

А.А. Богустов

**ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА
СВОБОДЫ ДОГОВОРА В МОДЕЛЬНЫХ ПРАВИЛАХ
ЕВРОПЕЙСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА**

Эта статья касается развития механизмов ограничения свободы договора в Модельных правилах европейского частного права. Подробно описываются последствия применения стандартных условий договора и правовых мер защиты экономически более слабой стороны.

Равенство участников отношений, неприкосновенность собственности и свободу договора можно отнести к числу основных начал, оказавших наибольшее влияние на развитие национальных гражданско-правовых систем на протяжении двух последних столетий. При этом по мере изменений в социально-экономической и политической жизни общества происходили трансформации и в содержании указанных принципов. Например, в настоящее время лишь история права упоминает о том, что в качестве меры, направленной на обеспечение неприкосновенности собственности, использовалась «защита собственников от «чрезмерного» государственного обложения»¹.

Не менее серьезные изменения претерпел и принцип свободы договора. Причем перемены эти были не одномоментны, а происходили на протяжении практически всего последнего столетия. Еще в первой половине XX в. на ограничение принципа свободы договора обратили внимание некоторые ученые-цивилисты. В другой работе мы уже упоминали² высказывание Ф. Вольфсона, отметившего следующее: «Если

¹ См. подробнее: Жидков О.А. История буржуазного права (до периода общего кризиса капитализма) // *Он же*. Избр. тр. М.: Норма, 2006. С. 47.

² См.: Богустов А.А. Понуждение к заключению договора в законодательстве стран СНГ: сравнительно-правовой анализ // *Практика применения общих положений*

основным началом старого права была свобода договоров, то в настоящее время это начало отступает перед другим, перед принципом общественной пользы»¹. В то же время нельзя не признавать того, что потребность в ограничении свободы договора была вызвана не только необходимостью построения социалистической системы права. Объективность и универсальность данного процесса иллюстрируются сделанным в середине 1930-х годов Е.В. Васковским замечанием: «...негативной чертой свободы договоров является то, что она открывает путь безусловному, ничем не ограниченному эгоизму, использующему все и всех для личных целей. Вследствие этого свобода договоров требует ограничения»². Весьма подробно основания и порядок ограничения данного принципа в законодательстве зарубежных стран исследовались в советской юридической литературе³.

На наш взгляд, для уяснения современного состояния рассматриваемой проблемы необходимо обратиться к модельному акту *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* («Принципы, определения и модельные правила европейского частного права. Проект общей справочной системы»⁴; далее — Модельные правила европейского частного права, *DCFR*).

Значение любых модельных актов состоит в том, что они являются отражением существующего уровня развития правовой доктрины. Разработчики Модельных правил европейского частного права отмечают: «...как преимущественно научный текст [*DCFR*. — *А.Б.*] отражает развитие цивилистической мысли в Европе, а также во всем мире. Разработанный текст является хорошим образцом для совершенствования национального законодательства в сфере частного права независимо от того, является государство членом Европейского Союза или нет.

об обязательствах: Сб. статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2011. С. 343.

¹ Вольфсон Ф. Учебник гражданского права РСФСР. Ч. 1. М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1925. С. 90.

² *Wałkowski E.* Nowe idee w kodeksie zobowiŹzac. Lwów, 1934. S. 2.

³ См.: *Канторович Я.А.* Основные идеи гражданского права. Харьков: Юрид. изд-во НКЮ Украины, 1928. С. 51–57; Юридический словарь. М.: Госюриздат, 1953. С. 138–139; *Май С.К.* Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М.: Внешторгиздат, 1953. С. 40–44; *Халфина Р.О.* Договор в английском гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1959. С. 184–194; *Кулагин М.И.* Предпринимательство и право: опыт Запада // *Он же.* Избр. тр. М.: Статут, 1997. С. 262–273.

⁴ Модельные правила европейского частного права. М.: Статут, 2013.

