существующих правовых положений. Дело в том, что римское право не содержало предписаний, которые позволяли бы отходить от закрепленного содержания соответствующей части закона. Вместе с тем устранение предписания публичного характера происходит не потому, что оно само это допускает, а в результате возникновения правовой коллизии между одновременно действующими положениями, в рамках которой совершается выбор. Таким образом, *jus dispositivum* получает реализацию при помощи иных правовых принципов и логики, нежели в настоящее время.

Эти выводы очень интересны в свете российского разделения норм на императивные и диспозитивные. В отечественном праве диспозитивными именуется нормы, содержащие для участников регулируемых отношений возможность самостоятельно выбрать наиболее целесообразный вариант поведения⁹. Однако, как было установлено,

⁸ В свете сделанного вывода отметим, что достаточно большой интерес представляют также причины, по которым в римском праве сложилась система из публичных и правонаделительных предписаний. На наш взгляд, подобное разделение обусловлено требованиями «эквивалентности и соразмерности дозволенного и запрещенного, которые мыслятся в данном обществе как правильные и справедливые» (Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник / Под общ. ред. В. С. Нерсисянца. 3-е изд., испр. и доп. М.: Норма. 2008. С. 105).

⁹ Гражданское право: Учебник: В 4 т. / Отв. ред. Е. А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. Т. 1: Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2008 (автор гл. 2 — Е. А. Суханов) (СПС «КонсультантПлюс»).

в римском праве диспозитивными являлись не только предписания, возымевшие силу в результате реализации права, предусмотренного правонаделительным положением, и отодвигающие на второй план предписания публичного характера, но также предписания, которые были только правонаделительными, без конкуренции с другими нормами. Поэтому, а также с учетом указанного нами содержания понятия «*jus dispositivum*» (в трактовке римских юристов) использование термина «диспозитивная норма» в российском праве не соответствует его историческому пониманию. Это относится и к большинству правопорядков континентального права¹⁰. Осознание ошибочности существующего терминологического положения приводит нас к выводу о том, что до настоящего времени большая группа норм не имеет наименования, адекватного своему содержанию. Но вернемся к исследованию конструкций римского права.

Как видно из изложенного выше, римское право не имело такого правового инструмента, который был предложен при проведении кодификации европейского гражданского права. Более того, отличие римского *jus dispositivum* от норм, позволяющих регулировать отношения иначе, чем это указано в правовом предписании, проявляется еще более ярко в том, что *jus dispositivum* также находило выражение в ситуациях, где не было сторон (двух и более лиц) правоотношения и, следовательно, необходимости в их согласованной правовой воле, как это полагается в классической диспозитивной норме (например, в ситуации наличия завещания, меняющего очередность наследников).

Однако основы появления норм, позволяющих изменять правовое предписание посредством воли сторон, как представляется, все же усматриваются именно в римском праве. В частности, определенные схожие принципы функционирования нынешних норм, позволяющих регулировать отношения сторон посредством их соглашения, и описанной выше системы предписаний, существовавшей в римском праве, можно проследить через источники. В результате их анализа удастся установить, что имел место (так же как и сейчас) личный (относительный) характер конкурирующего правила, возникающего в результате реализации правонаделительного предписания. Это означало, что если стороны договора, воспользовавшись своим правом, установили иной порядок, нежели предусмотренный законом, то такое изменение произошло только для них, никак не касаясь

¹⁰ Подробнее об этом см. ниже.

третьих лиц. Наглядно данный вывод демонстрирует следующий отрывок из Дигест (D. 11.7.20): «Спрашивает Нераций: если тот, кто дал женщине приданое, обеспечил стипуляцией, что две части приданого будут ему возвращены, а третья останется у мужа и при этом есть соглашение, что муж не платит (из этой части) за похороны, — отвечает ли муж по похоронному иску? И Нераций говорит, что, если сам стипулятор похоронит женщину, действует соглашение, и похоронный иск для него бесполезен; если же похоронил кто-то иной, то он может привлечь мужа, поскольку это соглашение не может быть сильнее публичного права»¹¹. При более подробном исследовании источников легко можно установить иные схожие черты между существующей и существовавшей системами предписаний.

