А.Г. Карапетов
А.И. Савельев

СВОБОДА ДОГОВОРА И ЕЕ ПРЕДЕЛЫ

В двух томах

Том второй

ПРЕДЕЛЫ СВОБОДЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ УСЛОВИЙ ДОГОВОРА В ЗАРУБЕЖНОМ И РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

СТАТУТ
МОСКВА 2012

УДК 347.4
ББК 67.404.2
К 21

Карапетов Артем Георгиевич – доктор юридических наук, научный руководитель Юридического института «М-Логос», профессор Российской школы частного права при Правительстве РФ, автор ряда монографий и научных статей по вопросам договорного права и теории права.

Савельев Александр Иванович – кандидат юридических наук, магистр частного права, юрисконсульт компании IBM (Россия/СНГ), автор ряда научных работ по вопросам договорного права и права интеллектуальной собственности.

Карапетов А.Г., Савельев А.И.

К 21 **Свобода договора и ее пределы**. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. – М.: Статут, 2012. – 453 с.

ISBN 978-5-8354-0871-9 (Т. 2) (в пер.)
ISBN 978-5-8354-0869-6

Настоящая книга посвящена анализу комплекса проблем, возникающих в связи с реализацией принципа свободы договора в частном праве. В первом томе книги авторы анализируют данную проблематику в рамках широкой исторической, сравнительно-правовой и политико-правовой методологии. Большое внимание уделено истории развития принципа свободы договора в контексте мировой экономической истории и эволюции экономических учений, а также экономическим основаниям принципа договорной свободы и его ограничений в современном праве. Во втором томе книги изучаются наиболее актуальные частные проблемы реализации принципа свободы договора и его ограничения (императивные нормы, смешанные и непоименованные договоры, судебный контроль справедливости договорных условий, договоры присоединения и кабальные сделки и др.). На основе сделанных в первом томе общих теоретических выводов во втором томе анализируются действующее законодательство и судебная практика зарубежных стран и России и обосновываются предложения по дальнейшему совершенствованию отечественного права.

Книга может быть интересна ученым, преподавателям, судьям, адвокатам, студентам юридических вузов и всем юристам, которые интересуются вопросами частного права. Книга (в особенности ее первый том) может быть также полезна юристам и экономистам, изучающим взаимосвязь экономики и права.

УДК 347.4
ББК 67.404.2

ISBN 978-5-8354-0871-9 (Т. 2)
ISBN 978-5-8354-0869-6

© А.Г. Карапетов, 2012
© А.И. Савельев, 2012
© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2012

ОГЛАВЛЕНИЕ

Раздел I. ОБЩИЙ АНАЛИЗ МОДЕЛЕЙ И МЕХАНИЗМОВ ОГРАНИЧЕНИЯ ДОГОВОРНОЙ СВОБОДЫ 5

Глава 1. Модели ограничения свободы договора 5
Глава 2. Механизмы ограничения договорной свободы 19

Раздел II. EX ANTE ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА 23

Глава 1. Императивные нормы 23
§ 1. Общие замечания 23
§ 2. Императивные нормы и их соотношение с нормами диспозитивными в зарубежном праве 24
§ 3. Разграничение императивных и диспозитивных норм в российском праве 36
§ 4. Решение проблемы 47
§ 5. Политико-правовые основания установления императивности нормы 62
§ 6. Технология установления императивной нормы 63
§ 7. Последствия нарушения договором императивных норм 89

Глава 2. Свобода заключения непоименованных договоров и применение к ним императивных норм 94
§ 1. История развития доктрины непоименованных договоров 94
§ 2. Квалификация договора в качестве непоименованного в контексте современного российского права 115
§ 3. Принципы правового регулирования непоименованного договора 143
§ 4. Запрет на заключение непоименованных договоров 157
§ 5. Проблемы признания непоименованных договоров в российской судебной практике 159

Глава 3. Смешанные договоры и применение к ним императивных норм 165
§ 1. Общие замечания 165
§ 2. Правовой режим смешанных договоров в зарубежных странах 167

§ 3. Понятие и виды смешанного договора 177
§ 4. Подходы к правовому регулированию смешанных договоров 191
§ 5. Вопросы разграничения смешанных и непоименованных договоров 205

Раздел III. СУДЕБНЫЙ EX POST КОНТРОЛЬ УСЛОВИЙ ДОГОВОРА 211

Глава 1. Развитие общих механизмов судебного ex post контроля справедливости содержания договора в зарубежном праве 211
§ 1. Общие замечания 211
§ 2. Германия, Голландия и Скандинавские страны 218
§ 3. Франция и Англия 243
§ 4. Соединенные Штаты Америки 261
§ 5. Международные акты унификации договорного права 271
§ 6. Некоторые обобщения по итогам компаративного анализа ... 283

Глава 2. Общие инструменты ex post контроля справедливости договорных условий в контексте российского права 300
§ 1. Общие замечания 300
§ 2. Контроль справедливости договорных условий в соответствии со ст. 428 ГК РФ 302
§ 3. Иные механизмы судебного ex post контроля справедливости договорных условий 364
§ 4. Оценка справедливости договорных условий 399

Глава 3. Ex post контроль содержания договоров в целях защиты интересов третьих лиц, общества и государства 433
§ 1. Ex post контроль содержания сделок, противоречащих основам нравственности и публичного порядка 433
§ 2. Ex post контроль договоров, причиняющих вред третьим лицам 444

Заключение 451

РАЗДЕЛ I. ОБЩИЙ АНАЛИЗ МОДЕЛЕЙ И МЕХАНИЗМОВ ОГРАНИЧЕНИЯ ДОГОВОРНОЙ СВОБОДЫ

Глава 1. Модели ограничения свободы договора

В общем и целом существуют две основные модели ограничении свободы договора.

Первая из них состоит в установлении государством прямых ограничений свободы договора путем указания на то, какие конкретно условия сторонам согласовывать в договоре запрещено. Эти указания облекаются в императивные нормы, вводящие прямые запреты или позитивные предписания, из которых такие запреты недвусмысленно вытекают. В рамках такой модели государство минимизирует роль конкретного суда, разбирающего спор, в качественной оценке договорных условий. Политико-правовая оценка приемлемости соответствующего содержания договора осуществляется правотворцем (законодателем или высшим судом) ex ante, а суду, рассматривающему конкретный спор, остается путем механической дедукции применить соответствующий запрет и признать весь договор или отдельное его условие недействительными или иным образом не приводить волю сторон в исполнение. Данную модель ограничения свободы договора мы далее будем называть ex ante моделью ограничения договорной свободы.

Вторая модель ограничения свободы договора (ex post контроль договорной свободы) требует от законодателя или высших судов закрепления на уровне закона или прецедентной практики общих оценочных стандартов, которым сделка и ее условия должны соответствовать, и фактически делегирует основную долю политико-правовой оценки соответствия конкретных договорных условий этим оценочным стандартам судам, рассматривающим конкретный спор. Особенность этой модели регулирования состоит в ретроспективности судебной оценки. При заключении договора невозможно абсолютно точно предугадать, признает ли суд юридическую силу договора в целом или его условия либо нет. Этот вопрос выясняется только при передаче соответствую-

щего дела на рассмотрение в суд. Последний, как правило, по ходатайству (или встречному иску) стороны, считающей, что ее права нарушены (например, критерии добросовестности или кабальности), либо по собственной инициативе (например, критерий публичного порядка) подвергает спорное условие (или договор в целом) проверке на соответствие неким оценочным критериям должного содержания договоров (справедливого, добросовестного, морального и т.п.). Если субъективное мнение судьи таково, что воля сторон противоречит этим оценочным критериям и он достаточно уверен в том, что его коллеги в вышестоящей инстанции разделят его точку зрения, судья реализует свое правомочие не признавать юридическую силу контрактных условий. Эта модель реализуется сейчас практически во всех странах, в которых суды формируют обширную практику по отказу в приведении в исполнение условий, противоречащих таким закрепленным в законе оценочным стандартам, как добросовестность, добрые нравы, публичный порядок, справедливость и т.п.

Ex ante ограничения в виде императивных норм имеют массу преимуществ, среди которых предсказуемость регулятивного режима, устранение судебного произвола, четкие и однозначные сигналы контрагентам о необходимости воздерживаться от согласования тех или иных условий и вследствие этого – снижение издержек на рассмотрение споров. Императивные нормы достаточно четко блокируют свободу договора. Но они имеют два существенных недостатка.

Во-первых, такие запреты неминуемо оказываются либо избыточными, либо недостаточными в отдельных случаях с учетом соответствующего контекста конкретной ситуации. Блокируя те условия, которые политика права действительно требует запрещать, такие нормы в силу естественных языковых и эпистемологических ограничений не могут идеально покрыть именно ту сферу, где этот запрет необходим (не более и не менее). Даже при самом тщательном подходе к разработке текста соответствующей императивной нормы могут иметь место случаи, когда применение соответствующего запрета в конкретном фактологическом контексте будет излишним или, наоборот, выяснится недостаточность этих ограничений. В зарубежной науке случаи избыточного применения соответствующего ограничения обычно называют ложно-позитивным применением запрета или ошибками первого типа (рода), в то время как случаи недостаточного покрытия именуют ложно-отрицательным применением запрета или ошибками второго типа[1]. Введе-

[1] Подробнее об ошибках первого и второго рода см.: *Шаститко А.Е.* Ошибки I и II рода в экономических обменах с участием третьей стороны – гаранта // Журнал Новой экономической ассоциации. 2011. № 10. С. 125–148. Примеры использования дан-

ние конкретизированных императивных ограничений свободы договора чревато ошибками обоих типов.

Так, например, часто ошибка второго типа при введении детальных императивных норм связана с неспособностью законодателя заранее предвосхитить все возможные злоупотребления свободой договора. Человеческая хитрость и смекалка не знают границ. Вводимые законодателем в рамках громоздкой законотворческой процедуры ex ante запреты зачастую устаревают еще до того, как законодательная новелла вступает в силу. Недобросовестные участники оборота часто достаточно легко находят обходные пути достижения своих неблаговидных целей.

Еще чаще императивные нормы оказываются избыточными и подводят под ограничение как те условия, которые действительно стоит запретить, так и те, применительно к которым ограничение неоправданно. Это связано с тем, что во многих случаях одно и то же условие с точки зрения политики права должно быть однозначно запрещено в определенном контексте заключения договора (например, когда в договоре участвуют потребитель или иная слабая сторона), но не заслуживает ограничения в случае, когда речь идет о многомиллиардном контракте двух крупных корпораций с сопоставимыми переговорными возможностями. Проведение всех необходимых дифференциаций и исключений в гипотезах законодательных норм часто бывает достаточно затруднительно с точки зрения законодательной техники, что приводит к случаям избыточного ограничения автономии воли.

Во-вторых, попытка законодателя минимизировать неизбежные последствия ложно-позитивного или ложно-негативного срабатывания таких императивных ограничений приводит к тому, что ему приходится писать все более и более сложные нормы с множеством исключений и уточнений, что в свою очередь значительно усложняет процесс достижения консенсуса в законодательном органе. Договориться о том, что недобросовестность запрещена намного проще, чем в тексте закона расписать в деталях все случаи запрещенного недобросовестного поведения и сделать необходимые исключения[1]. Попытки сформировать детальные императивные нормы, нацеленные на минимизацию проблем избыточности и недостаточности, значительно повышают экономические издержки законотворчества. Но самое важное состоит в том, что внедрение в законодательство множества необходимых нюансов, дифференциаций, уточнений и исключений в отношении предполагаемой императивной нормы крайне затруднено, когда этот процесс осуще-

ного понятийного аппарата в рамках правового дискурса см.: *Monty G.* EC Competition Law. 2007. P. 17.

[1] *Korobkin R.* Bounded Rationality, Standard Form Contracts and Unconscionability // 70 The University of Chicago Law Review. 2003. P. 1249, 1250.

ствляется абстрактно и умозрительно, без привязки к конкретным судебным спорам.

И тут свои преимущества демонстрирует вариант ex post контроля, который дает в руки судов возможность отменять нежелательные условия на основе тех или иных оценочных стандартов. Плюсы такого механизма понятны: они позволяют суду применять ограничения свободы договора именно в тех случаях, когда это необходимо, и учитывать при этом всю совокупность обстоятельств конкретного спора. Кроме того, такой подход не требует от законодателя значительных усилий по формированию соответствующего режима – ему достаточно просто указать в законе, например, на запрет недобросовестных условий, недопустимость нарушения публичного порядка или основ нравственности, доверив окончательную оценку соответствующего контракта судам.

Минусы же ex post контроля тоже очевидны. Во-первых, возникают риски ошибок и злоупотреблений со стороны судей, не все из которых являют нам образцы честности, мудрости и понимания бизнес-практики. Иначе говоря, при ex post модели контроля риски возникновения ошибок первого и второго типов не исчезают, только ответственность за них лежит не на законодателе, а на судах. Во-вторых, возникает неопределенность правового режима, выражающаяся в том, что ограничение свободы договора будет применяться ретроспективно к уже заключенному договору, что вносит в институциональные условия оборота неприятную нестабильность. В-третьих, этот подход предполагает неизбежный рост издержек на рассмотрение спора и общей нагрузки на судебную систему, которой при прочих равных условиях гораздо проще механически дедуцировать ответы из четких и конкретных норм, чем под прикрытием общих оценочных стандартов давать политико-правовую оценку договору и его условиям.

Как мы видим, каждая из этих моделей имеет свои преимущества и недостатки. История и современное состояние развитых правовых систем показывают, что на практике использовались и используются обе модели ограничения свободы договора.

Зарубежные юристы предлагают, на наш взгляд, вполне адекватный подход к решению проблемы выбора оптимальной регулятивной модели. Это подход основан на идее о том, что правовая система должна комбинировать обе модели. При этом отдавать приоритет модели ex ante контроля следует в тех случаях, когда изначально достаточно легко определить как неадекватность того или иного условия и соответственно политико-правовую желательность ограничения свободы договора, так и те фактологические условия, которые оправдывают соответствующее ограничение. В таких случаях законодателю или высшим

судам следует брать на себя ответственность и вводить некое конкретное императивное ограничение, которое стороны не смогут обойти.

Если же заранее четко сформулировать, какое именно условие и в каких именно обстоятельствах политика права требует блокировать, а какое решение взамен она требует установить затруднительно, лучший способ предоставить свободу усмотрения судам, которые, используя те или иные закрепленные в законе оценочные стандарты, будут ограничивать свободу договора с учетом всех релевантных обстоятельств и факторов[1].

При такой комбинации достигается минимизация издержек ошибок первого и второго типа, а компетенция по ограничению свободы договора разумно распределяется между законодательством и судебным правотворчеством.

При этом нетрудно увидеть определенную условность разграничения данных регулятивных моделей. Их тесная взаимосвязь может быть легко продемонстрирована.

Во-первых, модель ex post контроля, как правило, опирается на закрепленные ex ante в позитивном праве оценочные стандарты, и судебные решения, ограничивающие свободу договора ex post, по сути комбинируют правоприменение и правотворчество. Судья, с одной стороны, применяет норму права (например, о запрете включения несправедливых условий в договоры с потребителями), но, с другой стороны, осуществляет де-факто правотворческое усмотрение в политико-правовой оценке соответствующих сделок и их условий. Когда, например, суд отменяет тот или иной договор на основе интерпретации принципа добросовестности, он не занимается формальной дедукцией, как то предписывается классической, силлогистической логикой правоприменения, часто ошибочно выдающейся в отечественной правовой науке за единственную форму осуществления судебной власти. Но в то же время его усмотрение является легитимным именно в силу наличия в позитивном праве соответствующего оценочного стандарта, подразумевающего делегацию суду функции по его творческому развитию.

Кроме того, хотя такие оценочные стандарты, как добросовестность, справедливость или добрые нравы, формально оставляют суду огромный простор для усмотрения, этот простор все же не безграничен. Но это ограничение не столько из сферы позитивного права, сколько из сферы политики права. Например, стандарт добрых нравов вводит в позитивное право соображения общественной нравственности, по сути разрушая столь близкую сердцу «жестких позитивистов» (hard positiv-

[1] *Korobkin R.* Bounded Rationality, Standard Form Contracts and Unconscionability // 70 The University of Chicago Law Review. 2003. P. 1254, 1255.

ists) «китайскую стену» между моралью и правом, а «стандарт публичных интересов» (public policy) или «публичного порядка» (ordre public) пробивает «берлинскую стену» между догматикой права и соображениями государственной политики, общественной пользы и регулятивной целесообразности. Соответственно ограничение судебного усмотрения в подобного рода спорах осуществляется не самим позитивным правом, а теми не формализованными нормативными системами, к которым соответствующая правовая норма отсылает. Внедрение в позитивное право оценочных стандартов, способных служить инструментом ограничения договорной свободы, подразумевает ограничение судебного усмотрения рамками того, что данный стандарт в принципе определяет с точки зрения господствующих в правовой культуре воззрений. Поэтому судья не может легитимно ограничивать свободу договора, ссылаясь на нормы о контроле несправедливых договорных условий в качестве основания для ограничения свободы договора во имя публичных (например, фискальных) интересов.

Соответственно в принципе суд при применении оценочных стандартов должен ориентироваться на те этические стандарты и утилитарные соображения, которые, на его взгляд, являются доминирующими в обществе, отраженными в общих правовых принципах и конституционных ценностях. На это обычно возражают, что нет никаких гарантий того, что суд не начнет подменять эти более или менее объективные нормативные установки на собственное абсолютно произвольное усмотрение. Этот откровенный субъективизм может быть действительно крайне опасным с точки зрения стабильности оборота.

На это следует заметить следующее. Безусловно, от субъективности при применении ex post контроля, равно как и при применении иных оценочных доктрин, уйти не удается ни в одной стране. Но в реальности субъективизм и полная анархия сдерживаются институционально за счет иерархичности судебной системы. Как бы цинично это не звучало, в реальности то, что в первую очередь волнует суд первой инстанции, – это соответствие его субъективного усмотрения не столько доминирующим в обществе представлениям о политике права, сколько тем представлениям, которые кажутся ему характерными для судей вышестоящей судебной инстанции. Субъективные представления судьи о добросовестности могут быть сколь угодно специфичными: он, например, может быть принципиальным противником патернализма и сторонником социал-дарвинизма. Но его усмотрение вынужденно «объективизируется» страхом перед пересмотром его решения вышестоящими судами. Редкий судья поставит свои субъективные представления о политике права выше своих перспектив продвижения по службе. Так как частые отмены его решений этому продвижению могут серьезно поме-

шать, судья помимо своей воли вынужден в своих решениях отражать представления о политике права, которые, по его мнению, разделяются вышестоящими судами.

При этом, так как ценностная ориентация вышестоящих судов не всегда очевидна, суду безопаснее сверяться с теми ценностями, которые в обществе доминируют. Ведь в этом случае вероятность войти в противоречие с ценностными установками судей вышестоящих инстанций снижается настолько, насколько это в принципе возможно. Таким непрямым образом судебная иерархия вынуждает нижестоящие суды ориентироваться на те ценности, которые являются доминирующими. Эти соображения могут показаться циничными, но по своей сути они отражают реальность достаточно точно. В итоге именно страх пересмотра судебных решений делает применение соответствующих оценочных стандартов несколько более предсказуемым и дает участникам оборота определенные (хотя и не абсолютные) гарантии от произвола. Таким образом, осуществление судами ex post коррекции договорной свободы посредством применения неких признанных в законодательстве или прецедентной практике высших судов оценочных критериев является ретроспективным «волюнтаризмом» лишь отчасти. Иначе правоприменение в современных западных государствах, в праве которых количество оценочных и гибких норм и ссылок на разумность, справедливость и добросовестность в последние десятилетия растет по экспоненте (Голландия, Германия, Скандинавские страны и др.), просто бы вверглось в тотальную анархию.

Во-вторых, в свою очередь модель ex ante ограничения договорной свободы хотя и минимизирует роль судебного усмотрения, но не устраняет ее вовсе. Если ex post модель опирается на достаточно размытые оценочные стандарты, то ex ante модель реализуется путем установления в позитивном праве более конкретных и однозначных императивных норм. Возьмем, например, нормы отечественного ГК о сроке исковой давности. Считается, что эти нормы в российском праве носят императивный характер и лишают силы любые соглашения сторон об ином. В целом то, какие конкретно условия закон ограничивает, достаточно понятно: это любые условия договора, которые направлены на установление иных сроков исковой давности. Если мы понимаем, что такое сроки и что такое исковая давность, суду не составит труда определить границы автономии воли. Но многие императивные нормы оперируют понятиями, которые могут вызывать разные интерпретации или, пользуясь терминологией Герберта Харта, имеют зоны семантической «полутени» (penumbra). В такого рода случаях на первый план вновь выходит все та же свобода судебного усмотрения.