DCFR имеет большое практическое значение для государств, в которых разрабатываются новые гражданско-правовые кодификации либо совершенствуются существующие кодексы»¹. Несвязанность рассматриваемого нами документа с правом конкретной страны и попытка обобщения в нем опыта государств как континентальной, так и англо-американской системы права позволяют рассматривать отражаемые им тенденции в качестве универсальных и присущих в той или иной степени большинству современных право порядков. В *DCFR* находит выражение целый ряд направлений развития гражданского права (публицизация частного права, отказ от его дуализма, изменение характера договорной ответственности, правовая инфильтрация, усиление влияния англо-американской системы права на континентальную²). И среди них значительное место занимает реализация мер, направленных на ограничение свободы договора.

Модельные правила европейского частного права рассматривают свободу договора как элемент автономии воли сторон. Из ст. II.—1:102 *DCFR* следует, что по общему правилу стороны свободны в заключении договора или совершении другого юридического акта и определении его содержания, вправе исключать полностью или частично применение любого правила, касающегося договоров либо возникающих из них прав и обязанностей, а также исключать или изменять его действие, а если возможность исключить применение правил отсутствует, то стороны могут отказаться от уже возникшего права. Модельные правила европейского частного права не ограничиваются формальным провозглашением данного принципа, но и закрепляют рядложе-

¹ Бар К., Клив Э., Варул П. Предисловие к российскому изданию // Модельные правила европейского частного права. С. 17.

² См. подробнее: Богустов А.А. Отражение основных тенденций развития гражданского законодательства в модельных правилах европейского частного права // Стратегія модернізації приватного права в сучасних умовах: Зб. наук. праць. Київ; Хмельницький: ХУУП, 2013. С. 33–41; *Он же*. Модельные правила европейского частного права и усиление публичных начал в гражданском праве // Современные проблемы права и управления / 4-я Междунар. научн. конф. Тула: Папирус, 2014. С. 13–15; *Он же*. Концепция договорной ответственности в модельных правилах европейского частного права и тенденции развития современного гражданского законодательства // Технология, экономика и право: актуальные проблемы и инновации: Материалы Междунар. науч.-практ. конф. Барановичи: РИО БарГУ, 2014. С. 178–179; *Он же*. Влияние Модельных правил европейского частного права на сближение континентальной и англо-американской систем права // Актуальные проблемы международного права: Материалы междунар. науч.-практ. конф. Владимир: ВИТ-принт, 2015. С. 62–66.

ний, направленных на его практическую реализацию. В частности, к ним можно отнести правила касающиеся свободы формы договора (ст. II.—1:106 *DCFR*) и смешанных договоров (ст. II.—1:107 *DCFR*).

Но говоря о свободе договора, следует учитывать, что существование и практическая реализация данного принципа неразрывно связаны с иными основополагающими началами гражданского права (в частности, с равенством сторон). Например, М.И. Кулагин, описывая основную функцию договора, указывал, что это «инструмент организации и функционирования товарного обмена»¹, и далее отмечал: «Обмен предполагает формальное равенство участников и признание за ними свободы поведения. Право западных стран закрепило эти экономические императивы в принципах юридического равенства сторон в договоре, свободы договора и обязательности договора для его участников»². Из этого можно сделать вывод, что любая трансформация принципа равенства участников гражданских отношений будет неизбежно влечь изменение содержания принципа свободы договора.

В связи со сказанным необходимо обратить внимание на то, что в *DCFR* принцип равенства заменен на принцип недопустимости дискриминации «по признаку пола либо этнического или расового происхождения в отношении договора или иного юридического акта, предметом которого является предоставление любому обратившемуся вещи, другого имущества или услуг, либо доступа к ним» (ст. II.—2:101). При этом недопустимость дискриминации запрещает даже «внешне нейтральные условия, критерии или обыкновения, на деле ставящие одну категорию лиц в менее благоприятное по сравнению с другой категорией лиц положение» (ч. в п. 1 ст. II.—2:102 *DCFR*), т.е. защита от дискриминации означает не столько предоставление равных прав, сколько установление дополнительных привилегий при заключении договора.