Таким образом, несмотря на отсутствие конструкции, которую можно было бы в первоначальном виде перенести из римского права, существовавшая система предписаний в рамках кодификации все же легла в основу правил, позволяющих посредством реализации автономии воли сторон регулировать отношения по-иному¹².

Характеристика и оценка *jus cogens*

Как было указано выше, принудительное право состояло из предписаний, обязательных для исполнения. В большинстве случаев оно касалось интересов всего общества, что позволяет сделать вывод о схожести этих предписаний с нормами публичного права. В силу важности принудительных положений не допускалось каким-либо образом отступать от предусмотренных ими правил. Об этом, напомним, свидетельствуют положения Дигест Юстиниана: «Публичное право не может быть изменяемо договорами частных лиц»¹³.

Как при таком положении в римском праве *jus cogens* соотносится с современными предписаниями, которые обязательны для исполнения в рамках гражданских правоотношений? Чтобы ответить на этот вопрос, представляется необходимым обратиться к известной классификации законов, выделенной Ульпианом. Она строилась на разделении законов в зависимости от санкции, вытекающей из нарушения соответствующего предписания закона¹⁴. Согласно тексту поздней эпитомы (*Ulp. Reg.* 1.1–2), он выделял следующие три вида законов: *leges perfectae* (законы совершенного вида), которые предусматривают ничтожность запрещенного акта; *leges minus quam perfectae* (законы менее чем совершенного вида), которые устанавливают наказание (обычно штраф) за нарушение, но не лишают противозаконный акт силы; *leges imperfectae* (законы несовершенного вида), которые не предусматривают никакой санкции — ни ничтожности акта, ни наказания¹⁵. Впоследствии к данной системе были отнесены *leges plus quam perfectae* (законы более чем совершенного вида), которые и лишают противоправный акт силы, и устанавливают наказание за нарушение¹⁶. Указанные виды законов в полной мере нашли отражение в различных европейских правовых порядках. В частности, в качестве современного примера *lex minus quam perfecta* можно рассматривать п. 2 § 671 ГГУ, который регулирует случай расторжения договора поручения со стороны поверенного. Указанная норма устанавливает, что расторжение должно осуществляться при условии, что доверитель имеет возможность принять иные меры для осуществления порученных действий, за исключением наличия уважительной причины. Если поверенный расторгнет договор немедленно и без уважительной причины, то он обязан возместить доверителю причиненные этим убытки. В качестве примера *lex imperfecta* можно рассматривать немецкий

¹¹ Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. II. С. 611.

¹² На наш взгляд, в пользу того, что прообразом «диспозитивных норм» являются конструкции римского права, свидетельствуют еще два обстоятельства. Во-первых, ориентация европейских кодификаций на конструкции римского права (о заимствованиях из римского права при французской кодификации см., например: *Pothier R. Traité du contrat de société*. Paris: Letellier, Garnery, Nicolle, Dufresne, 1807). Еще более основательно рецепция римского права была проведена в Германии. Говоря о ее масштабе, достаточно упомянуть только факт появления такого феномена, как пандектистика (см. об этом, например: *Windscheid B. Lehrbuch des Pandektenrechts*. Bd. I. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1862. S. 65). Во-вторых, необходимость выражения правил на нормативном языке, что предполагает их четкое и удобное применение.

¹³ D. 2.14.38 (Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. С. 287).

¹⁴ Подобная классификация была основана на том, что «формулировка принятых законов распадалась на три части: а) надпись (*praescriptio*), указывавшая имена инициаторов закона, вид народного собрания и обстоятельства, вызвавшие издание закона; б) *rogatio* — содержание самого закона, и в) санкция (*sanctio*). Последняя содержала гарантии соблюдения закона» (Римское частное право: Учебник / В.А. Краснокутский и др.; под ред. проф. И.Б. Новицкого, проф. И.С. Перетерского. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 28 (автор разд. I — В.А. Краснокутский)).

¹⁵ *Дождев Д.В.* Указ. соч. С. 105. Ссылка на подобную классификацию имеется и у М.Х. Гарсиа Гарридо (см.: *Гарсиа Гарридо М.Х.* Римское частное право: Казусы, иски, институты / Пер. с испанского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут, 2005. С. 64).