Например, законодатель или высший суд могут установить норму о том, что стороны не вправе предусмотреть первоочередное отнесе-

ние просроченных платежей в погашение начисленной неустойки (или процентов годовых по ст. 395 ГК), что безусловно является реализацией модели ex ante ограничения договорной свободы. Но помимо договорных условий, которые, очевидно, считаются неустойками (или иным размером процентов годовых), в правовой догматике могут встречаться условия, вызывающие серьезные проблемы квалификации. Например, предусмотренное в кредитном договоре повышение процентной ставки в случае утраты обеспечения заемщиком, нарушения им тех или иных «ковенантов» (целевого использования, обещания не привлекать новых кредитов и т.п.) или нарушения сроков погашения очередных платежей может быть, с одной стороны, расценено как денежная санкция за нарушение (т.е. неустойка или иной размер процентов по ст. 395 ГК), но может быть, с другой стороны, признано механизмом корректировки цены с учетом повышения рисков дефолта заемщика (т.е. не мерой ответственности). Дифференциальная квалификация этого договорного условия потребует от суда некоторой степени судебного усмотрении в оценке целей сторон, задач законодательного регулирования и политико-правовой адекватности применения к данному условию того или иного режима (т.е. по сути телеологического толкования закона)[1]. Соответственно в некотором смысле применение императивных норм практически всегда оставляет судам определенную свободу судебного усмотрения. Ровно в той мере, в которой может быть задействована эта свобода судебного усмотрения, судебное решение об ограничении свободы договора несет в себе черты ex post правотворческого контроля.

Все эти аргументы, подчеркивающие сложности в абсолютно четком разграничении моделей ex ante и ex post контроля свободы договора, характерны для практически любой классификации и не должны приниматься в качестве доказательства бессмысленности предлагаемого нами разделения. В большинстве случаев конкретный механизм ограничения договорной свободы может быть без большого труда отнесен к одной из двух описанных выше регулятивных моделей. Разница между двумя этими моделями – это вопрос степени, это проявляется в той роли, которую играет в них судебное усмотрение. В рамках модели ex ante контроля степень судебного усмотрения значительно ограничена за счет конкретности соответствующей императивной нормы; в рамках же модели ex post контроля степень свободы усмотрения бо-

[1] Примечательно, что в Обзоре судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146), подобное условие кредитного договора было квалифицировано ВАС как согласованная сторонами ответственность за неисполнение денежного обязательства.

лее значительна за счет использования в законодательной или прецедентной норме крайне общих формулировок. Иначе говоря, разграничение двух этих моделей контроля вытекает из известной зарубежному праву дихотомии конкретизированных правил (rules) и оценочных стандартов (standards)[1].

Но взаимосвязь двух описанных регулятивных моделей ограничения свободы договора проявляется еще и в динамическом плане. Как уже выше отмечалось, в случае ex post контроля судебное усмотрение ограничено наличием вышестоящей инстанции. Но эта же иерархическая структура помимо отсева неудачных политико-правовых решений обеспечивает динамический процесс конвертации признанных удачными ex post ограничений договорной свободы в конкретизированные императивные нормы, действующие ex ante.

После того как введенное нижестоящим судом на основе некого оценочного стандарта ограничение того или иного условия подтверждается вышестоящими судами и находит поддержку в суде, возглавляющем судебную иерархию, само это решение становится «прецедентом». Далее в силу правила о формальной обязательности прецедентов (англосаксонская модель stare decisis) или в силу неформальной закономерности, свойственной любой бюрократической иерархии (континентальная модель), это решение начинает восприниматься в качестве императивного правила, известного всем заранее и оказывающего сдерживающее воздействие на договорную свободу контрагентов. В результате ex post ограничения договорной свободы имеют тенденцию к превращению в ограничения ex ante[2].

Описанный выше «закон конвертации» часто приводит к тому, что на основе закрепившихся в практике высших судов прецедентов формируется устойчивая судебная практика, которая в свою очередь после необходимой проверки временем облекается в форму законодательных новелл и поправок в гражданское законодательство. И это окончательно превращает ex post ограничения в ограничения ex ante. Так, например, как мы видели, накопленная европейскими судами с 1920-х гг. судебная практика по ограничению свободы потребительского договора на основе толкования закрепленных в национальных гражданских кодексах принципов добросовестности и добрых нравов вначале получи-

[1] В американской правовой науке в последние годы этой классификации правовых норм уделяется огромное значение, в том числе в рамках доминирующей там научной методологии экономического анализа права. См., напр.: *Kaplow L.* Rules Versus Standards: An Economic Analysis // 42 Duke Law Journal. 1992. P. 557ff.

[2] О процессе подобной конвертации см.: General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification / Ed. by S. Grundmann and D. Mazeaud. 2006. P. 44.

ла поддержку высших судов и только к 1970–1980-м гг. начала повсеместно оформляться законодательно, стимулируя формирование специального потребительского законодательства.

Эта логика развития права представляется достаточно разумной. Судебная практика выступает в качестве проверочного механизма, позволяющего избегать ошибок поспешного закрепления в позитивном праве непродуманных ограничений договорной свободы. Правовая система делегирует судам право оценивать политико-правовую приемлемость тех или иных договорных условий и блокировать отдельные злоупотребления, затем ждет от высших судов подтверждения этих решений, и только когда среди юристов возникает консенсус в отношении оправданности соответствующего ограничения, она созревает до окончательной фиксации соответствующего ограничения на законодательном уровне.

Этот подход аккуратного отбора ограничительных решений в полной мере вписывается в ту парадигму договорной свободы как опровержимой презумпции, которую мы защищаем в настоящей работе. Вместо того чтобы торопиться рассеивать в законодательстве ex ante ограничения договорной свободы с высокими рисками ошибок первого и второго типов, законодателю стоит сфокусировать свое внимание на разработке удобного и эффективного инструментария ex post контроля договорных условий. Чем лучше работает система ex post контроля, тем выше вероятность того, что отбираемые на уровень ex ante ограничений императивные правила будут адекватными и разумными, а ошибки первого или второго типов будут минимизированы (хотя конечно же не исключены вовсе).

Таким образом, в принципе в законы должны включаться только те ex ante запреты, которые либо абсолютно однозначны и не вызывают сомнений, либо проверены на уровне судебной практики применения соответствующих оценочных стандартов. В любом случае все императивные правила законодательства, ограничивающие свободу договора ex ante, должны быть подкреплены убедительными аргументами о наличии более весомых политико-правовых соображений, однозначно опровергающих презумпцию свободы договора. И «закон конвертации» позволяет добиться этого результата наиболее разумным способом.

Соответственно ex ante «барьеров на входе» должно быть минимальное количество, а те барьеры, которые правовая система принимает, должны по возможности ограничиваться только теми сферами, где это ограничение однозначно уместно с точки зрения политики права (например, патерналистские ограничения – применительно к сделкам между сторонами с неравными переговорными возможностями или с учас-

тием контрагентов, чья иррациональность извинительна). В остальном правовой системе лучше полагаться на оценочные стандарты и судебное ex post правотворчество, направленное на их преломление в конкретных спорах и поднимающее на уровень ex ante барьеров только те ограничительные «находки» судебной практики, которые доказали свою убедительность, проверены временем и не вызывают сомнений.

К сожалению, российское законодательство идет несколько по-иному пути. Оно вводит огромное число непродуманных императивных норм, ограничивающих свободу договора ex ante, и содержит крайне нечеткое регулирование механизмов ex post контроля договорной свободы (пример такого недоразумения – довольно неудачная ст. 428 ГК РФ о договорах присоединения). В результате характерное для развитых стран эволюционное развитие правового регулирования сферы договорной свободы в России заменяется на полную свою противоположность. Это подчеркивает тот факт, что презумптивная сила принципа свободы договора в российском праве в полной мере не осознанна. Причем ни закрепление договорной свободы в качестве базового принципа гражданского права в ст. 1 ГК РФ, ни однозначное признание свободы договора конституционным принципом российского права Конституционным Судом РФ не меняют сути дела принципиально.

Соответственно изменение доминирующей регулятивной модели стоит на повестке дня крайне остро. Без существенного снижения количества «барьеров на входе» и пропорционального совершенствования механизмов ex post контроля российское право «на выходе» никогда не станет сбалансированным и удобным как регулятор экономических отношений.

Избыточное количество неапробированных «барьеров на входе» увеличивает вероятность того, что они заблокируют некие договорные практики, которые будут соответствовать интересам контрагентов и не заслуживать ограничения с точки зрения политики права или, наоборот, блокировать автономию воли недостаточно. Многие закрепленные в российском законодательстве императивные ex ante ограничения зачастую не учитывают специфики конкретных ситуаций, не предусматривают нужных исключений или, наоборот, не покрывают всех заслуживающих ограничения договорных практик и в результате очень часто оказываются либо избыточными, либо недостаточными. Но если острота проблемы недостаточности ограничения может быть частично снята за счет увеличения эффективности регулирования и применения имеющихся ex post корректоров (принципа недопустимости злоупотребления правом, правил о кабальности или договоре присоединения), которые могут «перехватить» злоупотребления, «проскочившие» через сеть императивных норм, то пробле-

ма неизбежной избыточности «барьеров на входе» не имеет столь же простого решения. Суду крайне сложно спасти сделку или ее отдельное условие, противоречащие однозначной императивной норме, даже если он понимает, что в данной ситуации никакой политико-правовой необходимости в ограничении свободы договора нет. Ограничительное телеологическое толкование данных императивных норм может в ряде случаев являть собой выход из положения. Но далеко не всегда. Иначе говоря, чем больше поспешно введенных и не опирающихся на накопленную судебную практику «барьеров на входе», тем больше шансов на то, что правовая система может допускать непоправимые ошибки «первого типа», вводя ограничения свободного оборота без достаточных политико-правовых оправданий.

В условиях очевидного несовершенства российского законодательного процесса акцент, который у нас делается на императивных «барьерах на входе», масштабирует остроту проблемы. Эти барьеры все чаще оказываются препятствием для успешного структурирования по российскому праву многих экономических трансакций. Зачастую важные и крупные сделки между профессиональными корпорациями, которые выгодны обеим сторонам и полезны для экономики страны в целом, не могут осуществляться в рамках российского права из-за наличия в нем тех или иных избыточных или вовсе ошибочных ex ante ограничений договорной свободы, при введении которых законодатель, например, подразумевал защиту интересов потребителя или иной слабой стороны договора, но не уточнил это в гипотезе нормы.

Та регулятивная стратегия, которая должна прийти на смену этой постсоветской модели, не избежит комбинирования ex ante и ex post ограничений, но должна делать очевидный акцент на механизмах ex post блокирования отдельных злоупотреблений. Этот подход расширяет границы допустимой автономии воли сторон, позволяет избегать неоправданных и поспешных ее ограничений и способствует формированию комфортной и справедливой регулятивной среды рыночного оборота. Сопоставляя сравнительные издержки режима, в котором доминируют ex ante барьеры, а «ex post корректоры» судами используются не эффективно и не интенсивно, и режима, в котором ex ante барьеры осторожно отбираются на основе анализа применения ex post корректоров, мы отдаем предпочтение последнему.

Против этого сразу возникает возражение, что такая регулятивная стратегия повышает неопределенность права и увеличивает непредсказуемость судебных решений. В некоторой степени этот упрек справедлив. Любое решение имеет свои издержки. Вариант усиления эффективности ex post контроля за счет снижения интенсивности ex ante ограничений действительно не лишен недостатков, связанных

с некоторой степенью дестабилизации оборота. Поэтому, безусловно, обойтись без использования четких императивных запретов там, где для этого имеются очевидные ex ante основания, не обойтись. Тем не менее, думается, саму проблему дестабилизации оборота не стоит и преувеличивать.

Как уже отмечалось, иерархическая структура организации судебной власти в значительной степени минимизирует эти риски. Вышестоящие суды зачастую отменяют решения, при вынесении которых применение нижестоящими судами ex post корректоров автономии воли было не обоснованным с точки зрения доминирующих политико-правовых установок. В итоге большинство проявлений радикализма и избыточного консерватизма таким образом отсекается, и эволюция права хотя и не останавливается, но становится более плавной, а правовая неопределенность хотя и не исключается вовсе, но достигает той степени, при которой становится возможным избежание полного хаоса. Это подтверждает и опыт развития частного права европейских стран и США в XX в.

Соответственно в условиях иерархического устройства судебной системы наличие у суда возможности не признать то или иное договорное условие на основе некого кодифицированного, но крайне неопределенного оценочного стандарта еще не означает, что суд будет охотно этой возможностью злоупотреблять.

Моделирование поведения среднестатистического и некоррумпированного судьи в духе современной теории публичного (общественного) выбора показывает, что судья в большинстве случаев не будет без очень убедительных поводов и уверенности в одобрении его оценки вышестоящими судами рисковать и принимать на себя ответственность открытой демонстрации своего усмотрения при политико-правовой оценке сделки. Такое поведение делает его решение уязвимым для критики. Судье проще вынести решение по букве закона или тексту договора, чем пускаться в рассуждения о справедливости, публичном порядке или добрых нравах. При наличии сомнений ему гораздо удобнее делегировать опровержение презумпции договорной свободы на основе политико-правовой оценки договорных условий судам вышестоящим.

Если суд первой инстанции вынесет решение «по букве», и это решение будет пересмотрено «наверху», данный суд будет трудно обвинить в ненадлежащем отправлении правосудия. Ведь он всего лишь буквально проводил в жизнь официально признанную модель правосудия – механически исполнял закон или волю сторон. В условиях значительной перегрузки нижестоящих судов ожидать от них авторитетного и убедительного анализа политики права трудно. И таких ожиданий ни у кого, собственно, и нет. То, что вышестоящие суды при пересмотре такого

формального решения отступили от механических правил и занялись рассуждениями на тему нравственности, справедливости, публичного порядка или патернализма, это их право. На то они и вышестоящие суды, что над ними не нависает угроза пересмотра их решений (высшие суды) или эта угроза носит достаточно призрачный характер (например, кассационная инстанция арбитражных судов). В таких условиях суд первой инстанции, даже имея широкий простор для легитимного ограничения договорной свободы на основе стандартов добросовестности, добрых нравов или публичного порядка, будет опасаться этой властью активно пользоваться кроме случаев очевидной политико-правовой неприемлемости соответствующих договорных условий. Разрешение всех сомнительных случаев будет делегироваться вышестоящим судам, имеющим время, опыт, квалификацию, более подходящую для такой, по сути правотворческой, деятельности, и менее скованным угрозой последующего пересмотра их решений.

Эти выводы подтверждаются и анализом практики применения тех оценочных стандартов, которые теоретически могут сейчас ограничивать договорную свободу в рамках российского законодательства. Так, например, анализ судебной практики показывает, что потенциально способная дестабилизировать весь оборот ст. 10 ГК РФ, которая может блокировать реализацию любого права в случае злоупотребления им, в реальности используется крайне осторожно и чаще всего либо кассационными инстанциями, либо при условии получения судами первой инстанции «прецедентной отмашки» со стороны высших судов. То же можно сказать и о нормах ст. 169 ГК РФ, допускающей недействительность сделок, противоречащих основам нравственности и правопорядка, или ст. 179 Кодекса, предусматривающей оспоримость кабальных сделок.

Поэтому опасения в отношении дестабилизации оборота за счет некоторой интенсификации применения судами оценочных ex post корректоров договорной свободы понятны, но связанные с этим издержки могут быть терпимы в современных условиях гипердинамичной жизни. Эти условия исключают возможность формирования абсолютной стабильности регулятивного режима. Некоторая степень непредсказуемости «правил игры» и подрыва ожиданий участников оборота является имманентным элементом любой современной правовой системы. Иначе развитие права на основе судебного правотворчества, которое по своей сути всегда осуществляется ретроспективно (как минимум в отношении участников разбираемого спора), будет заблокировано. Другие реальные альтернативы развития права, в том числе монополизация правотворческих функций законодателем, давно и повсеместно доказали свою несостоятельность.

Глава 2. Механизмы ограничения договорной свободы

На более частном уроне следует обратить внимание на многообразие механизмов ограничения свободы договора. Когда мы выше писали об ограничениях договорной свободы по ex ante и ex post моделям, подразумевалось, что эти ограничения могут осуществляться посредством различных механизмов, каждый из которых имеет свою специфику.

Каковы же эти механизмы?

Во-первых, суды могут признавать соответствующие условия или сделку в целом ничтожными. Этот вариант не требует от заинтересованной стороны подачи искового заявления. Недействительное условие или договор просто не порождает соответствующих правовых последствий. Сейчас, например, в российском законодательстве это последствие является типичным для случаев нарушения договором ex ante императивных норм закона (ст. 168 ГК) или применения судами ex post таких оценочных стандартов, как основы правопорядка и нравственности (ст. 169 ГК). Здесь мы имеем наиболее жесткий вариант блокирования договорной свободы.

Во-вторых, соответствующий договор может носить оспоримый характер в целом или в части соответствующих условий. Здесь блокирование договорной свободы осуществляется только в случае предъявления одной из сторон искового заявления. При пропуске срока исковой давности договор сторон остается в силе. Такая форма ограничений договорной свободы в российском праве сейчас реализуется, в частности, в рамках применения ст. 179 ГК РФ о праве оспаривания кабальных условий сделки. Этот вариант ограничения договорной свободы носит более мягкий характер.

В-третьих, возможен и такой вариант, при котором суд не признает соответствующее условие ничтожным, но модифицирует его ab initio, т.е. задним числом. В этом случае договор считается измененным с момента его заключения. При этом теоретически такая модификация может осуществляться как на основе ex ante нормы (например, правила о том, что то или иное договорное условие должно толковаться судами вопреки своему буквальному смыслу), так и на основе ex post усмотрения суда (например, снижения судом начисленной неустойки). Кроме того, такая модификация может теоретически осуществляться как по модели оспаривания, когда соответствующей стороне необходимо сделать определенное заявление (не обязательно исковое), так и по инициативе самого суда (когда суд обязан или вправе модифицировать условие сам и без просьбы одной из сторон). Выбор между этими вари-

антами делает позитивное право. Например, во Франции (и до недавнего времени в России) неустойка могла быть снижена судом даже без просьбы должника, в то время как в ряде других стран (с учетом недавней судебной практики[1] – и в России) такая модификация возможна только по просьбе должника.

В-четвертых, близок предыдущему механизму и такой инструмент, как применение судом к заключенному договору того регулятивного режима, который стороны намеревались обойти своим соглашением. Такой прием традиционно используется судами в отношении притворных сделок, а также в отношении сделок, заключенных в обход закона. Например, если стороны злоупотребляют свободой заключения непоименованного договора (например, заключают инвестиционный договор) с целью обхода законодательного режима некого поименованного договора (например, об участии в долевом строительстве) с целью уйти от применения каких-то крайне важных с точки зрения законодательной политики норм (например, фиксирующих те или иные гарантии интересов потребителя), суд может проигнорировать непоименованный характер такого договора и квалифицировать договор вопреки прямо выраженной сторонами воли в качестве близкой ему поименованной договорной конструкции.

В-пятых, относительно мягким является и такой вариант блокирования договорной свободы, при котором суд не признает договор недействительным, но отказывает в защите соответствующего права, вытекающего из договора или его конкретного условия. В таком случае добровольное исполнение договора сторонами исключает возможность интервенции со стороны суда. Вмешательство суда происходит только тогда, когда одна из сторон передумала исполнять договор, а другая пытается защитить свое договорное право, ссылаясь на него в суде. В этом случае суд, отказывая в защите этого права, фактически осуществляет косвенное ограничение договорной свободы. При этом стоит напомнить, что в реальности то, что суд в такого рода случаях блокирует, это не столько договорная свобода, сколько принцип обязательной силы контракта. Мы здесь говорим об этом механизме как об инструменте ограничения договорной свободы, используя широкое понимание принципа свободы договора, которое в некоторой степени «поглощает» принцип pacta sunt servanda. В российском праве эта форма ограничения договорной свободы реализуется сейчас на основе ст. 10 ГК РФ, предусматривающей отказ стороне в защите права в случае ее злоупотребления им.

В-шестых, близкая к предыдущей форма ограничения договорной свободы состоит в признании договора действительным с одновремен-

[1] Постановление Президиума ВАС РФ от 13 января 2011 г. № 11680/10.

ным отказом в удовлетворении требования, вытекающего из этого договора. Сходство этой и предыдущей форм ограничения договорной свободы состоит в том, что в обоих случаях право фактически ограничивает принцип pacta sunt servanda, но не мешает сторонам добровольно исполнять согласованные условия. Отличие непосредственно этой формы ограничения договорной свободы состоит в том, что если отказ в защите права может быть осуществлен судом и в отношении ответчика (например, если тот в ответ на иск ссылается на то или иное признанное судом недобросовестным договорное условие об ограничении своей ответственности), то отказ в судебной защите требований осуществляется судом только в отношении истца. Иначе говоря, здесь мы имеем еще более мягкий режим ограничения договорной свободы. Пример из российского законодательства – правила ст. 1062 ГК РФ об отказе в принудительной защите требований, вытекающих из игр и пари.