Весьма существенным ограничением выступает широкое практическое применение примерных договорных условий. Их использование настолько противоречит декларируемому праву сторон самостоятельно устанавливать содержание договора, что в доктрине права неоднократно высказывались мнения о том, что применение подобных форм вообще выходит за рамки договорных отношений.

¹ Кулагин М.И. Указ. соч. С. 258.

² Там же.

Так, еще в начале XX в. Л. Дюги указывал на то, что в этих случаях существует лишь присоединение к фактическому отношению: «Мы имеем здесь одну волю, которая, в действительности, установила известное положение вещей... общее для всех и постоянное, и другую волю, которая хочет использовать это положение вещей»¹. Позднее эта точка зрения в различных интерпретациях находила поддержку в работах ряда зарубежных ученых².

Тенденция к применению подобного ограничения свободы договора находит отражение и в положениях *DCFR*. Здесь правила, посвященные подобным договорным формам, на первый взгляд немногочисленны. Так, в ст. II.—1:109 *DCFR* установлено, что к примерным относятся условия, «которые были разработаны предварительно для сделок, совершаемых различными участниками, и которые не были специально согласованы участниками». При этом условия будут считаться несогласованными специально, если «другая сторона не могла повлиять на их содержание» (п. 1 ст. II.—1:110 *DCFR*).

Анализ положений Модельных правил европейского частного права позволяет сделать вывод о том, что, несмотря на небольшой объем предписаний, касающихся примерных условий договора, имеет место возрастание их значимости для гражданского оборота.

Во-первых, формулировка положений *DCFR* указывает на расширение возможностей практического применения подобных условий. В юридической литературе неоднократно указывалось³, что такие договоры использовались изначально в строго определенных сферах, где по характеру деятельности невозможно согласование условий с каждым контрагентом (транспорт, энергоснабжение, коммунальное хозяйство и т.п.), а затем стали применяться при торговле массовыми товарами и заключении иных подобных сделок. Более того, в настоящее время свободное формирование сторонами содержания потребительских договоров является скорее исключением, чем правилом. Например, С.В. Соловьева, рассматривая основные тенденции развития обязательственного права США, указывает, что во всех штатах «почти все договоры, одной стороной в которых является потребитель, физическое

¹ Дюги Л. Общие преобразования гражданского права со времени Кодекса Наполеона. М.: Гос. издат., 1919. С. 69.

² См. подробнее: Кулагин М.И. Указ. соч. С. 266–267; Ансон В. Договорное право. М.: Юрид. лит., 1984. С. 113.

³ См., например: Май С.К. Указ. соч. С. 40–41; Халфина Р.О. Указ. соч. С. 190–191.

лицо, приобретающее товары, работы услуги для личных семейных или иных схожих целей, заключаются путем присоединения физического лица к формуляру производителя»¹.

Однако использование стандартных условий не ограничивается исключительно потребительскими договорами. В последующем такие формы стали применяться при оформлении отношений, складывающихся между предпринимателями². В свою очередь приведенные выше положения Модельных правил европейского частного права вообще не содержат каких-либо указаний на возможные ограничения в применении примерных условий ни по кругу субъектов, ни по видам договорных отношений. Например, на возможность применения стандартных условий сторонами, не являющимися предпринимателями, указывает ст. II.—9:404 *DCFR*.

Во-вторых, в Модельных правилах европейского частного права находит отражение развитие правил о коллизии примерных условий («сражении проформ»). Сущность данного явления, достаточно давно известного зарубежной правоприменительной практике, состоит в следующем: «...лицо предлагает купить у другого лица товары, направляя заказ по форме, которая содержит стандартные условия торговли или ссылку на них. Продавец «акцептует» оферту, подтверждая заказ по форме, которая содержит стандартные условия торговли продавца или ссылку на них. Они могут серьезно отличаться от условий торговли покупателя. Какие условия — покупателя или продавца — превалируют?»³ Из *DCFR* (ст. II.—4:209) следует, что в подобной ситуации стандартные условия по общему правилу рассматриваются в качестве условий договора в той степени, в какой их содержание совпадает. Это правило не будет действовать, если сторона заранее прямо заявит о несогласии с данным правилом либо без промедления сообщит другой стороне о подобном намерении.