¹⁶ *Дождев Д.В.* Указ. соч. С. 105.

запрет на продажу товаров в воскресный день¹⁷. В свою очередь современный пример *lex plus quam perfecta* можно отыскать в рамках российского правопорядка, где ст. 169 ГК РФ предусматривает не только недействительность сделки, совершенной с целью, противной основам правопорядка и нравственности, но и взыскание всего полученного по сделке в доход государства¹⁸.

Одновременно некоторые исследователи отмечают, что римское право знало деление *jus cogens* на право повелительное и запретительное, «смотря по тому, формулировано оно положительно или отрицательно»¹⁹. Как будет показано далее, подобное деление принудительных предписаний существует сегодня как во Франции, так и в Германии. При этом правила о недействительности современных повелительных предписаний, которые не указывают последствия их несоблюдения, также, на наш взгляд, имеют корни в римском праве. В частности, как отмечает В. А. Краснокутский, «с V в. при сомнении всякий воспрещающий закон считался *lex perfecta*»²⁰, т. е. влекущим ничтожность предпринятого акта.

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

Представляется излишним подробное рассмотрение того, почему в римском праве сложилась такая система принудительных предписаний с различными санкциями²¹. Вместе с тем нельзя обойти вниманием вопрос соотношения выделенных видов законов с пониманием *jus cogens* как принудительного права. В отношении *leges perfectae* не вызывает сомнений необходимость соблюдения указанных предписаний, ибо в противном случае совершенный правовой акт будет ничтожным. Между тем *leges minus quam perfectae* и *imperfectae* с точки

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

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

Франция

Основания разделения норм

Первой кодификационную работу провела Франция, что увенчалось в 1804 г. принятием фундаментального акта гражданского права — *Code civil* (далее — ФГК, Кодекс). Во введении было показано, на основе каких идей он формировался. Полагаем, что в первую очередь именно идеи свободы и равенства преобладали у создателей ФГК над всеми иными идеями и постулатами. Однако при этом нельзя было не понимать, что свобода имеет свои границы и заканчивается там, где начинается свобода другого лица. В результате итогом компромисса между различными частными и публичными интересами стала ст. 6 ФГК, согласно которой нельзя нарушать частными

¹⁷ См., например: *Larenz K. Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. 7., neubearb. Aufl. München: C. H. Beck, 1989. S. 31.*

¹⁸ Другой вопрос, что в таких случаях должно попадать в доход государства. Дело в том, что предметом сделок, недействительных в рамках ст. 169 ГК РФ, могут выступать весьма специфические вещи, например трупы людей или животных. Думается, что их вряд ли можно и нужно обращать в доход Российской Федерации.

¹⁹ См., например: *Барон Ю. Указ. соч. С. 74.*

²⁰ Римское частное право: Учебник / В. А. Краснокутский и др.; под ред. проф. И. Б. Новицкого, проф. И. С. Перетерского. С. 29 (автор разд. I — В. А. Краснокутский).

²¹ На наш взгляд, наилучшее объяснение этому содержится у Дождева Д. В. (см. *Дождев Д. В. Указ. соч. С. 104, 105*).

соглашениями законы, затрагивающие публичный порядок и добрые нравы²². Видится, что подобное положение ФГК является его базовой идеей, которой должен быть пронизан весь текст Кодекса. Думается, именно эти обстоятельства послужили основой для рассуждений, что создатели ФГК пытались четко разделить предписания на те, которые могут быть изменены посредством действия автономии воли, и те, которые к такому воздействию индифферентны.

Предполагается, что это разделение было проведено текстом закона: присутствие в формулировке нормы запрещения («не может» или его эквивалент) или глагола будущего времени (заменяющего императив) неизменно указывало на обязательную или принудительную природу текста, в то время как использование формы (какого-то показателя) настоящего времени или любой другой формы глагола без отрицания предполагало текст, от которого можно отступить²³. Подобное решение представляется достаточно изящным. Закон, употребляя форму будущего времени, тем самым показывал, что хочет сохранить положение и в дальнейшем; напротив, если закон оперировал настоящим временем, то он лишь обозначал существование определенного положения в настоящий момент, без претензии на подобный порядок в будущем.