В-седьмых, другой вариант состоит в признании спорного условия не обязательным в отношении одной из сторон договора. Иначе говоря, одна сторона ссылаться на данное условие не может ни в рамках поданного ею иска, ни в качестве возражения, но другая сторона договора может при желании к данному условию апеллировать в любом формате. Как мы покажем далее, такой вариант ограничения свободы договора встречается в европейском потребительском праве.

В-восьмых, еще одна форма ограничения договорной свободы состоит в том, что суд признает договор действительным, но расторгает или изменяет договор на будущее. В этом случае свобода договора ограничивается лишь перспективно, не затрагивая действия договорных условий на период до момента вступления в силу судебного решения. В российском законодательстве эта форма ограничения свободы договора закреплена в действующей редакции ст. 428 ГК РФ.

В-девятых, свобода договора может ограничиться и посредством толкования условий договора. Например, во многих зарубежных странах и актах международной унификации договорного права закреплен принцип толкования contra preferentum, который позволяет суду толковать неясное договорное условие против интересов той стороны, которая данные условия предложила, и в пользу той стороны, которая к соответствующим условиям присоединилась. Сейчас данный подход к толкованию является абсолютно доминирующим в мире применительно к потребительским договорам и часто применяется в отношении иных договоров, заключенных при неравенстве переговорных возможностей[1]. Посредством такого толкования суд в некотором смысле

[1] Принцип contra proferentem довольно стар. Он применялся в римском праве при толковании неясных условий стипуляции (см.: *Хвостов В.М.* Опыт характеристики понятий aequitas и aequum jus в римской классической юриспруденции. М., 1895. С. 20).

также ограничивает договорную свободу, хотя и не напрямую и достаточно мягко. Этот логичный принцип толкования, к сожалению, в российском праве не закреплен, хотя и был бы крайне уместен особенно в договорах присоединения и других случаях навязывания договорных условий стороне, лишенной реальной возможности существенно влиять на содержание предлагаемого текста договора.

В-десятых, еще одна форма косвенного ограничения свободы договора имеет место тогда, когда закон признает юридическую силу сделки и допускает даже ее принудительное исполнение, но при этом карает стороны или одну из сторон административными или уголовными санкциями. Буквально здесь свобода конкретного договора не ограничивается, но ex ante наличие публично-правовых санкций за совершение сделки блокирует соответствующую договорную практику на будущее. Причем этот эффект превенции может быть в ряде случаев более мощным, чем прямое ограничение свободы договора посредством признания договора ничтожным. В римском праве такие законы обозначались как lex minus quam perfecta.

Мы не претендуем на то, чтобы представить исчерпывающий перечень механизмов прямого или косвенного ограничения договорной свободы, нами указаны лишь наиболее распространенные в позитивном праве ведущих стран механизмы ограничения свободы договора. У нас нет намерений объявлять тот или иной из них единственно верным. Каждый из описанных выше механизмов ограничения свободы договора имеет свои преимущества и недостатки. Думается, оптимальная регулятивная стратегия состоит в адекватной комбинации соответствующих механизмов. Более подробный анализ этих вопросов будет предпринят нами далее применительно к конкретным формам ограничения свободы договора.

Ф. Бэкон называл его учителем мудрости и прилежания, воспитывающим у людей внимательность к своим делам (см.: *Bacon F.* The Elements of the Common Lawes of England a Collection of Some Principal Rules and Maxims of Common Law. London, 1630. P. 11). Сейчас данный принцип закреплен применительно к потребительским договорам в ст. 5 Директивы ЕС 1993 г. «О несправедливых условиях договоров»; применительно к потребительским и стандартизированным договорам – в п. 2 § 305 с и п. 3 § 310 ГГУ; применительно к договорам с потребителями или «непрофессионалами» – в ст. L.133-2 Потребительского кодекса Франции; применительно к стандартизированным договорам с потребителем или малым предпринимателем – в п. 2 ст. 6:238 ГК Нидерландов; применительно к индивидуально не согласованным условиям любых договоров – в ст. 5:103 Принципов европейского контрактного и наконец применительно к индивидуально не согласованным условиям любых договоров, а также любых условий договора, заключенного под доминирующим влиянием одной из сторон, – в ст. II.-8:103 Проекта общей системы координат европейского частного права (DCFR).

РАЗДЕЛ II. EX ANTE ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ДОГОВОРА

Глава 1. Императивные нормы

§ 1. Общие замечания

Выше мы показали, что существует два основных правовых инструмента ограничения содержательной свободы договора – модели ex ante и ex post контроля договорных условий. Основным способом ex ante контроля уже многие столетия является использование в рамках законодательства и судебного правотворчества императивных норм.

Под императивными нормами традиционно понимаются нормы, которые стороны не могут исключить или изменить путем согласования иного в договоре. Соглашения сторон, заключенные в противоречие с императивными нормами закона, недопустимы и по общему правилу влекут ту или иную форму недействительности (ничтожность или оспоримость) сделки в части или в целом, а в некоторых случаях – публично-правовые санкции, как сочетающиеся с недействительностью, так и заменяющие ее. К более детальному анализу последствий противоречия договора таким нормам мы еще вернемся позднее. Здесь нам лишь стоит просто зафиксировать, что императивные нормы по самой своей сути направлены на ограничение автономии воли сторон.

Описанные выше императивные нормы противостоят нормам диспозитивным, чья задача состоит в установлении правового регулирования на случай умолчания сторон договора. Нас в настоящей главе будут интересовать именно императивные нормы, а также то ограничивающее договорную свободу воздействие, которое они оказывают.

Для того чтобы более четко определить предмет нашего анализа, следует напомнить, что в сфере договорного права встречаются императивные нормы различной функциональной направленности. Среди них выделяются в том числе те, которые: 1) предписывают процедуры заключения договора, форму сделки и иные процедурные аспекты, не затрагивающие непосредственно содержания волеизъявления сторон, т.е. тех прав и обязанностей, которые являются предметом са-

мого соглашения; 2) предписывают существенные условия договоров определенного типа и тем самым устанавливают минимальный набор условий, которые должны быть прямо согласованы сторонами; 3) предоставляют судам или иным государственным органам определенные полномочия или возлагают на них те или иные обязанности. В настоящей работе, посвященной содержательной свободе договора, эти императивные нормы нас не интересуют. В фокус нашего анализа мы берем те императивные нормы, которые непосредственно регулируют содержание контрактов, жестко распределяя права и обязанности сторон договора или блокируя те или иные договорные условия.

§ 2. Императивные нормы и их соотношение с нормами диспозитивными в зарубежном праве

Зарождение и утверждение дихотомии

История разграничения императивных и диспозитивных норм уходит корнями еще в *римское право*, где в результате многих лет эволюции правовых воззрений частноправовые нормы стали разделять на jus cogens и jus dispositivum. Нормы первой категории ограничивали свободу договорных отношений путем использования либо негативных, запретительных, либо повелительных, предписывающих правовых предписаний. Нарушение договором норм обеих этих форм текстуального выражения jus cogens являлось недопустимым и могло влечь либо его недействительность (lex perfecta), либо недействительность договора, сопряженную с применением иной санкции, в частности штрафа (lex plus quam perfecta), либо только применение такой санкции с сохранением договора в силе (lex minus quam perfecta), либо парадоксальным образом вовсе не влечь никаких правовых последствий (lex imperfecta). Отступление договора от норм, относящихся к категории jus dispositivum, считалось вполне естественным и нормальным, так как сама природа таких норм состояла в установлении правил на случай умолчания сторон договора[1].

Несмотря на римские корни дихотомии императивных/диспозитивных норм, окончательное ее утверждение и интенсивное использование в зарубежном праве относятся к XIX–XX вв. – именно тогда договорное право во многих странах превратилось в центральный раздел частного права и стало активно кодифицироваться[2].

[1] Подробнее см.: *Барон Ю.* Система римского частного права. Вып. 1. Кн. 1: Общая часть. 2-е изд. М., 1898. С. 35–36.

[2] О том, что окончательное утверждение данной дихотомии произошло лишь в XIX в., часто указывается в зарубежной литературе. См.: Interpretation in Polish, German and European Private Law / Ed. by B. Heiderhoff and G. Źmij. 2011. P. 80.

В *континентально-европейском праве* отмеченная дихотомия норм проявляется во Франции в разделении между lois impératives и lois supplétives (dispositives), в Германии – между zwingendes Recht и dispositives (nachgiebiges, abdingbares, subsidiäres) Recht, в Италии – между norme cogenti (imperative или assolute) и norme dispositive (derogabili, relative или suppletive)[1].

Но в условиях активной кодификации гражданского права в Европе возникла сложная проблема квалификации конкретных норм в качестве императивных или диспозитивных. Эта проблема, как мы далее увидим, долгое время не стояла перед юристами стран общего права, где все нормы договорного права, развитые в прецедентной практике судов, имели либо четко выраженную форму подразумеваемых условий, действующих в случае отсутствия уговора сторон об ином, либо в редких случаях выражались как прямо и недвусмысленно предписанные запреты на те или иные проявления свободы договора. В континентально-европейском праве ситуация усложнялась из-за необходимости абстрактного формулирования норм договорного права в соответствующих кодексах. Суды были вынуждены применять при разрешении спора не прецеденты, при анализе ratio decedendi которых было легко определить императивную или диспозитивную природу соответствующих норм, а краткие и абстрактные кодифицированные нормы, при прочтении которых далеко не всегда можно было понять, означает ли та или иная норма, определяющая права и обязанности сторон договора, запрет на согласование иного или просто устанавливает правило, действующее на случай умолчания сторон.

В этих условиях перед правовыми системами встал выбор: либо четко текстуально закрепить в каждой норме ее статус, либо делегировать вопрос толкованию нормы на основе оценки целей законодательного регулирования (т.е. телеологического толкования) судам.

Во многих ведущих странах романо-германской правовой семьи не без некоторых колебаний выбор был в итоге сделан в пользу судебной дискреции и телеологического толкования. Если законодатель прямо не указал в норме на ее императивный или диспозитивный статус, то считается, что он не был уверен в том, что данная норма договорного права во всех контекстах и при любых условиях может быть диспозитивной или, наоборот, императивной, и делегировал компетенцию по уточнению ее смысла судам. Это гибкое решение основывалось на осознании ограниченных возможностей законодателя по предвидению всех возможных контекстов, в которых конкретная норма будет использо-

[1] Подробнее см.: *Hesselink M.W.* Non-Mandatory Rules in European Contract Law // 1 European Review of Contract Law. 2005. P. 56–59.

ваться, и осознанном или неосознанном стремлении обеспечить гибкость регулирования динамичных договорных отношений. Такой подход сейчас широко признается на уровне актов европейской унификации договорного права[1]. Молчание законодателя означает свободу суда в толковании. Как отмечается в вышедшей в 2012 г. Энциклопедии европейского частного права от Института Макса Планка (Германия), в тех случаях, когда ответ на данный вопрос не закреплен прямо в тексте нормы, ее квалификация в качестве диспозитивной и императивной осуществляется путем толкования ее целей судом[2].

Так, например, как отмечается во французской литературе, в подавляющем большинстве случаев по тексту ГК Франции и других законов часто трудно понять, какая норма является императивной, а какая – диспозитивной[3]. В первое время после принятия ГК Франции судьи и правоведы пытались решить вопрос квалификации конкретных норм путем поиска ответа в самом тексте, но потом честно признали, что Кодекс сам по себе не дает четких критериев классификации, и отдали прерогативу определения диспозитивной или императивной природы норм судам и научной доктрине[4]. Таким образом, в настоящее время, как отмечается в литературе, в случае применения нормы гражданского законодательства, прямо не указывающей ни на ее диспозитивность, ни на ее императивность, право такой квалификации считается принадлежащим судам[5]. В ГК Франции в нормах договорного права, как правило, не встречается фраза о праве сторон оговорить иное, что никоим образом не мешает судам признавать их диспозитивными[6].

Похожая ситуация и в Германии, где в тексте ГГУ чаще всего четко не указывается на природу нормы, и суды определяют ее, исходя из целей данной нормы, посредством телеологического толкования[7]. Интересно, что в первоначальном проекте ГГУ предпринималась попытка текстуально при помощи соответствующих лексических оборотов зафиксировать те нормы, которые являются императивными. Но за-

[1] Principles of European Contract Law. P. I and II / Prepared by the Commission on European Contract Law; Ed. by O. Lando and H. Beale. The Hague, 2000. P. 101.

[2] The Max Planck Encyclopedia of European Private Law / Ed. by J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann and A. Stier. Vol. II. 2012. P. 1126.

[3] См.: *Де ла Морандьер Л.Ж.* Гражданское право Франции. В 3 т. Т. 1. М., 1958. С. 158, 159.

[4] См.: *Garro A.M.* Codification Technique and the Problem of Imperative and Suppletive Laws // 41 Louisiana Law Review. 1980–1981. P. 1017, 1018.

[5] *Nicholas B.* The French Law of Contract. Oxford, 2003. P. 230, 231. См. также: *Treitel G.H.* Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account. Oxford, 1988. P. 33.

[6] Российский читатель может легко в этом убедиться на примере судебной интерпретации ст. 1153, 1253–1256, 1585, 1587, 1590, 1593 ФГК. См.: Французский гражданский кодекс: Учебно-практический комментарий. М., 2008.

[7] *Hesselink M.W.* Non-Mandatory Rules in European Contract Law // 1 European Review of Contract Law. 2005. P. 43–84.

тем эта идея была отброшена. Комиссия по ревизии предварительного проекта ГГУ в 1896 г. зафиксировала, что идея прямо и исчерпывающим образом выделить все императивные нормы текстуально отвергнута[1]. В итоге вопрос о квалификации норм договорного права в качестве императивных или диспозитивных в случае отсутствия прямого указания на их природу в тексте самих норм был отдан на откуп судебному толкованию.

К тому же результату пришло и швейцарское право. Разработчики проекта ГК Швейцарии 1907 г. указывали, что было бы большой ошибкой полностью отобрать у судов свободу толкования Кодекса. Если законодатель намеревается установить именно императивное, абсолютное правило, ему следует это недвусмысленно выразить. В противном случае вопрос будет решаться судами с учетом духа соответствующей эпохи[2].

В голландском праве функция определения императивности или диспозитивности каждой конкретной нормы договорного права также по общему правилу возложена на суды[3], кроме тех разделов, применительно к которым законодатель четко установил, что все нормы этого раздела, кроме прямо перечисленных, носят диспозитивный характер.

Известный компаративист Виктор Кнапп указывает, что в большинстве случае текст нормы не фиксирует однозначно ее императивный или диспозитивный статус, и тогда юристы вынуждены определять природу спорной нормы путем толкования, руководствуясь интуицией[4]. Чешский правовед Карел Беран также отмечает, что нормы договорного права редко содержат ясные и недвусмысленные уточнения в отношении права сторон оговорить иное, но это не означает, что суды в рамках толкования данной нормы не могут посчитать такое уточнение подразумеваемым элементом гипотезы нормы[5].

Как отмечается польскими правоведами, текст законодательной нормы, как правило, прямо не указывает ни на ее императивность, ни на ее диспозитивность, и определение природы нормы является вопросом толкования закона судом, причем толкования преимущественно телеологического и функционального. По их мнению, упоминание в нормах обязательственного права польского Гражданского кодекса фра-

[1] Подробнее см.: *Garro A.M.* Codification Technique and the Problem of Imperative and Suppletive Laws // 41 Louisiana Law Review. 1980–1981. P. 1020, 1021.

[2] *Garro A.M.* Codification Technique and the Problem of Imperative and Suppletive Laws // 41 Louisiana Law Review. 1980–1981. P. 1022.

[3] The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary / Ed. by D. Busch, E.H. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas, W.M. Schrama. Kluwer, 2002. P. 36.

[4] *Knapp V.* O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním) // Právník. Roč. 134, č. 1 (1995), S. 1–11 (цит. по: *Беран К.* Диспозитивная правовая норма // Правоведение. 2010. № 5. С. 93).

[5] Там же. С. 97–101.

зы о праве сторон оговорить иное носит достаточно случайный характер, что не оставляет никакого выбора, кроме как оценивать природу нормы, в которой такая оговорка отсутствует, путем телеологического толкования. Если толкование целей нормы выявляет, что она направлена на защиту публичных интересов, интересов третьих лиц или слабой стороны договора, то суд может легитимно прийти к выводу об императивной природе нормы. В ином случае норма может быть истолкована как диспозитивная[1].

Идея о невозможности выведения квалификации нормы в качестве императивной или диспозитивной из самого текста большинства норм законодательства и необходимости телеологического толкования поддерживалась и многими дореволюционными российскими юристами. Так, Д.И. Мейер писал: «Не всегда такое значение закона в нем выражено... Возьмем пример: законодательство определяет, что в случае обеспечения обязательства закладом закладываемое имущество описывается, опечатывается и хранится у залогопринимателя. Но неужели залогопринимать не может оставить заложенное имущество в руках залогодателя? И таких законов много». Решение таких проблем, предлагаемое Д.И. Мейером, состоит в толковании законодательства[2]. Аналогичную позицию занимали К.Н. Анненков, Ю.С. Гамбаров и целый ряд других цивилистов, указывающих на необходимость толкования целей неопределенной нормы[3]. Эта же точка зрения была отражена и в практике Правительствующего Сената[4].

Таким образом, предоставление судам функции квалифицировать нормы с прямо не определенным в законе статусом в качестве императивных или диспозитивных на основе телеологического толкования законодательства (а по сути – в форме правотворческой «доводки» законодательного текста) является достаточно распространенным подходом для большинства современных развитых стран[5], который применяется и разделяется российским гражданским правом в ту эпоху, когда оно регулировало нормальную рыночную экономику и еще не испытало на себе воздействие перехода к плановой экономике.

Англо-американскому праву разделение на императивные и диспозитивные нормы было долгое время незнакомо. Прецедентное право су-

[1] *Gorczyński G.* Iuris Cogentis and Juris Dispositivi Provisions in Contract Law and in Corporate Law // Interpretation in Polish, German and European Private Law / Ed. by B. Heiderhoff and G. Żmij. 2011. P. 86, 88, 89.

[2] *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. Ч. 1. М., 2000. С. 49.

[3] См.: *Анненков К.Н.* Система русского гражданского права. Т. 1. СПб., 1894. С. 63–65; *Гамбаров Ю.С.* Гражданское право: Общая часть. М., 2003. С. 266.

[4] *Анненков К.Н.* Система русского гражданского права. Т. 1. СПб., 1894. С. 65.

[5] *Hesselink M.W.* Non-Mandatory Rules in European Contract Law // 1 European Review of Contract Law. 2005. P. 57, 69.

дов создавало нормы, действующие в связи с умолчанием сторон, а также правила интерпретации воли сторон в случае ее неоднозначности. Цель первых правил состояла в том, чтобы заполнить пробелы в контракте исходя из фикции определения подразумеваемой воли сторон (*implied terms*)[1], в то время как вторые были направлены на прояснение воли сторон. Там же, где стороны выразили свою волю четко и однозначно, суды эпохи laissez-faire, как правило, воздерживались от вторжения в сферу автономии воли сторон. Это не означало, что некоторые императивные прецедентные нормы не возникали. Но их императивность однозначно вытекала из ratio decedendi решения, в котором прямо и недвусмысленно констатировалась ничтожность той или иной сделки или ее условия с приведением политико-правовых оснований такого ограничения свободы договора (например, из соображений общественной безопасности, основ нравственности и т.п.)[2]. В целом же сфера договорного права, традиционно считавшаяся «вотчиной» именно прецедентного права, в XIX в. регулировалась преимущественно нормами диспозитивного характера.

Одновременно статутное право в XIX в. в тех редких случаях, когда оно вторгалось в регулирование договорных отношений, было, наоборот, преимущественно императивным, так как было нацелено как раз на ограничение свободы договора в тех сферах, где суды упорствовали в проведении идеологии laissez-faire (например, в сферах борьбы с антиконкурентными соглашениями или защиты прав работников по трудовому договору). Это функциональное разделение нормотворческих методологий судов и законодателей, а также господство фикции так называемой декларативной теории, представляющей судебное правотворчество в виде не полноценного создания новых норм, а якобы открытия имманентно существующего правопорядка, долгое время мешали английским и американским юристам в полной мере индуцировать классификацию любых правовых норм на императивные и диспозитивные.

Тем не менее постепенно ситуация менялась. В XX в. после деконструкции декларативной теории О.У. Холмсом, Р. Паундом и правовыми реалистами, по крайней мере в США, уже никто не сомневался в том, что суды творят право наравне с законодателями[3]. Одновременно «размывалось» и жесткое разделение между нормотворческими мето-

[1] *Lenhoff A.* Optional Terms (Jus Dispositivum) and Required Terms (Jus Cogens) in the Law of Contract // 45 Michigan Law Review. 1946–1947. P. 41, 42.