Признание возможности заключения договора с использованием стандартных условий наряду с достижением большей эффективности хозяйственных операций влечет и возникновение определенных негативных последствий. Например, зарубежные авторы отмечают, что в большей степени такие условия «служили предпринимателю главным

¹ Соловьева С.В. Основные институты обязательственного права США. М.: Норма, 2007. С. 20.

² См., например: Ансон В. Указ. соч. С. 113.

³ Там же. С. 31.

образом для того, чтобы по возможности возложить на другую сторону правовые риски, связанные с выполнением договора»¹. Необходимость преодоления подобных негативных последствий привела к разработке ряда правил, направленных на защиту стороны, принимающей стандартные условия.

В частности, можно выделить нормы, касающиеся внешней формы выражения подобных условий и направленные на информирование присоединяющейся стороны об их сущности. В соответствии со ст. II.—9:402 *DCFR* устанавливается обязанность лица, предлагающего не согласованные специально условия, обеспечить их понятность; при этом несоблюдение этого требования предпринимателем в отношении потребителя само по себе делает условие несправедливым. Кроме того, установлено, что ссылка на условия, не согласованные специально, возможна только в случае, когда «другая сторона знала об этих условиях либо сторона, предложившая условие, приняла разумные меры, чтобы привлечь внимание другой стороны к ним до или в момент заключения договора».

Этим же целям служит установление порядка решения спора о том, относится ли условие к специально согласованным или нет. В частности, предусмотрено, что бремя доказывания того, что условие является специально согласованным, лежит на предложившей его стороне. А если договор заключен между предпринимателем и потребителем, то бремя доказывания возлагается на предпринимателя (п. 3 и 4 ст. II.—1:110 *DCFR*).

В качестве средства защиты интересов стороны, принимающей заранее не согласованные условия, выступает установление порядка толкования договора, содержащего подобные условия (п. 1 ст. II.—8:103 и ст. II.—8:104 *DCFR*). Например, в случае сомнения относительно значения подобного условия предпочтение отдается толкованию, противоположному интересам стороны, предложившей условие. Помимо этого устанавливается приоритет согласованных условий перед не согласованными специально. В рассматриваемых нами правилах обнаруживается явное сходство с немецкой законодательной и правоприменительной практикой², что позволяет сделать вывод о ее серьезном влиянии на формирование положений *DCFR*.

¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М.: Междунар. отношения, 1998. С. 19.

² См. подробнее там же. С. 20–25.

Содержащиеся в *DCFR* правила об использовании заранее несогласованных условий, на наш взгляд, отражают еще один аспект ограничения договорной свободы. Традиционно использование подобных способов заключения договора рассматривалось сквозь призму ограничения прав принимающего несогласованные условия лица. Однако сегодня уже нельзя говорить о полной свободе действий предлагающей их стороны. Так, в ст. II.–9:105 *DCFR* установлено, что если цена либо иное условие договора должны быть определены одной стороной и условие, определенное этой стороной, является чрезвычайно необоснованным, установленные цена или иное условие, несмотря на положение договора, заменяются на разумные.

Из сказанного можно сделать вывод, что существующий правопорядок признает существование неких абстрактных разумных условий для того или иного вида договоров. И свобода определяющей условия стороны ограничивается лишь возможностью предложения их своему контрагенту. При этом возможность уклониться от действия этого правила даже с согласия другой стороны отсутствует.

Необходимо обратить внимание также на то, что ст. II.–9:105 *DCFR* распространяется на все случаи использования специально несогласованных условий, не ограничиваясь защитой экономически более слабой стороны (например, потребителя). Буквальное толкование рассматриваемого нами положения приводит к выводу, что для замены содержания договора на разумное достаточно всего двух оснований: во-первых, условия должны определяться одной стороной; во-вторых, они должны быть чрезвычайно необоснованными. Из этого следует, что данное правило вполне применимо и к тем случаям, когда стороны отношений с экономической точки зрения равны друг другу. Это, на наш взгляд, выступает существенным развитием положения о замене необоснованных условий на разумные. На более ранних этапах развития права оно трактовалось исключительно как механизм, защищающий экономически слабую сторону от произвола, поскольку простое признание договора недействительным зачастую не было способно защитить интересы пострадавшего лица. Еще в начале XX в. *Isay*, на слова которого ссылается в упоминавшейся нами ранее работе Е.В. Васьковский¹, справедливо отмечал: «Какая польза для бедной швеи от того, что ее договор с работодателем будет признан ничтожным?»