Однако практика применения закона показала нежизнеспособность жестких конструкций, которые не могли видоизменяться в зависимости от условий жизни общества и его социальных ориентиров. Понимая это, современная доктрина ставит под сомнение наличие у законодателя намерения сформировать жесткие конструкции в праве и предоставляет значительный простор в усмотрении судебной практике²⁴. В такой ситуации законодателю остается лишь указывать направления, в которых стоит рассуждать, определяя вид нормы, поскольку последнее слово он оставляет за судебной практикой. Это, в свою очередь, ставит вопрос, правомерно ли считать, что во Франции деление норм по их силе относится к области законодательной техники. Одновременно нельзя не отметить, что в последнее время французский законодатель вновь недвусмысленно старается

²² Перевод статьи приведен по: Французский гражданский кодекс: учебн.-практич. комментарий. М.: Проспект, 2008. С. 18. Нетрудно заметить, что формулировка данной статьи непосредственно пересекается с формулировкой, содержащейся в Дигестах Юстиниана, согласно которой публичный закон не может быть изменен частным соглашением.

²³ Garro A. M. Op. cit. P. 1016.

²⁴ Ibid. P. 1017.

устанавливать в законах обязательную силу предписаний, оставляя меньше простора судебной практике²⁵. Правда, эта практика пока не носит масштабного характера.

При таких обстоятельствах для понимания того, как происходит разделение правовых норм по их силе, ст. 6 ФГК является ключевой. Она представляет собой своеобразный рубеж, отделяющий интересы индивида (частный интерес) от интересов общества. И в зависимости от того, на какой стороне находится норма, она относится или к тем, которые непрекаемы и не могут быть отклонены, или к имеющим меньший авторитет для публичного порядка, т. е. к тем, в отношении которых позволено иное регулирование. Первые из них во французской доктрине получили наименование «lois impératives» (императивные нормы), вторые — «lois supplétives (de volonté)» (неимперативные нормы)²⁶.

Характеристика императивных и неимперативных норм: неимперативные нормы

К неимперативным французская доктрина относит две категории норм: восполнительные (интерпретационные) и диспозитивные. Восполнительные нормы «устанавливаются позитивным правом для интерпретации, толкования предполагаемой воли частных лиц»²⁷. «...» Они предлагают частным лицам готовые образцы поведения, но их применение может быть в каждом отдельном случае устранено соглашением частных лиц»²⁸. Иными словами, это те нормы, на которые стороны согласились, заранее зная, что их можно изменить. Диспозитивные нормы в свою очередь «не основываются на предполагаемой воле заинтересованных лиц. Они устанавливаются государством

²⁵ Hesselink M. W. Non-Mandatory Rules in European Contract Law // European Review of Contract Law. 2005. Vol. 1. Issue 1. P. 57 (доступно в Интернете по адресу: https://papers.ssrn.com/abstract_id=677242).

²⁶ Ibidem.

²⁷ Здесь идет речь, видимо, о предвидимой воле сторон в несколько ином смысле, нежели в странах общего права. Применительно к использованию термина в смысле общего права во французской доктрине отношение было достаточно критичное (см., например: Годэмэ Е. Общая теория обязательств / Пер. с франц. И. Б. Новицкого. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. С. 216, 217). Здесь и далее ссылки на переводную французскую литературу даются исключительно для удобства. То, что в указанной литературе содержится актуальная для французского права позиция, следует из ранее приводимых современных источников (см.: Garro A. M. Op. cit. P. 1015–1019; Hesselink M. W. Op. cit. P. 57).

²⁸ Морандьер Л. Ж. де ла. Гражданское право Франции: В 3 т. / Пер с франц. и вступ. ст. Е. А. Флейшиц. Т. 1. М.: Иностран. лит., 1958. С. 43.