[2] Подробнее о причинах отсутствия в общем праве дихотомии диспозитивных/императивных норм см.: *David R.* The Distinction Between Lois Imperatives and Lois Suppletives in Comparative Law // 22 Rev. Jur. U.P.R. 1952–1954. P. 154 ff.

[3] Подробнее см.: *Карапетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве XX в. М., 2010.

дологиями судов и законодателей. В Англии и США начинает приниматься все больше законов, в том числе и в области договорного права, а нормы, включенные в них, часто стали прямо допускать согласование сторонами иного, а суды, особенно начиная с первой трети XX в., также более охотно стали ограничивать свободу договора, вводя прецеденты, устанавливающие императивные нормы. Вследствие этих процессов в англо-американском праве юристы начали осознавать важность указанного разграничения[1].

Так постепенно в американской литературе распространилось разделение норм договорного права на обязательные (*mandatory или immutable rules*) и необязательные (*non-mandatory или default rules*). Первые считаются действующими вопреки любым волеизъявлениям контрагентов, в то время как последние применяются в случаях отсутствия специальных условий договора. При этом в последние годы были детально изучены политико-правовые аспекты, недостатки и преимущества обоих видов норм и выделены многие разновидности императивных и диспозитивных норм в соответствии с выполняемой ими политико-правовой функцией. Окончательная интернализация американским правом и правовой наукой дихотомии императивных/диспозитивных норм произошла в последней трети XX в. во многом благодаря многочисленным работам[2] сторонников экономического анализа права, посвятивших большое количество объемных научных статей политико-правовым основаниям данной классификации[3]. На основе популяризации этой идеи американское законодательство стало более осознанно отражать выбор в пользу той или иной модели норм в тексте законодательства или делегировать компетенцию по определению статуса нормы судам.

Презумпция диспозитивности норм в зарубежном праве

Право суда интерпретировать норму в качестве императивной или диспозитивной телеологически, т.е. с учетом целей законодательного регулирования, не остается без руководящих принципов. Постепенно в континентально-европейской традиции утвердилось понимание того,

[1] *David R.* French Law. Its Structure, Sources, and Methodology. 1972. P. 86, 87.

[2] См., напр.: *Schwartz A.* The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law // 3 Southern California Law Review. 1993–1994. P. 389ff; *Ayres I.*, *Gertner R.* Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules // 101 Yale Law Journal. 1992. P. 729ff; *Ayres I.*, *Gertner R.* Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economics Theory of Default Rules // 99 Yale Law Journal. 1989. P. 87ff; *Scott R.E.* A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts // 19 Journal of Legal Studies. 1990. P. 597ff; *Johnston J.S.* Strategic Bargaining and the Economics Theory of Contract Default Rules // 100 Yale Law Journal. 1990–1991. P. 615ff.

[3] *Ayres I.* Valuing Modern Contract Scholarship // 112 Yale Law Journal. 2002–2003. P. 885, 886.

что все нормы кодексов, касающиеся прав и обязанностей сторон договора, должны презюмироваться диспозитивными, если иное не вытекает из прямого указания в самой норме или толкования ее смысла и целей. Как отмечает А. Гарро (Garro), принцип свободы договора имеет такую явную силу, что по крайней мере в части обязательственного права специально диспозитивность нормы в европейском договорном праве даже не принято упоминать – она *подразумевается* по общему правилу[1]. Энциклопедия европейского частного права от Института Макса Планка (Германия) описывает это явление таким образом: «Так как частная автономия (свобода договора), т.е. свобода индивидуумов определять свои правоотношения по собственному разумению, является наиболее фундаментальным принципом либеральной системы частного права, диспозитивная природа норм является общим правилом, а императивная – исключением... В соответствии с общим приоритетом частной автономии императивная природа нормы обычно эксплицитно выделяется в тексте закона, в то время как диспозитивные нормы в основном в необходимости такого текстуального уточнения не нуждаются»[2]. Такой подход объясняется тем, что согласно традициям европейского частного права бремя мотивировки возлагается на тех, кто предлагает политическое или судейское вмешательство в сферу свободы договора[3].

Иначе говоря, презюмируется, что основная цель норм, регулирующих права и обязанности сторон договора, состоит в том, чтобы восполнить пробелы в контракте[4]. Норма, определяющая права и обязанности сторон договора, считается нацеленной на ограничение свободы договора, только если она выражена как прямой запрет или ее императивность недвусмысленно вытекает из толкования ее природы и целей. По общему правилу суды исходят из того, что эта норма является диспозитивной.

В результате такого подхода, как отмечает Мартин Хесселинк (Hesselink), большинство всех норм договорного права, закрепленных в европейских гражданских кодексах, оказывается диспозитивным[5].

Такой подход объясняется доминированием в XIX в., в эпоху великих кодификаций и утверждения базовых принципов договорного права, идеологии *laissez-faire* и либеральных этических ценностей. В силу того, что не в почете была сама идея ограничения свободы договора, все

[1] *Garro A.M.* Codification Technique and the Problem of Imperative and Suppletive Laws // 41 Louisiana Law Review. 1980–1981. P. 1022.

[2] The Max Planck Encyclopedia of European Private Law / Ed. by J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann and A. Stier. Vol. II. 2012. P. 1126.

[3] Ibid. P. 1128.

[4] *Twigg-Flessner C.* The Europeanisation of Contract Law. 2008. P. 10.

[5] *Hesselink M.W.* Non-Mandatory Rules in European Contract Law // 1 European Review of Contract Law. 2005. P. 61.

кодифицированные нормы договорного права толковались или прямо фиксировались как в основном диспозитивные, а императивность нормы считалась явлением экстраординарным и требовала либо прямого указания на то в самой норме, либо очевидной подразумеваемости такого ее статуса[1].

Так, например, практически все нормы ГК Франции о договорах считаются диспозитивными, а императивность норм «считывается» в исключительных случаях[2]. Е. Годэмэ писал, что нормы, определяющие договорные правоотношения во французском праве, будь то общие положения об обязательствах или нормы о специальных договорах, по общему правилу толкуются судами как диспозитивные[3]. В таких условиях во избежание двусмысленности и желая однозначно локально преодолеть эту презумпцию некоторые специальные гражданско-правовые законы Франции последних лет часто в случае необходимости введения именно императивной нормы прямо на это указывают в самом законе[4].

Аналогичным образом в практике немецких судов все нормы договорного права ГГУ презюмируются диспозитивными, если иное не вытекает из их смысла или прямого указания в самой норме[5]. В авторитетной германской литературе указывается, что нормы обязательственного права ГГУ в том виде, как они толкуются судами, «почти целиком» диспозитивны[6]. Императивными в основном являются нормы, направленные на защиту слабой стороны договора (потребителя, работника и т.п.), и нормы о контроле справедливости договорных условий в стандартных договорах[7]. Индивидуально-согласованные контракты между коммерсантами оказываются подчинены крайне ограниченному перечню ex ante императивных норм. За рядом этих нескольких известных всем исключений свобода сугубо коммерческого договора ex ante не ограничивается. При этом в случаях явной несправедливости или неприемлемости договорных условий суды могут ограничить свободу и такого сугубо коммерческого контракта при помощи использования отдельных инструментов ex post контроля (добросовестность, добрые нравы

[1] *Lenhoff A.* Optional Terms (Jus Dispositivum) and Required Terms (Jus Cogens) in the Law of Contract // 45 Michigan Law Review. 1946–1947. P. 40.

[2] *Nicholas B.* The French Law of Contract. Oxford, 2003. P. 230, 231.

[3] *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств. М., 1948. С. 211.

[4] *Hesselink M.W.* Non-Mandatory Rules in European Contract Law // 1 European Review of Contract Law. 2005. P. 5.

[5] Contract Law and Practice. The English System with Scottish, Commonwealth and Continental Comparisons / Ed. by M. Whincup. 5th ed. 2006. P. 161.

[6] *Эннекцерус Л., Кипп Т., Вольф М.* Курс германского гражданского права. Т. I. Полутом 1. М., 1949. С. 173.

[7] Contract Law and Practice. The English System with Scottish, Commonwealth and Continental Comparisons / Ed. by M. Whincup. 5th ed. 2006. P. 161.

и т.п.). Некоторые страны, кодифицировавшие гражданское право во второй половине XX в., предпочитали этот вопрос решать путем прямой фиксации презумпции диспозитивности в соответствующих кодексах. То, что подразумевается в большинстве континентально-европейских стран, в целом ряде стран выражено достаточно однозначно (например, Эстония, Чехия, Венгрия, Украина и др.).

При этом можно выделить два основных подхода.

Первый состоит в необходимости прямо закрепить, что все нормы договорного права диспозитивны, признавая нормы императивными только на основании прямого указания в законе. Текстуальный атрибут императивности либо выражается в тексте закона указанием на ничтожность или недопустимость того или иного соглашения или условия, либо прямым перечислением в специальной статье всех императивных норм. В любом случае императивными в рамках такой модели являются только те нормы договорного права, которые прямо обозначены законодателем в качестве таковых. Так, например, п. 1 ст. 200 ГК Венгрии 1959 г.[1] указывает на то, что стороны своим соглашением могут отступать от правовых норм, применимых к договору, за исключением случаев, когда такое отклонение запрещено законом. Статья 263 Коммерческого кодекса Чехии 1991 г. прямо называет все нормы этого Кодекса о договорах диспозитивными, фиксируя в качестве императивных нормы закрытого и исчерпывающего перечня. В ГК Нидерландов 1992 г. законодатель также предпочитает в различных разделах Кодекса, посвященных договорам, в специальных статьях прямо указывать, что все содержащиеся там нормы диспозитивны, за исключением прямо указанных в этих статьях норм (например, такие указания сделаны в ст. 6:217, 6:250).

Второй вариант, более гибкий, состоит в том, что презумпция диспозитивности опровергается не только в случаях, когда императивный статус нормы вытекает из текста соответствующей законодательной нормы, но и тогда, когда он следует из телеологического толкования ее природы. Так, например, ст. 5 Обязательственного кодекса Эстонии 2002 г. предусматривает, что стороны вправе своим соглашением отступить от любых норм Кодекса, если невозможность такого шага не вытекает из текста или смысла соответствующей нормы, не следует из соображений защиты публичного порядка, добрых нравов и недопустимости нарушения основных прав человека. В п. 3 ст. 2 ГК Чехии 1964 г.[2] указывается, что стороны вправе оговорить свои права и обя-

[1] На момент написания настоящей работы вопрос о вступлении в силу нового ГК Венгрии не решен окончательно. Текст этого Кодекса нам был недоступен.

[2] На момент написания настоящей работы новый ГК Чехии 2011 г. еще не вступил в силу. Текст этого Кодекса нам также был недоступен.

занности вопреки положениям закона, если только императивный характер норм прямо не вытекает из текста нормы или не выведен из ее природы. Наконец, в силу ст. 6 ГК Украины 2003 г. «стороны в договоре не могут отступить от положений актов гражданского законодательства, если в этих актах прямо указано об этом, а также в случае, если обязательность для сторон положений актов гражданского законодательства вытекает из их содержания или из сути отношений между сторонами».

Как мы видим, презумпция деспозитивности норм договорного права в рамках традиции европейского права достаточно типичное явление. Поэтому неудивительно, что это решение закрепляется в качестве общей идеи европейского права в последних по времени актах унификации частного права Европы. Так, в ст. (II) 1:102 DCFR («Принципы, определения и модельные правила Европейского частного права: Проект общей системы координат») указывается, что стороны вправе исключить, обойти или изменить любую норму, касающуюся договоров или иных сделок, а также любых прав или обязательств, из них вытекающих, если обратное не следует из самой нормы. По сути эта идея в обобщенном виде отражает идею презумпции диспозитивности, которая объединяет большинство развитых европейских стран. В официальных комментариях к тексту DCFR указывается, что это правило делает излишним упоминание фразы о возможности оговорить иное в договоре в каждой конкретной норме, касающейся договорных правоотношений[1].

Аналогичный подход используется сейчас и при интерпретации актов Европейского союза, регулирующих договорные отношения. Все нормы соответствующих директив, касающиеся договорных отношений, рассматриваются как диспозитивные, если иное не вытекает из текста нормы[2].

В американском договорном праве идея презумпции диспозитивности отражена еще более четко. Она была закреплена в США при утверждении Единообразного торгового кодекса, подробно регулирующего права и обязанности сторон договоров купли-продажи, аренды, банковского вклада и целого ряда иных договоров и сделок с ценными бумагами. Согласно прямому указанию в п. 3 § 1–102 все нормы Кодекса могут быть изменены соглашением сторон, за исключением тех случаев, когда это заблокировано прямым указанием в тексте нормы, и за исключением невозможности отмены договором действия принципов добросовестности, разумности, должного усердия и заботы. Более того,

[1] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition / Ed. by C. von Bar and E. Clive. 2009. P. 131.

[2] *Hesselink M.W.* Non-Mandatory Rules in European Contract Law // 1 European Review of Contract Law. 2005. P. 69.

во избежание недопонимания в п. 4 этого же параграфа уточняется, что наличие в тех или иных нормах Кодекса фразы «если иное не согласовано сторонами» или иных подобных фраз не лишает стороны предусмотренного в п. 3 права на изменение иных норм, в которых такие фразы отсутствуют. Причем в американской законодательной практике последних лет можно найти примеры однозначной текстуальной фиксации исчерпывающего перечня императивных норм с признанием всех остальных норм диспозитивными. Классический пример – ст. 105 недавно утвержденного текста Единообразного трастового кодекса (Uniform Trust Code). Многие американские юристы видят в этой норме новый регулятивный тренд, который позволит статутному праву стать более транспарентным и предсказуемым[1].

Таким образом, можно сделать вывод, что большинство развитых стран сейчас признает презумпцию диспозитивности норм договорного права, опровергаемую только в случаях, когда императивность нормы прямо закреплена в законе (например, Трастовый кодекс США, некоторые разделы ГК Голландии, Коммерческий кодекс Чехии и др.), либо также в случаях, когда это вытекает из толкования природы нормы (Германия, Франция, Эстония, Украина и др.). И это вполне логично. Если уж всякое ограничение свободы договора должно быть убедительно аргументировано, то и толкование судом нормы в качестве императивной, неминуемо влекущее ограничение договорной свободы, должно подчиняться той же самой логике. Без однозначно выраженной воли законодателя придать норме императивный статус или без наличия очевидных политико-правовых причин квалифицировать норму в качестве императивной нельзя, такой шаг будет просто нелегитимным.

Главное, что стоит зафиксировать, состоит в том, что нигде нам не встречался подход, при котором делались бы попытки исчерпывающим образом перечислить или текстуально промаркировать все диспозитивные нормы. Это выглядело бы просто абсурдно с точки зрения законодательной техники. Объяснение здесь достаточно простое. Для договорного права западных стран диспозитивная норма является архетипным регулятивным инструментом, в то время как императивная норма является редким исключением. Реализуемая в некоторых американских и европейских законодательных актах идея текстуально выделить императивные нормы в этом контексте представляется вполне допустимой, потому что таких норм в общей массе норм договорного права достаточно мало (если не считать специальные блоки норм о потребительских договорах и некоторые иные). При этом идея текстуаль-

[1] *Ayres I.*, *Gertner R.* Majoritarian v. Minoritarian Defaults // 51 Stanford Law Review. 1999. P. 1598ff.

но пометить все диспозитивные нормы выглядела бы просто абсурдно и потребовала бы от законодателя практически в каждом пункте каждой статьи, посвященной договорам и обязательствам, повторять фразу о праве сторон оговорить иное. Никому в мире такая странная идея в голову не приходит.

§ 3. Разграничение императивных и диспозитивных норм в российском праве

Советское наследие

Как же решается данный вопрос в нашей стране?

Презумпция диспозитивности норм обязательственного права поддерживалась некоторыми дореволюционными российскими цивилистами (например, Ю.С. Гамбаровым)[1]. Так, И.А. Покровский писал, что «нормы частного права, по общему правилу, имеют не принудительный, а лишь субсидиарный, восполнительный характер и могут быть отменены или заменены частными определениями (jus dispositivum)»[2].

Но постепенно эта естественная для европейского права идея была «выдавлена» из частного права нашей страны. В советском праве считалось, что императивная норма – это норма, из текста которой не вытекает, что иное может быть предусмотрено договором, в то время как диспозитивная норма – это норма, в которой прямо предусмотрено право сторон отойти от ее положений. Назовем этот подход теорией эксплицитной диспозитивности или формально-атрибутивной теорией выделения диспозитивных норм. Для квалификации нормы в качестве диспозитивной в ней, согласно данному подходу, должно содержаться прямое указание на право сторон оговорить иное. При отсутствии такого атрибута норма безапелляционно признается императивной.

Действительно, в большом количестве норм как советских, так и современных гражданских кодификаций содержится указание на то, что иное может быть предусмотрено договором. Здесь сложностей не возникает: согласно данному подходу такая норма является диспозитивной. Но в значительно большем количестве норм (например, в разделах ГК РФ, посвященных сделкам, обязательствам и договорам) такого указания попросту нет. Неужели все такие нормы мы неизбежно должны считать императивными? Судя по всему, советские правоведы сомнений в этом вопросе не имели: то, что прямо не разрешено, запрещено. Как ни парадоксально это может звучать, но этот же подход продолжает доминировать до сих пор, несмотря на провозглашенное возвраще-

[1] *Гамбаров Ю.С.* Гражданское право: Общая часть. М., 2003. С. 689, 690.

[2] *Покровский И.А.* Основные проблемы частного права. М., 1998. С. 40.

ние к истинным частноправовым началам и принципам в регулировании экономического оборота в 1990-е гг.

В советских экономических и идеологических реалиях свобода сторон отступать от прямо предписанных законодателем норм и в целом популяризация «мягкого» регулирования посредством диспозитивных норм были не вполне уместны и, видимо, просто непонятны. В середине XX в. советские цивилисты писали, что «плановый характер социалистического хозяйства предопределяет преобладание императивных норм в области отношений между социалистическими организациями» (И.Б. Новицкий)[1], и отмечали преобладание диспозитивных норм в договорном праве как черту чуждого буржуазного права (Р.О. Халфина)[2]. Диспозитивные нормы советское гражданское законодательство, конечно, использовало, но тотальное подавление автономии воли участников как минимум в хозяйственных отношениях предполагало, что если государство прямо не предоставило своим подконтрольным предприятиям права отойти от установленной нормы, то данное предписание рассматривается как абсолютно императивное.

Важное значение диспозитивных норм и права сторон свободно торговаться по условиям договора в рамках частного права советские ученые стали активно признавать по мере ослабления идеологических оков в 1970–1980-е гг.[3], но о признании презумпции диспозитивности норм договорного права речь, судя по доступным нам источникам, так и не дошла. В результате, как правило, диспозитивными признавались только те нормы, в которых имелось прямое указание на право сторон оговорить иное[4].

Более того, часто само понятие диспозитивной нормы использовалось не в том смысле, в котором его использовали зарубежные цивилисты, а для целей описания ситуации, когда норма носила управомочи-

---

[1] *Новицкий И.Б.* Источники советского гражданского права. М., 1958. С. 11, 12.

[2] *Халфина Р.О.* Договор в английском гражданском праве. М., 1959. С. 73.

[3] См.: *Красавчиков О.А.* Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании // Советское государство и право. № 1. 1970. С. 41–49; *Яковлев В.Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск, 1972. С. 85–93; Советское гражданское право. В 2 т. / Под ред. О.А. Красавчикова. Т. 1. М., 1985. С. 17, 18.

[4] Ни в одной доступной нам работе по советскому гражданскому праву мы не встречали ни прямого анализа вопроса о том, как суд должен отличать диспозитивные нормы от императивных по тексту законов, ни каких-либо дискуссий о спорной квалификации тех или иных норм. Судя по всему, советские цивилисты исходили из того, что такая квалификация, очевидно, вытекает из самого текста нормы, и считали, что диспозитивную норму невозможно не заметить в силу того, что в ней прямо указывается на наличие права сторон оговорить в договоре иное. По крайней мере анализ упоминаний понятия «диспозитивная норма» в советской научной литературе показывает, что авторы единственным аргументом в пользу признания нормы диспозитивной считали наличие в ней такой оговорки.

вающий характер. Например, некоторые советские цивилисты считали диспозитивной норму, дающую стороне договора право вести себя одним из нескольких способов. Такой вывод делался на основе наличия у управомоченной стороны свободы выбора одного из предусмотренных законом вариантов[1].

В общем и целом знакомство с советской научной традицией осмысления проблематики дихотомии императивных и диспозитивных норм показывает, что те вопросы, которые американские или европейские правоведы глубоко изучали в течение последнего полувека, в советском праве просто не были актуальны. В советской плановой экономике принцип свободы договора не признавался в качестве центрального и ограниченно применялся в основном лишь в отношении сделок между гражданами.