¹ *Waškowski E.* Op. cit. S. 3.

Представляется, что правила ст. II.—9:105 *DCFR* идут гораздо дальше. Они уже не только охраняют интерес экономически слабой стороны, но и имеют цель обеспечения добросовестности и разумности гражданского оборота в целом.

Рассматривая ограничения принципа свободы договора в *DCFR*, следует также обратить внимание на то, что одним из проявлений его действия признавалась обязательность договора для участников. В литературе отмечается, что последствие автономии воли сторон в традиционном понимании этого правила будет следующим: «Заключившие договор связаны его условиями как законом. Должник не может отступать от своих обязанностей. Отмена договора может быть совершена только с согласия всех его участников»¹.

Вместе с тем необходимость защиты экономически более слабой стороны приводит к тому, что законодательство все чаще допускает возможность одностороннего отказа от заключенного ранее соглашения. В *DCFR* подобный подход используется для обеспечения защиты интересов потребителей. Например, предусматривается возможность одностороннего отказа от договора таймшера (ст. II.—5:202 *DCFR*). Еще более ярким проявлением защиты интересов экономически более слабой стороны, на наш взгляд, выступает возможность потребителя отказаться от договора, заключенного на «пороге дома». В соответствии со ст. II.—5:201 *DCFR* потребитель вправе отказаться от договора, если оферта или акцепт были сделаны вне места производственной деятельности предпринимателя. Очевидно, что данное правило направлено на пресечение возможных злоупотреблений коммерсантов, которые навязывают приобретение ненужных потребителю товаров или услуг либо реализуют товары и услуги на невыгодных для потребителя условиях, пользуясь неожиданностью предложения заключить договор, необычностью обстановки, в которой это происходит, ограниченностью времени для принятия решения и иными подобными обстоятельствами, не позволяющими в полной мере оценить последствия данного соглашения. При этом разработчики Модельных правил европейского частного права, защищая интересы потребителя как экономически более слабой стороны, одновременно предусматривают ряд положений, призванных обеспечить устойчивость коммерческого оборота. Достижению

¹ Морандьер Л.Ж. Гражданское право Франции. Т. 2. М.: Изд-во иностранной литературы, 1960. С. 203.

этой цели служит определение случаев, когда возможность отказаться от договора, заключенного в необычных условиях, отсутствует. Анализ п. 2 ст. II.—5:202 *DCFR* позволяет сделать вывод, что подобное право не будет предоставляться потребителю главным образом тогда, когда, несмотря на необычность обстановки, у него существует возможность самостоятельно сформировать волю на заключение договора (например, при заключении договора с использованием торговых автоматов, таксофонов, дистанционных средств связи и т.д.).

Отступление от принципа свободы договора в интересах потребителя проявляется также в закреплении последствий применения несправедливых условий. Общее правило, установленное в *DCFR*, состоит в том, что несправедливое условие не обязывает сторону, которая его не предлагала (ст. II.—9:408). Одновременно закрепляются условия, которые императивно признаются несправедливыми в соглашениях между предпринимателями и потребителями (ст. II.—9:409—II.—9:410). Но и в указанном случае обнаруживается попытка поиска баланса между защитой интересов экономически более слабой стороны и интересами устойчивости оборота. Он проявляется в том, что в соответствии с п. 2 ст. II.—9:408 *DCFR*, если договор может быть сохранен и без несправедливого условия, другие его условия остаются для сторон обязательными.