потому, что оно считает их соответствующими потребностям общества. Но соображения, из которых исходят эти нормы, не представляются настолько непрекаемыми, чтобы в интересах общественного порядка нельзя было допустить отступлений от них со стороны частных лиц»²⁹. Оба вида неимперативных норм являются итогом реализации принципа автономии воли в гражданском праве. Сферой, где подобные нормы находят применение, является договорное право, большинство норм которого неимперативно³⁰, а также имущественные отношения супругов³¹. В зарубежной литературе при этом отмечается, что истинное содержание неимперативных норм составляют лишь диспозитивные нормы³². Однако, как мы видим, несмотря на различное функциональное назначение двух видов норм, для участников соглашения обе разновидности по своей сути представляют собой нормы, которые применимы только в том случае, если стороны не договорятся об ином. Разница состоит лишь в том, что стороны, пытаясь изменить диспозитивную норму, будут вынуждены каждый раз оценивать ее с точки зрения общественного порядка, прежде чем решиться на ее изменение. Выделение подобного рода норм связано с тем, что, как было указано выше, вид нормы может меняться в зависимости от изменений в жизни общества и его социальных ориентирах. Таким образом, мы наблюдаем во французском праве комбинацию неимперативных норм, пытающуюся преодолеть проблему отсутствия четкого разделения норм по их силе. Одновременно выделенная классификация позволяет четко определить назначение неимперативных норм. Оно выражается в выстраивании справедливого, соответствующего потребностям общества регулирования в тех случаях, когда стороны не в полной мере используют свободу договора и автономию воли, предоставляемую в рамках гражданского права.

В связи с подобной классификацией неимперативных норм необходимо отметить еще одну важную особенность французского права. Как видно из приведенной классификации, характер норм в гражданском праве определяется по отношению к лицам, которые уже вступили в соответствующие гражданско-правовые отношения посредством использования своего права на это. Французская доктрина, в отличие,

²⁹ Морандьер Л. Ж. де ла. Указ. соч.

³⁰ Годэмэ Е. Указ. соч. С. 211.

³¹ Морандьер Л. Ж. де ла. Указ. соч. С. 43.

³² Подробнее об этом см.: David R. The Distinction between *lois impératives* and *lois supplétives* in Comparative Law // *Revista jurídica de la Universidad de Puerto-Rico*. 1952. Nos. 1–4. P. 154 ff.

например, от германской, не пытается смотреть на вид нормы с тех позиций, что лицо, не пользуясь правом, например, на заключение договора соответствующего вида, может таким образом исключить применение императивных правил, относящихся к определенному виду договора. Это не делает выделенную классификацию неверной, но в некоторой степени затрудняет ее понимание. Однако у французского права, возможно, свой путь познания сути различных видов норм, который связан с уже упоминавшейся ст. 6 ФГК. Видимо, применением критериев, содержащихся в данной статье, и обусловлено признание норм, связанных со статусом лица, его гражданским состоянием, основными правами, в качестве императивных³³.

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

Императивные нормы

Теперь обратимся к императивным нормам, которые располагаются по другую сторону ст. 6 ФГК, в области публичного порядка. Они также делятся на два вида: повелительные и запрещающие. В доктрине эти нормы относятся прежде всего к публичному порядку; иначе говоря, их целью является обеспечение примата коллективных интересов и организации общества над чисто личными интересами³⁴. В связи с этим они не могут быть подвергнуты изменению посредством

³³ В Германии на этот счет несколько иной подход (об этом см. ниже).

³⁴ Морандьер Л. Ж. де ла. Указ. соч. С. 43.

соглашения. Любое соглашение, направленное на изменение императивной нормы, ничтожно³⁵. Однако различие между выделенными императивными нормами все же имеется. Оно заключается в том, что нарушение повелительной нормы не рушит сделку, а условие, согласованное сторонами, заменяется на то, которое установлено правовым предписанием (это правило стороны должны исполнять в силу вступления в соответствующие отношения). В свою очередь нарушение запрещающей нормы ограничивается ничтожностью предпринятой сделки. При этом французское право, как и римское, выделяет такую разновидность предписаний, нарушение которых может повлечь лишь санкцию, без признания сделки, нарушившей норму, недействительной³⁶. К императивным французская доктрина относит практически все вещное право, семейное, за исключением имущественных отношений супругов, а также нормы, регулирующие статус лица, его гражданское положение, объем правомочий³⁷.