Если для частного права в условиях рыночной экономики основной инструмент регулирования договорных отношений – диспозитивная норма, лишь заполняющая пробел в договоре, но не навязывающая сторонам условий взаимодействия, в то время как императивная норма представляет собой некое исключение, то в советском гражданском праве сложилась обратная идеологическая установка. В этой ситуации идея введения презумпции диспозитивности как-то выпала из поля зрения советских цивилистов и была заменена на идею о том, что нормы договорного права могут быть диспозитивными, только если закон на это прямо указывает. Советской правовой идеологии была близка идея запрещения всего того, что прямо не разрешено. Советская экономика просто не предъявляла спрос на формирование сколько-нибудь глубокой доктрины в этой сфере и тем более на привнесение в социалистическое право таких чуждых идей, как «презумпция диспозитивности».

Но советская экономика рухнула, а принцип свободы договора, бывший на протяжении многих лет «парией» в академической науке, был в одночасье торжественно признан центральным принципом гражданского права. В этих условиях неудивительно, что при разработке ГК РФ в начале 1990-х гг. вопрос о природе норм договорного права был поднят. Так, С.А. Хохлов указывал, что при подготовке текста ГК обсуждалось предложение закрепить в Кодексе презумпцию диспозитивности, но оно было отвергнуто из-за страхов перед всевозможными злоупотреблениями[2]. Разработчики ГК РФ оказались не готовы резко пере-

[1] *Илларионова Т.И.* Начала диспозитивности и императивности в гражданско-правовом договоре // Гражданско-правовой договор и его функции: Межвузовский сборник научных трудов. Свердловск, 1980. С. 45–53.

[2] *Хохлов С.А.* Концептуальная основа части второй Гражданского кодекса // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 235, 236.

ключиться с полного господства типовых договоров и административно-командных методов экономического регулирования на максимально возможную свободу договора и базовые принципы рыночного правопорядка. Сам принцип свободы договора был признан (ст. 421 ГК РФ), но в таких технических деталях, как подход к квалификации императивных норм, была проявлена осторожность. По сути не были закреплены ни презумпция диспозитивности, ни презумпция императивности, ни какой-либо иной подход к квалификации норм договорного права.

Осознанное сохранение законодателем пробела в этом вопросе в принципе само по себе теоретически не должно было стать серьезной проблемой. Вряд ли стоит винить разработчиков ГК РФ в том, что они в условиях экстренной подготовки новой гражданской кодификации и революционного слома всей социально-экономической парадигмы не были уверены в верном решении данной проблемы и оставили вопрос открытым. Как мы видели, во многих зарубежных кодификациях вопрос о том, как суду следует определять природу нормы договорного права, также прямо не разрешен в законе и находит ответ в доктрине и судебной практике. Соответственно интенсивное развитие отечественной научной мысли, анализ зарубежного опыта и развитие судебной практики вполне могли бы подготовить интеллектуальные условия для принятия российскими судами единственно возможного в рыночных условиях подхода. Вначале бы суды признали за собой право осуществлять квалификацию нормы договорного права, не содержащей каких-либо четких признаков ее императивного или диспозитивного статуса, на основе оценки целей соответствующей нормы. Впоследствии накопление практики такого телеологического толкования постепенно привело бы к выработке определенных критериев толкования, сделало бы его более предсказуемым и в итоге подвело бы нашу правовую систему к признанию презумпции диспозитивности в качестве некого якорного принципа, от которого суд может отступить при наличии убедительных резонов считывать в норме подразумеваемую императивность.

Но история пошла другим путем. С момента принятия ГК РФ в середине 1990-х гг. практически никаких серьезных научных исследований (за исключением одной-двух кратких статей) на сей счет не публиковалось, и жарких научных споров на эту тему не велось. В этих условиях наличие пробела в законе было воспринято большинством судов и авторами многих учебников как сохранение советского подхода и восполнялось за счет применения идеи о жесткой императивности всех норм договорного права, прямо не устанавливающих право сторон оговорить иное. Причем речь идет о достаточно жесткой презумпции. Императивная квалификация, согласно доминирующим воззрениям, не преодолевается никакими соображениями о целях законодательно-

го регулирования, а норма является диспозитивной только при наличии эксплицитного на то указания в законе. В доктрине возобладал сугубо механический и безапелляционный подход к квалификации нормы: нет фразы о праве сторон оговорить иное – нет и диспозитивности.

По крайней мере в наиболее популярных учебниках по гражданскому праву авторы исходят именно из такого подхода. Например, в, пожалуй, ведущем учебнике по гражданскому праву можно прочитать вывод Е.А. Суханова о том, что «в случае сомнения в юридической природе конкретной гражданско-правовой нормы следует исходить из ее императивного характера, ибо диспозитивность должна быть прямо, недвусмысленно выражена в ней»[1]. Аналогичная по сути идея высказывалась М.И. Брагинским в самом авторитетном учебнике по договорному праву, где отмечается, что норма является диспозитивной в случае наличия прямого указания в ней на право сторон оговорить иное и, наоборот, является безусловно императивной, если она «не имеет внешней атрибутики» и, в частности, не содержит прямой ссылки на возможность предусмотреть в договоре иное[2]. О том, что принятая методика выделения диспозитивных норм «основывается на презумпции императивности», писал и С.А. Хохлов[3].

В российской науке звучали и продолжают звучать голоса против сохранения жесткой идеи императивности всех норм договорного права, не имеющих явных атрибутов диспозитивности. Множество авторов (включая таких авторитетных российских правоведов, как М.Г. Розенберг, А.С. Комаров, О.Н. Садиков, Г.А. Гаджиев и др.) высказывают недоумение в отношении отказа нашей правовой системы следовать в этом вопросе европейской правовой традиции и базовым принципам частного права[4]. Несмотря на это, постсоветская методология вы-

[1] Гражданское право. В 2 т. Т. I / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2004. С. 63.

[2] *Брагинский М.И.*, *Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2004. С. 89, 90.

[3] *Хохлов С.А.* Концептуальная основа части второй Гражданского кодекса // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая: Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 235, 236 (важно отметить, что С.А. Хохлов достаточно критично описывал последствия применения этой господствующей методологии).

[4] См.: *Розенберг М.Г.* Некоторые актуальные вопросы практики разрешения споров в МКАС при ТПП РФ // Хозяйство и право. 2011. № 4. С. 58; *Комаров А.С.* Гражданский кодекс России как источник права // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: Сборник статей, посвященный 70-летию С.А. Хохлова. М., 2011. С. 120–128; *Садиков О.Н.* Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве // Юридический мир. 2001. № 7. С. 4–9; *Гаджиев Г.А.* Основные экономические права: сравнительное исследование конституционно-правовых институтов России и зарубежных государств: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Специальность 12.00.02. Развернутую критику презумпции императивности см. также: *Карапетов А.Г.* Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 100–133.

явления диспозитивных норм пока сохраняет определяющее влияние на судебную практику, преподавание и мышление многих цивилистов.

При этом применение теории, согласно которой только прямое указание на право сторон оговорить иное делает норму диспозитивной, означает, что огромная часть, если не большинство норм ГК РФ об обязательствах и договорах, носит императивный характер, так как не содержит эту оговорку. В частности, М.И. Брагинский, видимо, применяя этот подход к разграничению императивных и диспозитивных норм, пришел к выводу о том, что в ГК РФ в составе норм, регулирующих отдельные виды договоров, оказалось около 1600 императивных и только около 200 диспозитивных норм[1]! Мы не станем перепроверять эти цифры, но отметим: действительно значительная часть норм ГК РФ о сделках, обязательствах и договорах не предусматривает права сторон оговорить иное. Это при применении доминирующей теории к определению природы гражданско-правовых норм делает императивными беспрецедентное число норм договорного права. В результате такой экспансии императивного регулирования в России условия договоров признаются недействительными значительно чаще, чем то имеет место в зарубежном праве, а сфера допустимой свободы договора из-за этого оказывается значительно у́же.

Как отмечает А.С. Комаров, принятый в российском праве механический подход к выявлению диспозитивным норм в практическом плане существенно нарушает баланс между экономической свободой и государственным вмешательством в пользу последнего. В результате «юридическая техника, использованная в ГК, создала предпосылки для того, чтобы традиционное для частного права общее правило диспозитивности норм стало выглядеть как исключение, в то время как императивное регулирование приобрело видимость общего правила»[2].

Как мы уже отмечали, наличие любой императивной нормы в законодательстве о договорах и обязательствах должно быть подкреплено какими-то убедительными политико-правовыми аргументами (патерналистская защита слабой стороны, охрана моральных устоев общества, противодействие негативным экстерналиям, защита публичных интересов и др.). Однако даже беглый анализ норм ГК РФ, которые при применении вышеуказанного метода оказываются якобы императивными, показывает, что зачастую никаких рациональных политико-правовых оснований для придания той или иной норме императивного характера

[1] *Брагинский М.И.* О нормативном регулировании договоров // Журнал российского права. 1997. № 1. С. 72.

[2] *Комаров А.С.* Гражданский кодекс России как источник права // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: Сборник статей, посвященный 70-летию С.А. Хохлова. М., 2011. С. 122, 123.

и ограничения свободы договора нет. Видимо, у разработчиков Кодекса далеко не всегда было достаточно времени, чтобы при анализе каждого пункта каждой из сотен статей ГК об обязательствах и договорах всерьез задумываться об их императивной или диспозитивной природе и последовательно отражать результаты своих размышлений в тексте Кодекса, либо вставляя, либо умышленно не вставляя в нее фразу о том, что стороны вправе оговорить иное.

В итоге получается, что в то время, как принцип свободы договора формально провозглашается, на практике он в значительной степени дезавуируется доминированием в договорном праве норм, признающихся императивными. Иначе говоря, в российском договорном праве мы сейчас имеем парадоксальную и беспрецедентную в мировом масштабе профанацию идеи свободы договора, тотально ограниченную большим количеством норм ГК РФ, оказывающихся императивными чисто автоматически, не в связи с анализом политико-правовых оснований такого выбора, а по воле слепого случая – в зависимости от преимущественно случайного разброса оговорок о праве сторон оговорить иное по тексту Кодекса. Причем проблема значительно масштабируется за счет наличия других законов и подзаконных актов, регулирующих договорные отношения, качество юридико-технической проработки которых оставляет желать лучшего.

Такого рода иррациональная «русская рулетка» не может быть терпима в праве, претендующем на регулирование рыночной экономики, и в стране, рассчитывающей на то, чтобы создать благоприятные институциональные условия для ведения бизнеса. Пока подобный подход будет сохранять свою силу, не стоит удивляться тому, что разумные предприниматели будут бежать от российского договорного права как от абсолютно непредсказуемого и иррационального скопления неоправданных ограничений договорной свободы.

В принципе идее об императивности всех норм договорного права с прямо не определенным в их тексте статусом можно при желании ретроспективно найти определенное обоснование. Очевидно, что у судей в 1990-е гг. отсутствовал достаточный опыт по разрешению коммерческих споров. Кроме того, имелся страх перед тиранией судебного произвола и, возможно, ощущалось недоверие к способности судей адекватно оценивать цели законодательного регулирования и проводить элементарный политико-правовой анализ. Вполне вероятно, что подразумеваемая причина сохранения status quo заключалась еще и в том, что на первых порах российским предпринимателям, юристам и судьям следовало привыкнуть к новому регулированию. Новые договорные формы и частные правовые решения и процедуры нужно было укоренить, и сделать это по возможности быстро. Прямое провозглашение пре-

зумпции диспозитивности в качестве общего права могло спровоцировать большее разнообразие договорных форм и конструкций, несколько усложнить период врастания нового гражданского права в российскую почву и затруднить работу судов, пытающихся привыкнуть к отправлению правосудия в новых условиях рыночной экономики и тотальной перестройки правовой среды. Иными словами, возможно, подразумевалась некая воспитательная функция сохранения советской модели[1].

Нам ретроспективно трудно оценить, были ли эти опасения реальными или беспочвенными в условиях 1990-х гг. Но для нас вполне очевидно, что в современных условиях обновленная система гражданского права в той или иной степени устоялась. Выросло уже целое поколение юристов, обучавшихся на основе положений ГК РФ, а суды в общем и целом интернализировали систематику гражданского права.

Кроме того, практика показала, что как минимум система арбитражных судов во главе с ВАС РФ активно модифицирует гражданское законодательство посредством телеологического толкования, интенсивно заполняет пробелы в законе, в ряде случаев формирует практику вопреки букве неудачной законодательной нормы (contra legem), не стесняется оперировать такими категориями, как добросовестность или обоснованность налоговой выгоды, продуцирует огромное количество правотворческих по сути разъяснений судебной практики и в целом реализует идеалы «судебного активизма». В этих условиях уже нет смысла бояться появления у судей еще одного инструмента реализации судебной дискреции (в форме телеологического толкования норм договорного права в качестве императивных или диспозитивных). Наличие высших судебных инстанций, наделенных уникальной в мировом масштабе компетенцией руководить судебной практикой и получивших право выносить формально обязательные прецедентные решения, сдерживает произвол и хаос, а также в общем и целом достаточно эффективно направляет судебную практику в нужное русло. Думается, что та же самая институциональная система вполне успешно пережила бы отход от жесткой идеи об императивности всех норм договорного права, не имеющих явных атрибутов диспозитивности, и вручение судам компетенции по определению природы нормы на основе оценки ее целей.

В этих условиях очевидно, что сохранение идеи о жесткой императивности всех норм договорного права, не предусматривающих прямо право сторон оговорить иное, уже абсолютно неуместно. И если издерж-

[1] Близкие аргументы приводит А.С. Комаров (см.: *Комаров А.С.* Гражданский кодекс России как источник права // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: Сборник статей, посвященный 70-летию С.А. Хохлова. М., 2011. С. 123).

ки отхода от «советского» восприятия зарубежного опыта в этом вопросе, вероятно, действительно могли иметь место в середине 1990-х гг., то в любом случае в настоящих условиях они многократно перевешиваются издержками тотального и рационально не обоснованного ограничения свободы договора.

Удивительно, что на эту базовую политико-правовую проблему расхождения между принципом свободы договора и практикой его реализации, которая была спровоцирована выбором формально-атрибутивного метода квалификации диспозитивных норм, российские цивилисты обращают недостаточно внимания.

Реальная судебная практика

У большинства российских судей конвенциональный формально-атрибутивный метод квалификации диспозитивных норм полностью подавляет желание смотреть на реальную политико-правовую подоплеку и оценивать разумность ограничения свободы договора.

Примеров такой практики множество. Так, ст. 475 ГК РФ подробно регламентирует права и обязанности покупателя на случай передачи ему некачественного товара и в конце уточняет, что иное может вытекать из закона. Суды зачастую без каких-либо сомнений сам факт отсутствия указания на право сторон оговорить иное интерпретируют как прямое указание императивности всех содержащихся в статье подробных правил, как бы абсурдно это не звучало для любого европейского цивилиста[1].

Другой пример: ст. 522 ГК РФ предусматривает правила отнесения платежей в погашение обязательств покупателя перед поставщиком по нескольким договорам и дает покупателю право самому определить, какое обязательство из имеющихся он намеревается погасить. Норма не содержит заветную фразу о праве сторон оговорить иное. Это приводит судей к выводу о том, что норма императивна и не допускает право сторон согласовать, что все платежи засчитываются в счет наиболее раннего из имеющихся долгов[2].

Статья 523 ГК РФ предусматривает права сторон договора поставки отказаться от договора в случае существенного нарушения и не уточняет, что стороны могут оговорить в договоре иное. Это приводит судей к выводу о том, что норма императивна, а условия договора, расширяющие основания для отказа от договора поставки, ничтожны[3].

[1] Постановление ФАС Московского округа от 27 апреля 2005 г. по делу № КГ-А41/3228-05.

[2] Постановление ФАС Центрального округа от 29 апреля 2002 г. № А35-2661/01-с8.

[3] Постановление ФАС Московского округа от 25 января 2006 г. № КГ-А40/13679-05.

Статья 644 ГК РФ возлагает на арендатора транспортного средства обязанность по осуществлению капитального ремонта без оговорки о возможности согласовать в договоре иное. Для судей этого бывает достаточно, чтобы признать норму императивной, а условие договора, переносящее эту обязанность на арендодателя, – ничтожным[1].

Об императивной интерпретации российскими судами ст. 782 ГК РФ, дающей сторонам договора возмездного оказания услуг право на беспричинный отказ от договора и определяющей последствия такого отказа, мы уже писали[2]. Здесь достаточно напомнить об уже обсуждавшемся в первой части книги Постановлении Президиума ВАС РФ от 7 сентября 2010 г. № 2715/10, в котором суд подтвердил императивную квалификацию данной нормы и в связи с этим без каких-либо сомнений признал недействительным условие о выплате согласованной в договоре между коммерсантами компенсации за отказ от договора. Это решение показывает, что даже ВАС РФ пока не готов окончательно отказаться от идеи об императивной природе всех норм договорного права, не содержащих фразы о праве сторон оговорить иное.

Список подобных примеров однозначного признания судами формально-атрибутивной теории выделения диспозитивных норм можно продолжать достаточно долго.

Здесь следует уточнить, что в практике ВАС РФ можно встретить несколько примеров того, что суд, не видя в соответствующей норме ГК РФ каких-либо установлений о праве сторон оговорить иное, все же решился признать ее диспозитивной. Это практически никогда не делается прямо. Откровенный вызов доминирующей у нас методологии, как правило, никто бросить не решается. Но при этом ВАС РФ может позволить себе достичь аналогичного результата, вовсе избегая транспарентной юридической аргументации, без детализации выводя соответствующее решение просто из «толкования законодательства». Высший Арбитражный Суд РФ может себе такое позволить, так как является судом последней инстанции. По сути то, как он толкует, дополняет и изменяет нормы ГК РФ, и представляет собой гражданское право России. Такого рода тактика «аргументационного затуманивания» в принципе не является желательной и, более того, на наш взгляд, должна уйти в прошлое и быть заменена на традицию применять более транспарентную и детальную мотивировку. В то же время именно это затуманива-

[1] Постановление ФАС Поволжского округа от 28 декабря 2010 г. по делу № А55-2576/2010.

[2] Абсурдность судебной практики применения данной статьи дошла до того, что суды признают ничтожными даже условия о том, что контрагент должен быть предупрежден об отказе от договора за 30 дней. См., напр.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 3 февраля 2010 г. по делу № А82-3770/2009-8.

ние и сокрытие истинной логики принятия решения несколько развязывает суду руки и позволяет при большом желании выносить решения де-факто вопреки жесткой презумпции императивности, не признаваясь в этом открыто.

В качестве примера можно привести Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой» (п. 27), согласно которому, несмотря на наличие в ст. 619 ГК РФ правила о судебном порядке расторжения договора аренды и отсутствие какого-либо намека в этой статье на то, что стороны вправе оговорить в контракте иную процедуру расторжения, Президиум ВАС РФ признал данное правило по сути диспозитивным и допустил включение в договоры аренды условия о праве на односторонний отказ от договора аренды. Тем самым суд вопреки общему принципу не посчитал, что специальная норма ст. 619 о судебной процедуре расторжения договора аренды исключает применение общей нормы п. 3 ст. 450 ГК РФ о праве сторон оговорить в договоре односторонний отказ. Президиум ВАС РФ подтвердил этот подход в постановлении от 9 сентября 2008 г. № 5782/08.

Другой пример, сигнализирующий о том, что значение доминирующего метода выявления диспозитивных норм может в практике ВАС РФ ставиться под сомнение, дает нам п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146. Согласно данному в нем разъяснению нормы п. 1 ст. 809 и п. 1 ст. 819 ГК РФ, указывающие на начисление процентов на сумму займа, хотя и не содержат оговорки о праве сторон согласовать иное, но по своей природе являются диспозитивными и не блокируют право сторон договориться о начислении процентов на ранее не выплаченные проценты[1].

В то же время таких дел, в которых интересующий нас вывод сделан хотя бы косвенно, крайне мало и в целом недостаточно для изменения укоренившейся методологии.

Пока законодатель или ВАС РФ прямо и недвусмысленно не указали на то, что императивная квалификация нормы не предопределена отсутствием в ней фразы о праве сторон оговорить иное, ситуация в судах нижестоящих будет меняться крайне медленно. Для последних в условиях гегемонии формально-атрибутивной теории самый безопасный выбор – следовать именно ей. Если судья интерпретирует закон традиционным образом, то даже когда его решение пересмотрят, ему не в чем себя винить. А брать на себя ответственность и устраивать революцию в столь принципиальных вопросах частного права среднеста-

[1] ВАС РФ тем не менее признал, что такое условие, будучи законно в принципе, является недействительным в тех случаях, когда оно включено в потребительский договор (со ссылкой на ст. 16 Закона о защите прав потребителей).