На основании проведенного исследования можно сделать вывод, что в Модельных правилах европейского частного права получила дальнейшее развитие тенденция ограничения свободы договора. Это позволяет высказать предположение, что в настоящее время нормативное закрепление указанного принципа имеет в первую очередь политико-правовое значение. Практическая реализация свободы договора возможна только в тех редких случаях, когда участники договорных отношений не только находятся в положении, исключающем экономическое доминирование одной из сторон, но и принимают непосредственное участие в формировании содержания договора.

Кроме того, анализ Модельных правил европейского частного права приводит к заключению, что ограничение свободы договора в интересах защиты экономически более слабой стороны договора должно осуществляться с учетом необходимости обеспечения устойчивости гражданского оборота.

**СВОБОДА ДОГОВОРА И ДОГОВОРЫ,
НАРУШАЮЩИЕ ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО:
НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ И ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТЬ**

*Свобода договора в высшей степени ограничена многочисленными правилами и запретами. Многие правовые системы определяют, что договоры, нарушающие данные правила, являются ничтожными и, следовательно, не создают договорных последствий. Зачастую судебная практика сталкивалась с необходимостью вынесения решений, учитывающих соответствующие нюансы, что, в свою очередь, в значительной мере привело к отсутствию предсказуемости. В статье подчеркивается, что рассмотрение данного вопроса в соответствии с принципом пропорциональности позволяет обозначить предсказуемые последствия, присущие гражданско-правовой санкции за незаконно заключенные договоры. По общему правилу отмена договорных последствий не должна служить цели наказания сторон, поскольку иные правовые инструменты, установленные нарушенным правом (административные или уголовные санкции, включая конфискацию незаконной прибыли) выполняют данную функцию. В соответствии с другой точкой зрения, не следует воздерживаться от применения правил об отмене (правовое уничтожение) договорных последствий с единственной целью защиты стороны, добросовестно верящей в действительность договора, поскольку такая защита предоставлена специальным институтом гражданской ответственности (зачастую называемым «*culpa in contrahendo*»). В результате соответствующая санкция состоит в отмене договорных последствий в той степени, в какой это полезно для сохранения или (если это возможно в конкретной ситуации в случае, когда незаконный договор был исполнен) восстановления ситуации, соответствующей нарушенному правилу. Такую пропорциональную и правомерную санкцию можно назвать «*полезная ничтожность*».*

1. В большинстве правовых систем свобода договора находит свой предел в запретах, установленных самой правовой системой. В соответствии с классическим подходом договорное соглашение является ничтожным (*nul, nichtig, null and void*)¹ в случае, если его содержание нарушает юридический запрет: положение не обладает договорным эффектом в случае, если оно является незаконным; соглашение не порождает последствий договорного характера в случае, если оно противоречит закону. Ситуация выглядит так, как если бы незаконное положение или соответственно договор не существовали. Речь идет о радикальной санкции абсолютного характера (эта ситуация отличается от последствий незаконности, возникшей после заключения договора, что предопределяет применение положений об исполнении обязательств, в частности, при форс-мажоре; данная проблематика не рассматривается в настоящей статье).

Чистота данной правовой конструкции весьма привлекательна. Она отражает целостность, эффективность и даже достоинство правового порядка: последний не признает за соглашением никакой силы в случае противоречия этому правовому порядку – он гордо игнорирует соглашение, которое позволило себе противостоять или бросить вызов установленному правовому порядку. И предостаточно абстрактных аргументов для того, чтобы оправдать такую радикальную санкцию, как ничтожность противоправной сделки. Иногда становится ощутим даже карательный характер этой санкции в обосновывающей ее аргументации.

2. Тем не менее с момента принятия положений закона, отражающих данный классический подход², юристы столкнулись с необходи-

¹ Что касается терминов на французском, немецком и английском языках, см. положения, процитированные в сносках 2 и 3.