Таким является разделение норм во французском правовом порядке — представителе романской системы права. Теперь обратимся к германской системе права и наиболее яркому ее представителю — германскому правовому порядку.

Германия

Основания и сфера применения разделения норм

В доктрине Германии еще до принятия ГГУ обсуждалось разделение права на так называемое императивное (принудительное) и неимперативное (непринудительное) (*das zwingende und nichtzwingende Recht*)³⁸. Например, Б. Виндшайд выделял императивное и условно-обязательное право: к первому он относил положения, которые исключают всякое личное усмотрение и применяются вне зависимости от наличия иного правила, предусмотренного сторонами; во второе он включал положения, позволяющие по-иному регулировать отношения между сторонами и получающие силу в случае отсутствия усмотрения сторон³⁹. Сходную позицию занимал Ф. Регельсбергер⁴⁰.

Подобное внимание к указанному делению права объясняется тем, что период, предшествовавший принятию ГГУ, был ознаменован всплеском интереса к римскому праву; это даже послужило основанием для появления в науке такого направления, как «пандектное право». Представляется, что именно на влиянии римского права основаны идеи и труды ученых того периода. При этом ни в коем случае нельзя сбрасывать со счетов французскую кодификацию, которая была проведена на 100 лет раньше и перед которой стояли те же проблемы, что и перед кодификацией германской. Мы полагаем, что ее идеи, несомненно, повлияли на решения германских законодателей, однако каких-либо прямых свидетельств влияния французской кодификации на германскую нам установить не удалось.

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

В частности, О. Эрлих ставил вопрос о сфере применения дихотомии императивных и неимперативных норм (далее также — дихотомия). Основанием для исследования послужили различные позиции, занятые Б. Виндшайдом и Й. Унгером. Как указывал О. Эрлих, основываясь на приведенной позиции Б. Виндшайда, согласно господствующему мнению, речь идет о противопоставлении, которое действует для всех правовых норм, а не только для отдельных юридических категорий⁴¹. Иного мнения придерживался Унгер. Он достаточно ясно указывал, что стоит говорить «не о свойствах правовых норм как таковых, а об отношении правовой нормы к правовой сделке», и констатировал, что «характер неимперативных норм состоит в дополнении неопределенной или невысказанной воли сторон»⁴². Исходя из этого, О. Эрлих заключал: если мнение Й. Унгера верно, мы имеем дело с противоположностью, которая не может относиться ко всем правовым нормам, а ограничена только такими нормами, которые регулируют право юридических (правовых) сделок⁴³. Таким образом, в своей работе О. Эрлих исследовал вопрос о том, стоит ли распространять дихотомию на все правовые нормы ГГУ или же следует ограничиться только сферой, регулирующей юридические сделки.

³⁵ Французский гражданский кодекс: учебн. — практич. комментарий. С. 18.

³⁶ Там же.

³⁷ Морандьер Л. Ж. *de la*. Указ. соч. С. 56, 67, 77.

³⁸ Иногда в литературе оно именуется как «гибкое право» («*nachgiebiges Recht*»).

³⁹ Windscheid B. *Op. cit.* S. 65.

⁴⁰ Regelsberger F. *Pandekten*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1893. S. 130, 131.

⁴¹ Ehrlich E. *Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. Jena: G. Fischer, 1899. S. 1.

⁴² Ibid. S. 2.

⁴³ Ibid. S. 2.

Подвергнув исследованию практически все нормы ГГУ, О. Эрлих пришел к выводу, что все частное право можно признать неимперативным. Свое мнение он основывал на следующем: частное право построено таким образом, что лицо практически всегда может изменить правовые последствия норм, воспользовавшись отказом от своих прав или их отчуждением. При этом О. Эрлих считал, что нельзя даже ставить вопрос о возможном разделении права, так как здесь речь идет не об изменении нормы (возможности ее изменения), а о действительности отказа или отчуждения права. В качестве примера он приводит отказ от наследства, где, на его взгляд, происходит не изменение норм наследственного права, а отчуждение права на приобретение⁴⁴. Исходя из этого, О. Эрлих справедливо пришел к выводу, что выделение дихотомии теряет всякий смысл для частного права⁴⁵. Говоря несколько иными словами, О. Эрлих выводил неимперативность всех норм из того факта, что лицо само решает, будет ли оно вступать в соответствующее правоотношение и тем самым распространять на себя определенные правовые последствия. При таком понимании частное право действительно не содержит практически никаких ограничений. Стоит еще раз отметить, что О. Эрлих связывал подобное понимание с вышеприведенной позицией Б. Виндшайда⁴⁶.