тистический судья первой инстанции побоится, так как в данном случае он будет ожидать вероятного пересмотра его решения. Если он возьмет на себя такую ответственность и «сойдет с колеи», то при пересмотре решения окажется в уязвимом положении. Его могут обвинить в том, что он плохо усвоил азы гражданского права, в недопустимой узурпации правотворческой функции, коррупции или иной заинтересованности. Страх такой оценки сковывает даже судей, абсолютно уверенных, что никакого смысла толковать конкретную норму в качестве императивной и ограничивать свободу договора нет. Не секрет, что активное и смелое прогрессивное правотворчество расценивается многими российскими судами как исключительная прерогатива высших судов. Соответственно установка нижестоящих судов на следование устоявшейся теории квалификации диспозитивности становится вполне понятной.

В ситуации доминирования данного подхода суды признают недействительными большое количество не заслуживающих того договорных условий, а участники оборота, ожидая от судов именно такой реакции, вынуждены существенно ограничивать свою договорную свободу, в полной мере осознавая, что никаких серьезных политико-правовых резонов для этого не существует.

В этих условиях на повестке дня стоит вопрос о необходимости решительно переломить складывающуюся практику и об изменении подхода судов к квалификации императивных и диспозитивных норм. Не имеет смысла ждать того, что суды нижестоящих инстанций самостоятельно развернут свою практику. Она слишком укоренена в доктрине и судебной практике, чтобы суды коллективно и решительно без какой-либо отмашки сверху поменяли бы свой подход. Единственный путь – разработать и принять на уровне либо законодательства, либо инструкций высших судебных инстанций однозначный отказ от жесткой презумпции императивности. Только тогда можно будет ожидать нужной реакции судей. Если этого не сделать, то нынешнее положение дел будет сохраняться еще долго, давно устаревшая презумпция императивности будет воспроизводиться все в новых и новых судебных спорах, а тысячи договоров и отдельных условий будут абсолютно необоснованно признаваться недействительными по сугубо формальным и по сути случайным причинам.

§ 4. Решение проблемы

Делегация компетенции по квалификации норм судам

Существует три теоретически допустимых способа решения описанной выше проблемы.

С одной стороны, можно было бы детально проанализировать все нормы ГК РФ о сделках, договорах и обязательствах, четко определить, какие из них с политико-правовой точки зрения должны быть императивными, а какие диспозитивными, и текстуально отразить сделанный выбор в каждой соответствующей статье, нормы императивные закрепить в виде прямых запретов на включение в договор тех или иных условий или заключение тех или иных видов сделок. Нормы же диспозитивные можно было бы повсеместно снабдить уточнениями о том, что иное может быть установлено в договоре.

Второй способ, знакомый нам по опыту ряда зарубежных стран, состоит в том, чтобы однозначно «промаркировать» текстуально все императивные нормы, все же остальные признав однозначно и бесповоротно диспозитивными.

Оба данных способа были бы удобны тем, что вносили бы максимальную степень определенности в правоприменение.

Но, во-первых, их, видимо, будет невозможно реализовать, потому что это потребует тотального переписывания ГК РФ и множества других законов, регулирующих те или иные договорные отношения. Реализация такого подхода технически слишком сложна и потребует от законодателя серьезного политико-правового анализа бесчисленных норм ГК РФ и целого ряда иных законов, для чего у него нет ни времени, ни сил, ни, главное, научной опоры. Как мы уже писали, в отечественной правовой науке не очень принято прямо и глубоко анализировать цивилистические проблемы с политико-правовой точки зрения. В связи с этим абстрактно, без привязки к какому-то конкретному спору законодателю было бы крайне сложно нанести границу, разделяющую императивные и диспозитивные нормы, на миллиметровую бумагу.

Во-вторых, такой подход консервирует избранные законодателем решения, лишая суды возможности менять толкование данного вопроса со временем, приводя содержание правового регулирования в соответствие с изменившимися социально-экономическими и культурными условиями, т.е. делать то, что уже давно делают их европейские коллеги в своих гражданских кодификациях в рамках объективно-телеологического толкования.

В-третьих, такой подход затрудняет судам возможность дифференцировать применение одной и той же нормы в различных контекстах, в одном из которых ее следует толковать как диспозитивную, а в другом – как императивную. Например, одна и та же норма может считаться императивной в отношении с потребителями и признаваться при этом диспозитивной применительно к сугубо коммерческим контрактам. Этот давно признанный в зарубежном праве феномен дифференциации статуса одной и той же нормы договорного права в зависимо-

сти от субъектного состава контрагентов при реализации обсуждаемого здесь метода тотальной инвентаризации законодательных норм было бы с точки зрения законодательной техники крайне сложно отразить в российском праве. В то же время, как мы дальше покажем, именно такая дифференциация крайне востребованна для целей формирования сбалансированного правового регулирования и во избежание ошибок первого и второго типов.

Поэтому более адекватен третий вариант, который, как мы видели, принят во многих развитых странах. От законодателя требуется лишь закрепить некие опорные пункты – явные и очевидные случаи, не вызывающие серьезных споров, а работу по детальной демаркации данной границы следует оставить судам. Там, где необходимость ограничения свободы договора законодателю очевидна, ему следует недвусмысленно указывать на невозможность оговорить иное или прямо предписывать ничтожность того или иного договорного условия или сделки в целом. Там же, где законодатель осознанно намеревается установить лишь диспозитивную норму, ему следует прямо оговаривать, что иное может быть предусмотрено в договоре. В остальных же случаях ему следует избегать включения в текст нормы, определяющей права и обязанности сторон договора этих явных атрибутов императивности или диспозитивности, и делегировать компетенцию по определению правовой природы норм судам. Иначе говоря, с нашей точки зрения, необходимо придерживаться пути, по которому де-факто следуют правопорядки большинства европейских стран. Следует признать, что эта идея не является новым словом в правовой науке: в России ее поддерживают, в частности, О.Н. Садиков[1], М.Г. Розенберг[2] и некоторые другие цивилисты.

Иначе говоря, законодателю, видимо, не следует претендовать на тотальную «маркировку» абсолютно всех норм договорного права с целью исключить усмотрение судей в их квалификации. Такое решение было бы основано на иллюзии всезнания законодателя и его способности ex ante предписать допустимую сферу договорной свободы. Вместо этого предоставление судам некой свободы в определении императивной или диспозитивной природы норм, которые законодатель явно не квалифицировал, позволяет обеспечить гибкое развитие регулятивного режима.

Может возникнуть вопрос: не является ли такая законодательная техника просто дискредитирующей законодателя и может ли законодатель вводить норму договорного права, не имея четкого представления о ее императивной или диспозитивной природе? Ответ будет отрицатель-

[1] *Садиков О.Н.* Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве // Юридический мир. 2001. № 7. С. 4–9.

[2] *Розенберг М.Г.* Некоторые актуальные вопросы практики разрешения споров в МКАС при ТПП РФ // Хозяйство и право. 2011. № 4. С. 58.

ным. В большинстве норм договорного права законодатель лишь фиксирует наиболее справедливое и эффективное, на его взгляд, распределение прав и обязанностей сторон. Далеко не всегда он может быть ex ante уверен в том, настолько ли сильны политико-правовые основания данного правила, чтобы автоматически обессиливать любые попытки сторон согласовать иное. Зачастую без учета конкретных примеров таких условий, взятых в контексте всего договора в целом, обстоятельств его заключения и оценки переговорных возможностей сторон, быть однозначно уверенным в императивной или диспозитивной природе предлагаемого регулятивного решения достаточно сложно. В этой связи нет ничего невероятного в том, что законодатель, фиксируя в законе наиболее предпочтительные, по его мнению, решения того или иного вопроса, оставляет открытым вопрос об абсолютном или относительном действии данного правила. Именно такова традиция кодификации норм договорного права в Европе.

Опасения в отношении возможного наступления хаоса в судебной практике как следствия предоставления судам такой дискреции, как уже не раз отмечалось в этой работе, вряд ли обоснованны. Наличие высших судебных инстанций, отбирающих и фиксирующих на уровне прецедентной практики удачные квалификации, найденные нижестоящими судами, позволит внести в правоприменение достаточную степень унифицированности и упорядоченности. Если законодатель не боится предоставлять судам широкую дискрецию в плане применения таких оценочных категорий, как добросовестность, обход закона или кабальность и, как мы далее покажем, даже расширяет сферу их применения, то было бы нелогично опасаться «конца света» при отходе от постсоветской идеи о фиксации императивности всех норм договорного права, не содержащих установок о праве сторон оговорить иное. Описанный в начале второй части настоящей книги механизм эволюционной конвертации ex post оценок судами допустимой сферы свободы договора в жесткие ex ante ограничения посредством активной деятельности высших судов является наилучшим решением как проблемы определения пределов автономии воли в целом, так и частной проблемы квалификации норм договорного права.

При телеологическом толковании нормы судам необходимо оценивать ту цель, которая оправдывает существование соответствующей нормы, и определять, имеются ли убедительные основания считать ее направленной на ограничение договорной свободы или восполнение пробелов в контракте в рамках политико-правового контекста. Такая объективно-телеологическая интерпретация норм конечно же гораздо сложнее для судов, чем механическое применение доминирующей формально-атрибутивной теории. Но в тех случаях, когда законодатель

сам не решился жестко фиксировать статус нормы, следует считать, что он признал суды более приспособленными к проведению такой «тонкой настройки», и суды обязаны принимать на себя данную делегированную компетенцию.

Для реализации этой задачи в ст. 421 ГК РФ следовало бы ввести норму примерно следующего содержания: «В случае, когда из закона прямо не следует, что норма настоящего Кодекса, иного закона или правового акта, определяющая содержание договорных правоотношений, является императивной или диспозитивной, квалификация нормы осуществляется судом исходя из природы нормы и целей законодательного регулирования».

Идея закрепить отход от жесткой презумпции императивности непосредственно в нормах ГК РФ поддерживается и рядом российских цивилистов (например, М.Г. Розенбергом)[1]. При этом, так же как и М.Г. Розенберг, мы считаем, что в принципе эту же идею можно было бы реализовать и на уровне судебного правотворчества.

Но стоит ли останавливаться на признании права суда толковать норму, не имеющую явных атрибутов диспозитивности или императивности? В качестве первого шага такое решение было бы, безусловно, большим успехом и направило бы российское договорное право в русло общеевропейской цивилистической традиции. Но, думается, нам необходимо пойти дальше и еще решительнее переломить нынешнее отношение к свободе договора и стабильности договорных отношений.

Введение презумпции диспозитивности

Для этого требуется более сильное решение, оформленное к тому же на уровне ГК РФ или нормативных разъяснений судебной практики высших судов. Таким решением является, на наш взгляд, прямое установление *презумпции* диспозитивности гражданско-правовых норм, определяющих права и обязанности сторон договора.

Данная презумпция, как и во многих ведущих правопорядках, должна носить мягкий характер и опровергаться не только тогда, когда в законе прямо указано на императивный статус нормы, но и тогда, когда императивность вытекает из природы соответствующей нормы с учетом целей законодательного регулирования. Иначе говоря, суд может признать норму императивной либо в силу прямого в ней на это указания, либо исходя из признания политико-правовой оправданности ограничения свободы договора. В случае отсутствия признаков эксплицитной или имплицитной императивности суд должен признать норму дого-

[1] *Розенберг М.Г.* Некоторые актуальные вопросы практики разрешения споров в МКАС при ТПП РФ // Хозяйство и право. 2011. № 4. С. 58.

ворного права, регулирующую права и обязанности сторон договора, в качестве диспозитивной.

Идея о введении такой презумпции диспозитивности в контексте российского права также не нова. Эта идея, как мы видели, обсуждалась при принятии ГК РФ. М.Г. Розенберг считает, что введение презумпции диспозитивности норм договорного права однозначно оправданно применительно к внешнеторговым договорам, и призывает всерьез анализировать возможность распространения этого подхода и в отношении внутрироссийских договорных отношений[1]. Из современных авторов решительно в пользу презумпции диспозитивности высказывались, в частности, О.Н. Садиков[2], Г.А. Гаджиев[3], А.С. Комаров[4] и ряд других правоведов[5].

Как справедливо замечает А.С. Комаров, реализация опровержимой презумпции диспозитивности приблизила бы наше право к тем национальным системам, «гражданское право которых традиционно построено на частноправовых началах»[6]. С этим тезисом стоит полностью согласиться. Действительно, как мы видели, идея презумпции диспозитивности в общем и целом совпадает с тем, как проблему квалификации норм договорного права решают в большинстве зарубежных стран. Отличие лишь в том, что в некоторых странах исключения из этого общего правила могут носить сугубо эксплицитный характер (т.е. императивные нормы прямо текстуально помечаются), в то время как в других презумпция диспозитивности может быть преодолена и путем телеологического толкования спорной нормы. Мы предлагаем именно последний вариант как наиболее гибкий и адекватный реалиям крайне низкого качества российского законодательства.

Этот подход позволяет стабилизировать правоприменение и разумно ограничить ту степень судебной дискреции, которая появляется при

---

[1] *Розенберг М.Г.* Некоторые актуальные вопросы практики разрешения споров в МКАС при ТПП РФ // Хозяйство и право. 2011. № 4. С. 58.

[2] *Садиков О.Н.* Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве // Юридический мир. 2001. № 7. С. 4–9.

[3] *Гаджиев Г.А.* Основные экономические права: сравнительное исследование конституционно-правовых институтов России и зарубежных государств: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Специальность 12.00.02 (доступен в Интернете на сайте: www.law.edu.ru).

[4] *Комаров А.С.* Гражданский кодекс России как источник права // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: Сборник статей, посвященный 70-летию С.А. Хохлова. М., 2011. С. 124.

[5] Подробную аргументацию в пользу такого шага см.: *Карапетов А.Г.* Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 100–133.

[6] *Комаров А.С.* Гражданский кодекс России как источник права // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике: Сборник статей, посвященный 70-летию С.А. Хохлова. М., 2011. С. 128.

делегации функции по телеологической квалификации норм договорного права судам. При таком подходе степень определенности была бы гораздо большей, чем в случае, когда право предоставляет судам дискрецию по определению природы нормы, но не устанавливает никаких подобных презумптивных ориентиров. Соответственно при введении данной презумпции количество безосновательных споров о недействительности договоров резко сократилось бы. Судам был бы дан четкий сигнал, что без прямого указания в законе на императивность той или иной нормы или наличия серьезных политико-правовых оснований, которые к тому же необходимо прямо обозначать в судебном решении, квалифицировать норму в качестве императивной и отходить от принципа свободы договора нельзя.

На практике это будет означать, что для судьи, озабоченного частотой пересмотра собственных решений, в случае отсутствия прямого указания в законе на диспозитивность или императивность нормы будет безопаснее придерживаться презумпции диспозитивности и поддерживать свободу договора. Такое решение не потребует от него особых интеллектуальных усилий и не сделает его уязвимым для критики. Если он в спорном случае признает действительность договора или отдельных его условий, а вышестоящий суд его решение пересмотрит, то судью не за что будет особенно критиковать. Рассуждения о пределах допустимой свободы договора, степени необходимого патернализма и тому подобных «высоких материях» – это, как уже не раз отмечалось, по мнению большинства судей нижестоящих инстанций, де-факто правотворческая прерогатива высших или как минимум кассационных судов. Поэтому если те при пересмотре решения все же решили в конкретном спорном случае отступить от базовой презумпции и телеологически интерпретировать норму (в силу комплекса политико-правовых соображений) как императивную, то это их полное право. Никто камня в судью первой инстанции, признавшего договор действительным, не бросит.

Совсем другое дело, если судья первой инстанции возьмет на себя ответственность и в отсутствие четкого указания на императивность в самой норме признает ее имплицитно императивной, а весь договор (или его часть) – недействительным. В этом случае судье придется приводить в судебном решении политико-правовые аргументы в пользу необходимости ограничения свободы договора, что в отсутствие очевидной необходимости такого шага ему будет сделать крайне сложно. Соответственно при введении презумпции диспозитивности большинство судей первых инстанций будут стремиться без очень веских оснований от принципа свободы договора не отступать, а в случае отступления будут вынуждены представить вескую аргументацию. Все эти меры помо-

гут сформировать стереотип уважения автономии воли сторон и существенно снизят количество случаев абсолютно произвольных ограничений договорной свободы.

При этом предлагаемое нами признание презумпции диспозитивности норм договорного права следовало бы однозначно распространить как минимум на договоры, заключаемые лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность. Именно применительно к сугубо коммерческим договорам наличие максимально предсказуемого и комплиментарного к свободе договора регулятивного режима имеет решающее значение для развития экономики.

В принципе ту же презумпцию диспозитивности можно было бы применять и в отношении иных договоров, кроме, наверное, потребительских. Применительно к потребительским договорам, думается, было бы разумно установить обратную презумпцию императивности, которую стоило бы сделать односторонней, т.е. не исключающей возможность установления в договоре иного, если это улучшает положения потребителя. Любые положения договора, ограничивающие права потребителя или ухудшающие его положение по сравнению с тем, что вытекает из нормы, прямо не предусматривающей право оговорить иное, следует считать противоречащими закону, если диспозитивность нормы в отношении потребительского договора явно не вытекает из целей законодательного регулирования. Похожее решение уже сейчас закреплено в ст. 16 Закона о защите прав потребителей применительно к специальным нормам потребительского законодательства.

Такое гибкое решение, на наш взгляд, является наиболее адекватным для российских реалий и позволяет обеспечить разумный баланс между автономией воли и конкурирующими этическими и утилитарными соображениями. Это решение помимо простоты обладает достаточной гибкостью и не страдает формализмом. Предлагаемые презумпции не носят жесткий характер и опровергаются не только тогда, когда на это прямо указано в самой норме, но и тогда, когда иное вытекает из ее природы и целей законодательного регулирования. Соответственно право окончательной квалификации норм, как и во многих других странах мира, оказывается у судов, но предсказуемость правоприменения повышается.

При этом следует отдельно оговорить, что отход от жесткой квалификации любых гражданско-правовых норм, не указывающих прямо на их диспозитивность, в качестве императивных должен распространяться только на нормы договорного права. Более того, применимость предлагаемого нами решения адекватна только в отношении тех норм договорного права, которые касаются определения правоотношений по уже заключенному договору, т.е. правового режима заключенных дого-

воров. Именно в отношении таких норм договорного права, как правило, возникает сомнение по поводу целей законодательного регулирования: заполнение пробела в договоре или ограничение договорной свободы. Те же нормы договорного права, которые нацелены на установление процедур или форму заключения договора (например, предписывают государственную регистрацию сделки или ее нотариальную форму), условий признания договора заключенным (например, устанавливают существенные условия договора) или решение иных регулятивных задач, не связанных с непосредственным регулированием правоотношений сторон уже заключенного договора, должны считаться императивными, если законодатель прямо не указал на допустимость отступления от этих правил или диспозитивность нормы очевидно не вытекает из ее смысла.

Кроме того, предлагаемое здесь решение касается только договорного права и автоматически, без серьезного анализа не переносимо в иные сферы частного права. Расширение же диспозитивности в отношении норм о статусе физических лиц, вещных правах и корпоративных отношениях более спорно или в принципе невозможно и в любом случае требует отдельного анализа. Так, например, в зарубежной литературе степень допустимой диспозитивности корпоративного и вещного права является достаточно острой темой[1]. В настоящей работе мы не планируем анализировать то, в каких пределах расширение сферы договорной свободы в этих сферах допустимо.

Ввиду этих соображений в ст. 421 ГК РФ сразу после вышеуказанной новеллы о праве суда интерпретировать нормы договорного права, исходя из их природы и целей законодательного регулирования, следовало бы включить норму примерно такого содержания:

«Все нормы настоящего Кодекса, иных законов или правовых актов, определяющие содержание договорных правоотношений сторон по заключенному договору, предполагаются диспозитивными, если императивность таких норм прямо не следует из закона или не вытекает из их природы и целей законодательного регулирования. В отношении договоров, стороной которых является потребитель, такие нормы предполагаются исключающими возможность ухудшения положения потребителя, если иное не следует из их текста или не вытекает из их существа и целей законодательного регулирования».

Остается отметить, что эти же принципы можно было бы ввести в российское право и в рамках судебного правотворчества высших судов.

[1] *Garro A.M.* Codification Technique and the Problem of Imperative and Suppletive Laws // 41 Louisiana Law Review. 1980–1981. P. 1023–1028.

Некоторые уточнения

В отношении предлагаемого нами признания права суда толковать нормы с неопределенным в законе статусом в качестве диспозитивных или императивных и введения презумпции диспозитивности норм договорного права в отношении непотребительских договоров может быть выдвинуто, как представляется, лишь одно серьезное возражение систематического толка. Оно состоит в том, что отход от жесткой императивности норм договорного права может дестабилизировать правоприменение и необоснованно расширить свободу договора из-за того, что специальные нормы гражданского законодательства о договорах писались исходя из подразумеваемой презумпции императивности. Соответственно законодатель мог в ряде случаев вполне осознанно не оговорить право сторон согласовать иное с целью придания норме императивного статуса. При инверсии же презумпции или даже предоставлении судам свободы в интерпретации такой нормы ее императивность может быть поставлена под сомнение, что до момента вмешательства высших судов будет создавать условия для признания отдельными судами законными условий, которые политика права требует в действительности запретить. Этот аргумент следует принять со всей серьезностью. Дело в том, что зарубежные гражданские кодификации создавались на основе подразумеваемой презумпции диспозитивности или как минимум исходя из признания права толкования нормы за судами. Это заставляло законодателя там, где он действительно хотел ввести императивную норму, выражать свой выбор вполне определенно. Российское же гражданское законодательство формировалось, видимо, на основе другой презумпции, и изменение подхода может на самом деле в ряде случаев расширить автономию воли сторон избыточно.