² Что касается ФГК, см. ст. 1131: «Безосновательное обязательство, или обязательство, исходящее из ложного основания или *незаконного основания*, не может иметь никакого эффекта» (фр.: «L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou *sur une cause illicite*, ne peut avoir *aucun effet*») (см. также абзац пятый ст. 1108). Что касается швейцарского права, см. абз. 1 ст. 20 Обязательственного закона (от 1881 г. и 1911 г.): «Договор является *недействительным* в случае, если его объектом является несуществующая, *незаконная* или противоречащая признанным обычаям вещь» (фр.: «Le contrat est *nul* s'il a pour objet une chose impossible, *illicite* ou contraire aux mœurs»). Всеобщее гражданское уложение Австрии от 1811 г. содержит аналогичное положение в абз. 1 § 879: «Договор, являющийся незаконным или нарушающий моральные принципы, является *недействительным*»

мостью принимать во внимание основополагающие функции частного права, для того чтобы в рамках конкретного дела попытаться учесть интересы сторон наиболее сбалансированным образом. Абстрактное сохранение целостности правового порядка не является ценностью, которая должна стоять превыше всего. С учетом этого в конечном счете появляются решения, учитывающие соответствующие нюансы (сбалансированные решения).

Некоторые законодатели, помимо ничтожности договора, предусматривают иные санкции, зачастую не указывая, что они собой представляют, — путем простой отсылки к самому запрету¹. Такие отсылки к запретам, как правило, не проясняют вопрос дальнейшей судьбы договора: как показывает опыт, законодатель, который устанавливает лишь запрет, не определяет, какие гражданско-правовые последствия этот запрет будет иметь для договоров, которые ему противоречат. Учитывая,

(нем.: «Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist *nichtig*»).

¹ Так, ГГУ указывает в § 134: «Сделка, которая нарушает установленный законом запрет, является недействительной, за исключением случаев, предусмотренных другим законом» (нем.: «Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist *nichtig*, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt»). В США в *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 202 является настолько открытым, что исключительно отсылает к санкции, предусмотренной самим запретом (п. 1), или к презумпции в сфере судебного исполнения: «(1) Последствия незаконности в отношении договора определяются правом, выбранным в рамках применения правил § 187–188. (2) В случае, когда исполнение является незаконным в месте исполнения, договор не будет, как правило, применим» (англ.: «(1) The effect of illegality upon a contract is determined by the law selected by application of the rules of §§ 187–188. (2) When performance is illegal in the place of performance, the contract will usually be denied enforcement»). Статья 3-305(a)(1)(ii) Единого торгового кодекса также является отсылкой: «незаконность транзакции, которая в соответствии с другим законом делает недействительным обязательство должника» (англ.: «illegality of the transaction that, under other law, nullifies the obligation of the obligor») (см. официальный комментарий 1: «Незаконность... может возникнуть... в соответствии с разнообразными законами. Законы различаются своими положениями и данным им толкованием. Они относятся в первую очередь к местным интересам и местной политике. Таким образом, все такие вопросы предоставлены на рассмотрение местному праву. В случае если в соответствии с данным законом, эффект... незаконности заключается в том, чтобы признать обязательство полностью недействительным, защита должным образом может быть заявлена против держателя» (англ.: «Illegality... may arise... under a variety of statutes. The statutes differ in their provisions and the interpretations given them. They are primarily a matter of local concern and local policy. All such matters are therefore left to the local law. If under that law the effect of... the illegality is to make the obligation entirely null and void, the defense may be asserted against a holder in due course»)).

помимо прочего, деликатность данного вопроса, без сомнения, было бы значительно лучше, если бы законодатель не устанавливал в каждом законе самостоятельный режим недействительности договора.

3. Сбалансированные решения, которые могут появиться, берут свои истоки в *общем* углубленном анализе частного права.

Такой подход является не только справедливым, но и *необходимым*: в нем существует практическая потребность. Почти во всех странах анализ судебной практики и доктрины показывает, что законодательная отсылка к самим запретам приводит к возникновению значительной правовой неопределенности¹: встает вопрос о том, является ли незаконный договор ничтожным, и почти невозможно предсказать, каковы будут последствия такой ничтожности².