Однако сам О. Эрлих не видел рациональности в таком понимании неимперативных норм. Он в большей мере склонялся к мнению Й. Унгера, который предлагал определять неимперативность норм, опираясь не на их характер, а на их отношение к правовой сделке⁴⁷. Как представляется, это означает, что вопрос об императивности или неимперативности норм фактически переносился с фазы вступления в правоотношения на фазу, когда лицо уже является участником правоотношений и требуется определить содержание правила, регулирующего поведение данного лица. Если придерживаться подобного понимания, то дихотомия приобретает вес, так как не все нормы частного права допускают изменение собственного содержания лицом, подпадающим под действие нормы.

В основном придание решающего значения воле сторон характерно для сфер договорного права, формирования имущественных

отношений супругов, наследования. Указанное понимание области применения дихотомии стало преобладающим в германской доктрине⁴⁸ и не претерпело изменений до настоящего момента.

Соотношение императивных и неимперативных норм

Сразу же после принятия ГГУ доктрина отмечает одну из главных проблем разделения правовых предписаний — проблему отношения между нормами дихотомии⁴⁹. Ф. Эндеманн отмечал, что границы, в пределах которых должны вводиться в действие императивные нормы, определить трудно: «Свобода договора без весомых оснований не может быть сужена, однако если избегать необходимого принуждения, то деловая практика ведет к осуществлению права, которое для отдельного лица обременительно и может существенно мешать единству права»⁵⁰. Видимо, понимали это и разработчики ГГУ, так как решение о разделении всех его норм было отвергнуто Комиссией по ревизии предварительного проекта ГГУ в 1896 г.⁵¹ В итоге последнее слово в определении вида нормы было признано за судебной практикой⁵². Однако для ряда положений разделение норм все же было произведено, и его не стали исключать из текста ГГУ. Для того чтобы указать, по крайней мере для некоторых случаев, когда закон подразумевает данную норму императивной, а когда — неимперативной, в ГГУ используется следующая терминология: «Императивный характер придается использованием выражения «лицо обязано» («muss») («обязательные предписания») (то же самое означает (что звучит неожиданно для обычного словоупотребления) и выражение «лицо может» («kann»), в известном смысле равнозначное выражению «лицо обязано»); напротив, нормы с выражением «лицо должно»

⁴⁸ См., например: *Endemann F. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*. 6. Aufl., unveränd. Abdr. der 5. Aufl. Bd. I. Einleitung. Allgemeiner Theil. Recht der Schuldverhältnisse. Berlin: Neumanns, 1899. S. 33.

⁴⁹ Отметим, что эта проблема отмечается уже при понимании того факта, что дихотомия применима только к отдельным сферам частного права (договорное, частично наследственное, имущественные отношения супругов).

⁵⁰ *Endemann F. Op. cit.* S. 35.

⁵¹ *Garro A. M. Op. cit.* P. 1020–1021.

⁵² Так, Эннекцерус указывает на то, что практически все нормы договорного права признаются неимперативными (*Эннекцерус Л., Кунт Т., Вольф М.* Курс германского гражданского права. Т. I. Полут. 1 / Пер. с 13-го нем. изд. К. А. Граве, Г. Н. Полянской и В. А. Альтшулера; Под ред., с предисл. и введ. замеч. Д. М. Генкина и И. Б. Новицкого. М.: Иностран. лит., 1949. С. 173).

⁴⁴ *Ehrlich E. Op. cit.* S. 7, 8.

⁴⁵ *Ibid.* S. 10.

⁴⁶ *Ibid.* S. 7.

⁴⁷ *Ibid.* S. 2.