С учетом этого действительно могут возникнуть определенные основания как минимум задуматься о том, чтобы придержать введение презумпции диспозитивности норм договорного права в отношении коммерческих контрактов до тех пор, пока часть вторая ГК РФ не будет подвергнута ревизии. Возможно, было бы разумно, держа в уме внедрение презумпции диспозитивности, внимательно изучить специальные нормы договорного права и там, где это абсолютно необходимо, указать на императивный статус нормы вполне определенно. Одновременно с реализацией такой реформы можно было бы ввести в действие правило о презумпции диспозитивности применительно к непотребительским договорам.

Правда, важно уточнить, что подобная осторожная тактика могла бы быть оправданна, если бы тотальная реформа части второй ГК РФ была бы осуществлена в ближайшей перспективе. В случае отсутствия

ясной перспективы такой реформы издержки долгосрочной консервации нынешней неприемлемой ситуации и сохранения неоправданного количества ошибок «первого типа» (избыточного применения ограничений договорной свободы) оказываются значительно выше издержек революционной смены подхода и возможного увеличения числа ошибок «второго типа» (недостаточной императивности норм). Этот вывод предопределен тем, что среди норм договорного права с неопределенным статусом количество реально диспозитивных, но в силу доминирующего сейчас подхода признаваемых императивными норм, судя по нашим оценкам, намного больше, чем норм, которые на самом деле должны считаться императивными. Напомним, что в зарубежных кодификациях в части регулирования договорных отношений, не сильно отличающихся от норм российского ГК, императивные нормы (за исключением регулирования потребительских договоров, антимонопольного законодательства и некоторых иных специальных сфер) составляют единичные случаи. В конечном итоге некоторые, видимо, неизбежные ошибки «второго типа» будут исправляться посредством прецедентной практики и руководящих разъяснений высших судов.

В любом случае отмеченное опасение в отношении рисков появления неоправданно диспозитивных норм вряд ли достаточно для того, чтобы таким же образом отложить на будущее вопрос о признании права суда толковать норму с неопределенным статусом. Если в отношении столь резкого шага, как замена жесткой императивности норм договорного права на презумпцию их диспозитивности, тактика отсрочки, возможно, и может быть теоретически оправданна, то основания опасаться немедленного предоставления судам права телеологически интерпретировать норму со спорным статусом в качестве императивной или диспозитивной отсутствуют. Такое компромиссное решение способно уже сейчас сделать правоприменение несколько более гибким и снять ряд явно ничем не оправданных ограничений договорной свободы.

При этом вряд ли стоит бояться резкого дисбалансирования ситуации со свободой договора. До момента введения презумпции диспозитивности российские суды все равно будут продолжать исходить из презумпции императивности. Такие укорененные элементы правовой идеологии в одночасье не меняются. Но при этом данная презумпция станет более мягкой и опровержимой при наличии явных политико-правовых оснований считать норму диспозитивной. Если сейчас согласно доминирующей теории такая презумпция может быть опровергнута только наличием в самой норме оговорки о праве сторон согласовать иное, то при внедрении в российский ГК или на уровне практики высших судов идеи о праве суда телеологически толковать норму с неопределенным в тексте закона статусом (т.е. исходя из ее целей) эта презумпция

может быть опровергнута и тогда, когда политика права очевидно укажет на отсутствие смысла в ограничении договорной свободы. В случае реальности перспектив ревизии части второй ГК РФ и отложения вопроса о введении прямой презумпции диспозитивности в отношении непотребительских договоров такое промежуточное решение, как предоставление судам права квалифицировать нормы с неопределенным статусом с учетом их природы, можно было бы признать в целом приемлемым вариантом «второго лучшего».

Решение, предлагаемое Концепцией совершенствования гражданского законодательства

В рамках идущей на момент написания настоящей работы реформы норм гражданского законодательства проблема гипертрофированной практики признания сделок недействительными из-за противоречия императивным законодательным нормам была замечена. Так, в п. 5.2.1 Концепции совершенствования гражданского законодательства, подготовленной рядом ведущих российских цивилистов, написано следующее:

«Судебная практика признания сделок ничтожными на основании статьи 168 ГК получила в настоящее время весьма широкое распространение. Тем самым стабильность и предсказуемость гражданского оборота поставлены под серьезную угрозу. Чтобы не допустить дальнейшего разрушения стабильности гражданского оборота, изменение законодательства должно быть направлено на сокращение легальных возможностей признавать сделки недействительными во всех случаях, когда недействительность сделки как гражданско-правовая санкция является неоправданной и явно несоразмерной характеру и последствиям допущенных при совершении сделки нарушений».

В проекте Концепции совершенствования общих положений гражданского законодательства, опубликованном ранее и более детально излагающем саму суть первоначальных предложений авторов реформы[1], в ответ на отмеченную выше проблему неоправданно широкой практики признания сделок недействительными предлагалось установить, что нарушение не всякой императивной нормы, допущенное при заключении договора, влечет недействительность. По мнению разработчиков проекта Концепции, большое количество норм ГК РФ носит внешне императивный характер, но нарушение этих норм далеко не всегда должно с политико-правовой точки зрения влечь недействительность. Недействительность, как это указывается в проекте Концепции, является следствием нарушения не просто императивной нормы, а такой нор-

[1] www.privlaw.ru

мы, в которой содержится прямо выраженный запрет закона. Причем круг таких «сверхимперативных норм» (временно позаимствуем данный термин из международного частного права) должен определяться судебной практикой. При этом при выяснении возможности применения недействительности в качестве санкции за нарушение императивных норм суду предлагается устанавливать волю законодателя: имел ли он в виду, что эту императивную норму обойти соглашением сторон нельзя под страхом недействительности?

У этой идеи была верная цель – предоставить судам право определять применительно к каждой конкретной норме необходимость признания условия договора, отступающего от предписания закона, действительным или недействительным. Кроме того, реализация данной идеи по сути могла бы скрыто дезавуировать формально-атрибутивную теорию диспозитивности: норма хотя и остается императивной, но не будет считаться исключающей возможность иного регулирования в договоре только в силу отсутствия в ней указания на право сторон оговорить иное.

Но несмотря на то, что направление на ограничение императивности норм гражданского законодательства выбрано верно, способ решения проблемы, по нашему мнению, не самый удачный. В литературе уже озвучивалась критика идеи атрибуции недействительности императивным нормам-запретам[1]. Поэтому подробно излагать ее здесь мы не будем, тем более что, судя по всему, в результате научной полемики от привязки к «законодательным запретам» разработчики реформы отказались. Но даже если переформулировать эту идею более приемлемым образом и указать, что недействительными будут признаваться сделки, нарушающие некие особые императивные нормы, в силу природы которых отступление от них в договоре предполагает недействительность, такое решение не представляется оптимальным.

На наш взгляд, любые попытки бороться с необоснованным ограничением договорной свободы не путем прямого сужения сферы императивных норм, а путем их разделения на те, нарушение которых влечет недействительность, и те, нарушение которых такого последствия не предполагает, будут неэффективны. Идея о выделении среди императивных норм некой особой категории норм, нарушение которых договором не приводит к недействительности, неминуемо ставит вопрос о том, каковы же последствия нарушения таких норм. Безусловно, в некоторых случаях может быть найдена некая публично-правовая санкция (например, административная ответственность). Для иллюстрации

[1] *Карапетов А.Г.* Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 100–133.

приведем случай с запрещенной местным законом продажей алкоголя в ночное время. Здесь действительно нет никакого смысла признавать сделку розничной купли-продажи ничтожной и осуществлять двустороннюю реституцию уже наверняка выпитой бутылки портвейна и уплаченных за нее денег. И лучшим решением является оставить сделку в силе и наказать магазин административным штрафом или отзывом лицензии на продажу спиртного. Поэтому в ГК РФ было бы действительно разумно указать на то, что в случаях, когда это очевидно вытекает из природы нормы, последствием нарушения сделкой императивной нормы будет не недействительность, а некая иная санкция. Для этого достаточно в ст. 168 ГК РФ указать на то, что недействительность противозаконной сделки имеет место, если иное не вытекает не только из прямого указания в законе (как это предписано в действующей редакции), но и из существа самой нормы.

Но применительно к подавляющему числу норм договорного права, включенных в ГК РФ и согласно сохраняемой Концепцией формально-атрибутивной теории являющихся императивными из-за отсутствия пресловутой оговорки про возможность оговорить иное, мы не найдем в позитивном праве каких-либо иных санкций, кроме признания сделки недействительной. Соответственно нарушение таких норм условиями договора следует либо также подводить под недействительность, тем самым «консервируя» проблему избыточного ограничения свободы договора, либо вопреки здравому смыслу признавать наличие значительной группы императивных норм договорного права, чья императивность оказывается профанацией из-за отсутствия санкций за их нарушение.

По сути с учетом неприемлемости существования императивных норм, нарушение которых в договорных отношениях может быть абсолютно безнаказанным, суды смогут отступать от презумпции недействительности только в тех редких случаях, когда договор нарушает некий запрет публичного права, за нарушение которого «под рукой» могут оказаться соответствующие публично-правовые санкции или иные зафиксированные в позитивном праве санкции или квазисанкции. Соответственно подавляющее большинство норм договорного права, содержащихся в ГК РФ и в силу доминирующих воззрений являющихся императивными из-за отсутствия в них фразы про возможность оговорить иное в договоре, в случае их нарушения договором будут влечь всю ту же недействительность. А посему стабильность договорных отношений реализацией предложенной идеи существенно затронута не будет, и неприемлемая ситуация в сфере реализации свободы договора сохранится.

Здесь следует отметить другую альтернативу нашему предложению об отказе от жесткой презумпции императивности. В опубликованном

в начале 2011 г. проекте закона о реформе ГК РФ, подготовленном по итогам обсуждения ранее опубликованных концепций, предпринята другая попытка снять напряжение в области стабильности договорных отношений. В ст. 168 ГК РФ указывается, что нарушение сделкой императивной нормы закона влечет ничтожность только в случаях, когда в самой норме прямо указано на недействительность соответствующей сделки или когда сделка одновременно нарушает интересы третьих лиц или публичные интересы. По сути речь идет о том, что ничтожными будут являться соглашения, противоречащие императивным нормам, которые прямо указывают на недействительность либо введены в целях защиты публичных интересов или интересов третьих лиц. Из этого вытекает, что, когда сделка противоречит императивной норме, не упоминающей недействительность и при этом введенной во имя иных целей (например, патерналистских целей защиты слабой стороны договора), результатом такого противоречия будет лишь оспоримость сделки.

На наш взгляд, данное решение крайне спорно по существу, о чем речь пойдет в параграфе о последствиях противоречия договора императивным нормам. Здесь же лишь отметим, что существенного влияния на расширение свободы договора эта инверсия ничтожности на оспоримость скорее всего не окажет. Безусловно, необходимость подачи исков об оспаривании договора в целом или его условий отобьет у некоторых контрагентов желание пытаться аннулировать волеизъявление сторон, а годичный срок исковой давности для таких требований отсечет саму такую возможность оспаривания при промедлении заинтересованного лица. Но это существенно не расширит сферу свободы договора. Контрагенты, заключающие договор, все равно не будут уверены в том, что их партнеры не воспользуется своим правом на оспаривание. В результате «на входе» их автономия воли будет испытывать примерно ту же степень давления, как если бы оно исходило от норм, за нарушение которых грозит ничтожность договора. При заключении любой крупной сделки сама возможность ее оспорить одной из сторон ставит другую сторону в положение заложника доброй воли контрагента, что в коммерческих отношениях неприемлемо. В некотором смысле эта мера повысит стабильность уже заключенных договоров, но расширению сферы свободы договора применительно к вновь заключаемым договорам не посодействует ни в коей мере.

Вместо этих паллиативных попыток решить проблему, не затрагивая ее основную причину – презумпцию императивности норм договорного права, было бы более разумно отказаться от самого этого архаичного подхода. Такой решительный шаг действительно существенно ограничит императивность регулирования договорных отношений, устранит

основной источник их дестабилизации и расширит свободу договора до того масштаба, который характерен для всех развитых и активно развивающихся стран и просто необходим для формирования комфортной и справедливой институциональный среды для ведения бизнеса.

§ 5. Политико-правовые основания установления императивности нормы

Выше мы проанализировали проблему квалификации уже закрепленных на уровне законодательства норм в случае отсутствия в них прямого указания на императивность или диспозитивность. Эта проблема крайне важна, так как существует огромное количество норм с неопределенной в самом их тексте природой, а также в силу того, что зачастую законодатель вынужден умышленно оставлять вопрос о природе нормы открытым, допуская дальнейшие изменения в политико-правовых условиях.

Но вполне очевидно, что само умолчание законодателя по этому вопросу не является всегда оптимальным решением, так как провоцирует некоторую неопределенность, которая хотя и снижается при введении предложенных нами презумпций и с учетом опыта унификации судебной практики высшими судебными инстанциями, но в полной мере не устраняется. Соответственно при наличии уверенности в необходимости ограничения договорной свободы разумный законодатель старался бы прямо отражать императивную природу нормы в самом ее тексте (например, путем указания на запрет оговаривать в договоре те или иные условия или заключать те или иные сделки), так как осознавал бы, что в противном случае в силу презумпции диспозитивности суды будут склонны интерпретировать эту норму в качестве не ограничивающей свободу договора (как минимум применительно к сугубо коммерческим контрактам).

Но здесь возникает вопрос: по каким соображениям законодателю стоит прямо обозначать императивность нормы договорного права, а судам в случае отсутствия прямого указания на императивность нормы – все же интерпретировать ее в качестве императивной?

Выше мы уже писали о том, в каких случаях политико-правовые резоны могут оправдать ограничение свободы договора. Все эти этические и чисто утилитарные соображения в полной мере применимы и в отношении такого механизма ограничений свободы договора, как установление или толкование нормы в качестве императивной.

Например, если законодатель, приняв во внимание политико-правовые факторы этического порядка, посчитал невозможным допускать условия договора, освобождающие от ответственности за умышленное

нарушение, он может прямо указать на это в законе, как сделали авторы отечественного ГК, предусмотревшие в п. 4 ст. 401 Кодекса, что такое соглашение считается ничтожным.

Здесь конечно же нет никаких гарантий того, что оценка законодателем или судом всех релевантных политико-правовых факторов окажется верной и свобода договора не будет ограничена безосновательно, так же как нет вообще гарантий разумного правотворчества. Но признаваемая во всех западных странах презумпция свободы договора требует приведения серьезных политико-правовых аргументов, обосновывающих отступление от общего правила. Такой подход служит в качестве своего рода преграды для абсолютно не продуманных и эмоциональных ограничений договорной свободы. Каждый раз, принимая то или иное решение, законодатель или суд вынуждены продумывать, взвешивать и раскрывать соответствующие политико-правовые основания ограничения свободы договора, пытаясь убедить себя, своих коллег и общественность в том, что такое ограничение в данных обстоятельствах принесет бóльшую пользу, чем сохранение общей презумпции договорной свободы. Отсутствие убедительных аргументов в пользу опровержения данной презумпции лишает политико-правовой легитимности принятие соответствующего закона или судебного толкования.

Конечно же вряд ли стоит ждать, что суды первых инстанций легко освоят такую транспарентную методологию аргументации судебных решений. Но, думается, суды высшей инстанции вполне к этому готовы. Появление подобных решений ВАС РФ, прямо оперирующих соображениями политики права для целей обоснования императивной квалификации спорных норм (защита слабой стороны договора или интересов третьих лиц, пределы допустимого патернализма и т.п.) может сформировать аргументационные модели, которые нижестоящие суды начнут постепенно воспроизводить. В итоге развития такой транспарентной судебной методологии тексты судебных решений будут не сразу, но постепенно приближаться к лучшим профессиональным стандартам, которые мы можем наблюдать при ознакомлении с решениями американских, английских или немецких высших судов.

§ 6. Технология установления императивной нормы

Введение императивной нормы в законодательстве

Если, взвесив все «за» и «против», законодатель решает установить норму в качестве императивной и ограничить тем самым свободу договора, то встает вопрос о том, как лучше выразить соответствующую норму.

Иногда в зарубежной литературе проводится разделение между запретительными и предписывающими императивными нормами в зависимости от текстуальной модели ее выражения[1].

В контексте регулирования содержания договорных отношений запретительная норма предусматривает прямой запрет на согласование тех или иных сделок или их условий (например, путем недвусмысленного указания на их ничтожность). Такие императивные запретительные нормы прямо нацелены на запрещение того или иного договорного условия или вида сделки.

Императивная же предписывающая норма текстуально выражена как некое позитивное регулирование отношений сторон, предусматривающее то или иное распределение прав и обязанностей, рисков, обременений и т.п., не указывая прямо, а подразумевая, что оговаривать иное запрещено.

Думается, что принципиальной разницы между двумя этими формами текстуального выражения императивных норм нет, как минимум если мы оцениваем императивные нормы не публичного, а гражданского законодательства. Императивные предписывающие нормы по своей сути выражают все тот же запрет на определенные условия или сделки, просто подразумевая его в качестве некого побочного следствия того или иного поведения в отношении желаемого законодателем правового эффекта. Иначе говоря, в итоге любая предписывающая норма, если она, конечно, является императивной, подразумевает и соответствующий запрет на согласование иного.

Одновременно императивные запретительные нормы очень часто либо просто сопровождают некое позитивное законодательное предписание, либо достигают аналогичного результата косвенным образом. Так, если норма (например, п. 2 ст. 388 ГК) запрещает уступку требования по обязательству, в котором личность кредитора имеет существенное значение для должника, она де-факто предписывает, что может быть предметом уступки. Если закон (п. 4 ст. 401 ГК) запрещает согласовывать заранее освобождение от ответственности за умышленное нарушение, он тем самым косвенно подтверждает общее правило о том, что должник несет ответственность, если умышленно нарушает обязательство.

Иначе говоря, одно и то же правило как минимум, если оно касается содержания договорных правоотношений, на практике очень ча-

[1] Выделение среди императивных норм запретительных и предписывающих было знакомо римскому праву (*Барон Ю.* Система римского частного права. Вып. 1. Кн. 1: Общая часть. 2-е изд. М., 1898. С. 35, 36), а также известно немецкому праву (*Эннекерус Л.*, *Кипп Т.*, *Вольф М.* Курс германского гражданского права. Т. I. Полутом 1. М., 1949. С. 173) и французскому праву (*Де ла Морандьер Л.Ж.* Гражданское право Франции. В 3 т. Т. 1. М., 1958. С. 43, 44).

сто можно выразить путем использования как запретительного, так и предписывающего оборота речи. Например, идею ограничить возможность установления в договорах кредита права банка на одностороннее изменение процентной ставки можно реализовать, как установив прямо в законе, что такое условие запрещено, так и введя правило о том, что изменение процентной ставки осуществляется только по специально оформленному соглашению сторон, которое судами будет расценено как подразумевающее такой императивный запрет. Поэтому приведенная здесь классификация императивных норм на запретительные и предписывающие носит крайне условный характер и имеет определенное значение только в силу того, что императивность законодательных запретов не вызывает каких-либо сомнений в силу самой выбранной законодателем фразеологии, в то время как императивные предписывающие нормы делегируют компетенцию по определению их окончательного статуса судам.

Прямых законодательных запретов достаточно много в тексте отечественного ГК. Например, ст. 198 ГК прямо запрещает менять в соглашении сторон сроки исковой давности и порядок их исчисления. Согласно п. 2 ст. 400 ГК признается ничтожным заранее согласованное условие об ограничении размера ответственности должника, если пострадавшим от нарушения кредитором является гражданин-потребитель. Можно также привести в качестве примера норму п. 2 ст. 461 ГК, признающую недействительным соглашение сторон об ограничении или освобождении от ответственности продавца в случае истребования приобретенного товара у покупателя третьим лицом. Норма п. 2 ст. 346 ГК признает ничтожным соглашение, запрещающее залогодателю завещать заложенное имущество. Норма п. 7 ст. 358 ГК признает ничтожным соглашение сторон, ограничивающее права залогодателя по договору, заключенному с ломбардом. Согласно п. 2 и п. 5 ст. 426 ГК условие публичного договора, опосредующее ценовую или иную дискриминацию, ничтожно. В соответствии с п. 2 ст. 572 ГК обещание подарить все свое имущество или часть всего своего имущества без указания на конкретный предмет дарения в виде вещи, права или освобождения от обязанности ничтожно. Этот список можно продолжать.