Такое отсутствие возможности предвидеть последствия нарушения законодательного запрета неприемлемо, поскольку основной и существенной проблемой становится применение собственно самой санкции — на уровне гражданского права — за незаконность. Многие другие, не столь часто встречающиеся, а потому менее подверженные систематическому анализу вопросы являются куда более сложными

¹ Речь идет о возможном неправильном применении и толковании правовых норм в силу их неоднозначности и неопределенности правового регулирования.

² В английском праве см.: *Treitel G.H. The Law of Contracts*. 5th ed. Stevens & Sons, 1979. P. 361: «Закон по данному вопросу [в отношении последствий недействительности] является сложным и не слишком приемлемым» (англ.: «The law on the question [of the effects of illegality] is complex and not very satisfactory»); что касается французского права, см.: *Revue trimestrielle de droit civil (RTD civ.)*. 1999. P. 386 (J. Mestre): «Вечный вопрос положения договоров, лишенных одобрения, требуемого законом» (фр.: «L'intemporelle question du sort des contrats dépourvu[s] de l'agrément exigé par la loi») (в то время как Саватье (*Juris-Classeur*. Ad art. 6 CC. 1979. N° 6 (R. Savatier)) упоминает «смятение в доктрине»); в немецком праве Канарис (*Canaris C.-W. Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft*. C.F. Müller, 1983. S. 20) отмечает, что критерии, выработанные судебной практикой, были «исковерканы» сверх всякой меры (нем.: «überstrapaziert»); что касается права США, см. гл. 8 (введение) Второго свода договорного права: «Решение... зачастую касается тонкого баланса интересов» (англ.: The decision... will often turn on a delicate balancing»); в швейцарском праве Шмид (*Schmid. Die Einseitigkeit des gesetzlichen Verbots und der Vertrag*. 1988. S. 3) указывает, что «никакой критерий не является настоятельно необходимым» (нем.: «kein einziges Kriterium hat sich einen gesicherten Platz erobert») (см. также: *Rouiller N. Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit: Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstößt*. Stämpfli, 2002. S. 1, 535–538; *Idem. Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*. CEDIDAC, 2007. P. 796–806).

для рассмотрения, чем данный элементарный вопрос, на основании которого и должно, собственно, строиться их разрешение, и остаются, таким образом, неясными.

4. Сбалансированное решение требует тщательного анализа — в свете конкретной ситуации — других институтов как частного, так и публичного права. С учетом этого гражданско-правовая санкция за незаконность в виде ничтожности противоправной сделки обретет свои закономерные очертания.

Чтобы четко определить функцию данной санкции, необходимо исходить из принципа *пропорциональности*: нет необходимости в том, чтобы эта санкция выполняла функции, которые возложены на другие правовые институты. В частности, *карательная функция здесь, несомненно, бесполезна*: когда законодатель считает это целесообразным, он «снабжает» запреты уголовными или административными последствиями, выполняющими такую функцию (одним из последствий подобного типа можно также назвать конфискацию незаконной прибыли). Наказание и конфискация относятся к соответствующим отраслям правового порядка. В свою очередь гражданско-правовая санкция в виде ничтожности противоправной сделки не должна иметь целью наказать одну или обе стороны этой сделки. Поскольку карательная функция рассматриваемой санкции является бесполезной, она является также нелегитимной. Кроме того, это применимо также в случае, если законодатель, установивший запрет, или орган власти, его применяющий, не осуществляют карательных мер или если такие меры представляются недостаточно строгими: гражданское право не призвано компенсировать недостаточную суровость меры путем принятия на себя — вопреки своей природе — функций уголовного права.

С другой стороны, гражданско-правовая санкция за нарушение установленного запрета, представляющего собой некую трактовку противоречия договора правовой норме, *не должна иметь своей целью защиту интересов добросовестной стороны* (т.е. добросовестно верящей в действительность договора, не знающей о его незаконности), что создаст препятствия для применения данной санкции. В действительности в большинстве правовых систем защита добросовестности обеспечена специальными правилами, как, например, обязанность по предоставлению информации (элемент обязательств, вытекающих из принципа *«culpa in contrahendo»*). Как правило, профессионал несет