Но, как мы видели, в ряде случаев законодатель не использует запретительную терминологию, просто предписывая то или иное правило, так или иначе относящееся к структуре прав и обязанностей контрагентов. Если он сопроводит данную норму фразой о том, что иное не может быть согласовано в договоре, то мы имеем типичный законодательный запрет. Но если такая оговорка не сопровождает соответствующее позитивное правило, у судов возникают сомнения в его квалификации в качестве императивного или диспозитивного. Как мы уже указывали,

при разрешении этого вопроса суды должны взвешивать все релевантные политико-правовые факторы и пытаться определить, имеются ли достаточные основания для ограничения свободы договора в конкретной ситуации (и соответственно, действительно ли подразумевается здесь ограничение свободы договора), не забывая при этом о предлагаемых нами для внедрения презумпциях. В итоге в результате телеологического толкования и его фиксации высшими судами соответствующий статус спорной нормы окончательно фиксируется в позитивном праве и не вызывает более каких-либо сомнений у правоприменителей.

Так, можно привести достаточно примеров того, когда предписывающие нормы, не содержащие прямой оговорки ни о праве сторон оговорить иное, ни о его ограничении, должны быть признаны именно императивными. Например, согласно п. 2 ст. 332 ГК РФ стороны имеют право своим соглашением увеличить размер законной неустойки. При этом данная норма прямо не оговаривает запрет на согласование снижения законной неустойки. Тем не менее политико-правовой анализ целей данной нормы не оставляет сомнений в том, что закон подразумевает запрет на включение в договор условия о снижении размера законной неустойки. При этом очень часто в некой предписывающей те или иные права и обязанности норме законодатель указывает на то, что иное может следовать из указания в законе, «забывая» указать на возможность согласовать иное в договоре. Это упущение отнюдь не должно пониматься как однозначный запрет оговаривать иное в договоре. У суда и в этом случае сохраняется простор для толкования. При телеологическом толковании такой нормы по принципу «от обратного» (a contrario) норма действительно становится императивной. Логика такого подхода следующая: если законодатель указал, что иное может быть оговорено в законе, он имел в виду исключить возможность оговаривать иное в договоре. Но при использовании расширительного телеологического толкования норма может выглядеть и как диспозитивная. Как и во многих других местах закона, упоминание законодателем одной из возможностей далеко не всегда означает исключение других. В подобного рода интерпретивных коллизиях ни в одной стране мира не существует какой-то однозначной иерархии методов толкования.

Иначе говоря, наличие прямого упоминания возможности фиксации иного правила в законе и отсутствие аналогичного указания на возможность установить иное в договоре могут быть интерпретированы либо как косвенное указание на императивность нормы, либо как упоминание законодателем лишь одной из открытых возможностей, не исключающих права сторон оговорить иное. Все в конечном счете зависит от оценки политико-правовых факторов и наличия достаточных оснований для опровержения презумпции свободы договора.

Например, ст. 475 ГК РФ подробно описывает права покупателя, получившего дефектный товар, и в самом конце (в п. 5) указывает, что правила этой статьи применяются, если иное не установлено Кодексом или другим законом. Здесь не указано, что иное может следовать из указания в договоре. Возникает логичный вопрос: означает ли это, что все содержащиеся в ст. 475 ГК нормы строго императивны? Если да, то стороны лишаются множества вполне допустимых с политико-правовой точки зрения возможностей (например, не могут уточнить, что они понимают под существенным дефектом, и исправить ряд ошибок, допущенных законодателем при раскрытии этой категории в п. 2 данной статьи). Если нет, и мы не применяем к умолчанию законодателя о праве сторон оговорить иное принцип a contrario, то сфера свободы договора столь жестко не ограничивается.

В данном конкретном случае нам представляется последний вариант ответа более адекватным, так как мы не видим серьезных политико-правовых резонов, которые могли бы обосновать необходимость ex ante ограничения свободы договора в отношении попыток сторон по-иному структурировать последствия нарушения требования к качеству товара. По крайней мере там, где условия договора на этот счет не начинают казаться явно несправедливыми, нет никакого смысла ограничивать договорную свободу столь неразборчиво (особенно применительно к сугубо коммерческим сделкам).

Но не следует упускать из виду то, что в некоторых случаях, когда закон прямо указывает на возможность отступления от данной нормы специальными положениями, но не упоминает о праве сторон оговорить иное, воля законодателя ограничить свободу договора достаточно очевидна. Пример такого случая мы имеем в ст. 310 ГК РФ, где указывается на то, что односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение его условий не допускаются. При этом уточняется, что иное может быть предусмотрено законом. Если бы на этом норма заканчивалась, то толкователь теоретически мог бы истолковать ее расширительно. В конечном счете, если бы законодатель хотел четко запретить соглашение сторон о праве на односторонний отказ от договора, он бы прямо указал на запрет таких условий. Но такой прием толкования здесь заблокирован тем, что во втором предложении этой же статьи указывается на то, что «односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, и одностороннее изменение условий такого обязательства допускаются также в случаях, предусмотренных договором, если иное не вытекает из закона или существа обязательства». Данное исключение (особенно слово «также») недвусмысленно подчеркивает императивность общего правила, упомянутого в ч. 1 ст. 310 ГК, интер-

претируя которую в системной взаимосвязи с ч. 2 этой же статьи, толкователю не остается ничего иного, кроме как признать наличие воли законодателя на запрещение оговорок о праве сторон на односторонний отказ от договора или одностороннее изменение его условий за рамками сугубо коммерческих контрактов. И хотя мы крайне скептически относимся к этой абсурдной идее столь неразборчиво запретить оговаривать право на односторонний отказ от договора или его изменение в сделках с участием граждан и некоммерческих организаций, смысл ст. 310 ГК de lege lata вполне ясен. Отступление от этого смысла в рамках телеологического толкования потребует вынесения решения contra legem. Это само по себе не есть нечто абсолютно невозможное и недопустимое. Практика ВАС РФ дает нам множество примеров таких решений. Тем не менее смысл действующей нормы ст. 310 ГК вполне понятен, а гипотетически возможное и даже, на наш взгляд, желательное решение данного вопроса contra legem будет не столько толкованием, сколько корректирующим судебным правотворчеством.

Установление императивных норм в рамках судебного правотворчества

Последний тезис о широких правотворческих полномочиях высших судов нашей страны подводит нас к еще одному важному вопросу. Когда российские юристы анализируют проблематику дихотомии императивных/диспозитивных норм, они невольно редуцируют анализ до изучения исключительно законодательного регулирования. При этом забывается про то, что как зарубежные, так и российские высшие суды имеют громадный объем правотворческих полномочий.

Здесь не место погружаться в проблематику судебного правотворчества и спорить о конституционных основаниях этого феномена. Для любого реалистично мыслящего юриста очевидно, что суды творят позитивное право, причем в объемах, сопоставимых с законодательным правотворчеством. Сейчас этот вывод разделяется практически всеми юристами в странах как общего, так и континентального права, а споры ведутся в области того, как верно именовать этот особый вид правотворчества и чем он отличается от классического законодательства[1]. Нелишне только напомнить, что отрицать реальность судебного правотворчества в России, где высшие суды имеют и активно используют законно признанную возможность давать обязательные для судов разъяснения судебной практики (а де-факто – подробные инструкции в отношении того, как следует разрешать те или иные споры) и окончатель-

[1] См. подробнее: *Карапетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2010.

но признан прецедентный характер решений ВАС РФ по конкретным делам, может разве что слепой.

В этих условиях возникает интересный вопрос: проявляется ли дихотомия диспозитивных/императивных норм и на уровне судебного правотворчества? Ответ на этот вопрос вполне очевиден и он утвердителен. Такой ответ в полной мере согласуется с опытом большинства зарубежных стран, в которых суды активно создавали как императивные запреты тех или иных проявлений свободы договора, так и диспозитивные нормы, регулирующие отношения сторон в случае отсутствия соответствующих условий в договоре.

Российская судебная практика высших судов знает массу примеров того, как суды вводят сугубо диспозитивные нормы[1], и достаточно примеров установления императивных ограничений договорной свободы[2]. Обе стратегии могут использоваться как в форме толкования той или иной законодательной нормы (например, путем толкования какой-либо нормы с неопределенным статусом в качестве императивной или диспозитивной), так и в форме прямого судебного правотворчества в отрыве от тех или иных законодательных норм (например, в силу банального отсутствия релевантного законодательного регулирования). Исходя из вышесказанного, обе модели введения императивных или диспозитивных норм на уровне судебного правотворчества имеют полное право на существование.

Стоит только обратить внимание на два нюанса.

Во-первых, судам следует транспарентно артикулировать те политико-правовые соображения, которые лежат в основе выбора императивной или диспозитивной модели регулирования. Иначе соответствующее решение, не опирающееся на однозначную букву закона, будет выглядеть немотивированным и произвольным, что подрывает доверие к судебной системе и мешает юристам оценивать оправданность осуществленного судом выбора.

---

[1] Так, например, постановление Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 г. № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами» (п. 15) ввело «с чистого листа» не имеющее никакой четкой опоры в законодательстве правило о том, что проценты годовых, предусмотренные в ст. 395 ГК РФ, в рамках отношений по договору займа (кредита) не начисляются на ранее начисленные, но не уплаченные проценты за пользование займом (кредитом), если иное не предусмотрено в договоре.

[2] Классический пример – недавнее Постановление Президиума ВАС РФ от 2 марта 2010 г. № 7171/09, в котором суд ограничил право банка включать в договоры с клиентами – физическими лицами условия о праве банка на одностороннее изменение процентной ставки, ссылаясь при этом на потребительский статус заемщика как слабой стороны договора.

Во-вторых, судам при установлении в рамках судебного правотворчества императивных или диспозитивных норм следует быть однозначными и избегать двусмысленности. Если законодатель может в ряде случаев позволить себе «стратегию неопределенности», то высшие суды, будучи в какой-то степени правотворцами последней инстанции, должны фиксировать свой выбор четко и однозначно. Если они путем толкования законодательной нормы или «с чистого листа» создают императивное ограничение свободы договора, им следует однозначно на это указывать в мотивировочной части решения. В равной степени та же транспарентность и четкость должна присутствовать и в тех случаях, когда суды формируют диспозитивное регулирование. Здесь в решении следует прямо указывать, что создаваемое ими или получаемое в результате толкования неопределенной законодательной нормы правило действует в случае отсутствия в договоре согласования иного.

Усеченная императивность норм

В последнее время в зарубежном праве стала выделяться категория «полуимперативные нормы»[1]. Данная категория охватывает ряд различных законодательных приемов, которые дают возможность сторонам оговорить иное, но так или иначе усекают эту возможность.

Во-первых, предписывающая норма может предусматривать или подразумевать, что содержащееся в ней правило может быть исключено или изменено только в пользу одной из сторон (например, потребителя), но не может быть модифицировано в пользу другой стороны (например, коммерческой организации, с которой потребитель заключает договор). Некоторые европейские авторы называют такие нормы односторонне императивными[2]. Этот подход хорошо известен европейскому потребительскому праву[3]. В принципе схожим образом устроены и нормы российского потребительского законодательства: в силу ст. 16 Закона о защите прав потребителей все условия договора, ухудшающие права потребителя по сравнению с тем, что предусмотрено потребительским законодательством, недействительны. Аналогичный законодательный прием можно встретить и в ГК РФ. Так, например, уже упомянутая норма п. 7 ст. 358 ГК признает ничтожным соглашение сторон, ограничивающее права залогодателя по договору, заключенному с ломбардом, по сравнению с тем, как они прописаны в законодатель-

[1] *Hesselink M.W.* Non-Mandatory Rules in European Contract Law // 1 European Review of Contract Law. 2005. P. 66.

[2] *Wagner G.* Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights // Erasmus Law Review. Vol. 3. Issue 1. 2010. P. 48.

[3] Ibidem.

стве, но не затрагивает право сторон отойти от законодательных правил в сторону улучшения положения залогодателя. Норма п. 2 ст. 400 ГК запрещает соглашение об ограничении предусмотренной законом ответственности, заключенное с потребителем, если это соглашение ограничивает ответственность контрагента потребителя. Иначе говоря, данная норма превращает все нормы законодательства об ответственности сторон конкретных договоров в полуимперативные применительно к тем случаям, когда речь идет о потребительских договорах.

Но еще чаще подобный дифференцированный подход будет проявляться при толковании судами норм, прямо не устанавливающих пределы свободы договора. Так, например, при анализе политико-правовых соображений, оправдывающих ту или иную квалификацию некой общей предписывающей нормы договорного права (не специальной нормы потребительского законодательства), суды могут прийти к выводу о том, что диспозитивность спорной нормы вполне оправданна применительно к ситуациям, когда согласование сторонами иного направлено в пользу интересов потребителя, но не оправданна тогда, когда стороны такого договора пытаются согласовать иное в пользу коммерческой компании. В подобных случаях судам следует прямо уточнять эту дифференциацию в мотивировочной части решения.

Во-вторых, вышеуказанная дифференциация может проводиться не только на основе того, кто является бенефициаром соответствующей попытки сторон отойти от нормы, но и в целом в зависимости от вида сделки. Иначе говоря, одна и та же норма может быть либо прямо установлена, либо истолкована судом одновременно как императивная для одного круга сделок и диспозитивная – для другого. Например, закон может запретить то или иное условие договора, но оговорить, что этот запрет не касается сделок между предпринимателями. Пример – уже упоминавшаяся выше норма ст. 310 ГК, которая ограничивает право сторон оговорить в договоре возможность одностороннего отказа от исполнения обязательства, но допускает исключение на случай сделки между предпринимателями. Аналогичный прием могут использовать и суды, интерпретируя конкретную норму с прямо не определенным в законе статусом. Они могут придать норме императивный характер, например, применительно к сделкам с потребителями или между гражданами и одновременно считать норму диспозитивной в отношении сугубо коммерческих договоров.

В-третьих, дифференциация может проявляться и в том, что соглашение об ином признается возможным при соблюдении тех или иных дополнительных условий. В качестве примера можно привести все тот же п. 2 ст. 400 ГК, который уточняет, что описанный выше запрет на условие договора об ограничении ответственности перед потребите-

лем не действует тогда, когда данное соглашение подписано уже после того, как произошло соответствующее нарушение договора. Похожую норму содержит ст. (IV) 2:309 DCFR, согласно которой в договоре купли-продажи с потребителем не будет иметь юридическую силу соглашение, ограничивающее права покупателя в связи с выявлением дефектов в товаре, если оно заключено до того, как эти дефекты были выявлены.

В-четвертых, норма может предусматривать или подразумевать, что соответствующее правило может быть уточнено, но не исключено полностью. В нашем законодательстве такие примеры найти сложно. Но достаточно легко обнаружить их в качестве подразумеваемых законодательством. Как пример можно привести ст. 450 ГК РФ, которая предусматривает принцип существенности нарушения как основание для расторжения нарушенного договора и дает определение существенного нарушения, не оговаривая при этом, что иное может быть предусмотрено в договоре. Очевидно, что стороны вправе уточнить критерий существенности нарушения (например, установив длительность просрочки, рассматривающейся сторонами в качестве существенной), как это широко распространено во всем мире и в российской договорной практике. Но крайне сомнительно, что в договоре между коммерческой организацией и потребителем стороны вправе вовсе исключить критерий существенности, когда речь идет о нарушении договора потребителем.

Как мы видим, реальность оказывается намного сложнее упрощенного разделения норм на императивные и диспозитивные.

Нормы, предусматривающие возможность их неприменения

Отдельная проблема возникает в тех случаях, когда закон вводит норму, устанавливая при этом, что данная норма не применяется в силу тех или иных обстоятельств. Здесь законодатель использует модель, крайне похожую на то, как выглядят диспозитивные нормы, но в качестве соответствующего «отменительного условия», дезавуирующего действие нормы, указывает не на волю сторон, а на иные факторы. Так, встречаются нормы, в которых указывается, что иное может следовать из обычаев делового оборота, существа правоотношений, существа обязательства, характера прав и иных подобных обстоятельств. При этом в ряде случаев упоминается также, что иное может быть предусмотрено в договоре, а в ряде других случаев такое указание отсутствует. Например, ст. 316 ГК РФ устанавливает правила о месте исполнения обязательства, указывая, что иное может быть предусмотрено в договоре или вытекать из существа обязательства или обычаев делового оборота. Аналогичный прием мы встречаем в отношении норм о последствиях передачи некомплектного товара (п. 3 ст. 480 ГК) или

о таре и упаковке (п. 1 ст. 481 ГК). Норма п. 4 ст. 454 ГК устанавливает, что все общие нормы о купле-продаже применяются к продаже имущественных прав, если иное не вытекает из содержания или характера этих прав. Норма п. 2 ст. 455 ГК разрешает заключение договора купли-продажи товара, как имеющегося у продавца, так и того, который будет создан или приобретен им в будущем, если иное не вытекает из характера товара. Наша гражданская кодификация знает и множество иных подобных примеров, как касающихся регулирования договорных отношений, так и относящихся к другим сферам гражданского права. Далее нас будут интересовать только те случаи, когда такая фразеология используется в отношении норм договорного права.

Все подобные приемы законодательной техники можно условно разделить на два вида.

Во-первых, законодатель может в качестве «отменительного условия», наличие которого дезавуирует действие нормы, указать на нормы права другого характера или уровня. Например, сплошь и рядом встречаются законодательные нормы, указывающие на то, что иное может следовать из других норм Кодекса, других законов или иных нормативно-правовых актов. Встречаются и такие случаи, когда в норме указывается на то, что иное может вытекать из обычаев делового оборота.

В случае с указанием на возможность установления иного в других нормах ГК РФ ситуация вполне понятна: норма не применяется при наличии в тексте Кодекса специального регулирования. Здесь мы имеем достаточно простой и бесспорный прием законодательной техники, подсказывающий правоприменителям, что соответствующая норма носит общий характер и может быть перекрыта специальными нормами Кодекса.

В случае указания на то, что иное может следовать из норм других законов, законодатель переворачивает действие правила о приоритете норм ГК РФ (п. 2 ст. 3) и невозможности противоречия норм других законов положениям Кодекса. Безотносительно к тому, насколько вообще конституционно установление приоритета норм одного федерального закона (Гражданского кодекса) перед другими законами того же уровня иерархии, цель законодателя вполне ясна. Если по общему правилу ГК РФ отдает приоритет своим нормам, то в случае прямого указания на то в тексте самой нормы приоритет имеет специальное законодательство.

Когда норма Кодекса указывает на то, что иное может вытекать из норм других нормативно-правовых актов, мы имеем аналогичный разворот общего правила. Здесь в силу прямого указания в законе применительно к конкретной норме принцип иерархии нормативных актов дезавуируется, и нормы подзаконных актов получают приоритет.

Наконец, аналогичная по сути ситуация имеется и тогда, когда в силу указания в законе иное может вытекать из обычаев делового оборота. Последние являются источником права, но в силу ст. 5 и п. 5 ст. 421 ГК применяются в случаях, не урегулированных в законе. Когда законодатель устанавливает, что соответствующая норма не действует, если иное вытекает из обычаев делового оборота, он «переворачивает» эту иерархию.

Во всех подобных случаях цель соответствующей оговорки состоит либо в простом напоминании о принципе lex specialis derogat generali, либо в инверсии общих правил иерархии источников права.

Во-вторых, куда более интересная ситуация имеет место тогда, когда законодатель в качестве «отменительного условия», открывающего дорогу для легального игнорирования соответствующего правила, указывает на факторы, не имеющие статуса источников права (например, на существо отношений, природу обязательства, характер предмета и т.п.). Введение подобных норм обычно является реакцией на потенциальные издержки индукции. Формирование общих норм всегда чревато тем, что в отдельных конкретных ситуациях формальное их применение может оказаться неадекватным с политико-правовой точки зрения. В ответ на это законодатель пытается дать судам возможность легально не применять соответствующую норму, указывая на то или иное условие, соблюдение которого дает суду такое право. Причем степень допускаемой нормой свободы ее игнорирования судом может различаться в зависимости от характера указанного в норме «отменительного условия». Если оно достаточно широко (например, как в случае указания на неприменение нормы, если того требует характер правоотношения или обязательства), то мы по сути имеем предоставление судам максимально широкой дискреции, превращающей законодательную норму в простую презумпцию. Если соответствующее «отменительное условие» более конкретно (как в случае указания на характер товара), то дискреция все равно имеется, но носит более ограниченный характер. В любом случае использование подобного законотворческого приема установления норм-презумпций по сути делегирует судам свободу конкретизации самих норм и сферы их применения или даже отхода от самой нормы в принципе.

Данный прием, на наш взгляд, во многих случаях может быть оправдан. Некоторые зарубежные страны (например, Голландия) довели эту стратегию до своего логического завершения, предусмотрев в своих кодексах, что любая норма кодекса не применяется судом, если того требуют соображения справедливости и разумности (ст. 6:248 ГК Голландии). В принципе ничего революционного в этом шаге нет, так как и без этого европейские суды давно воспринимают нормы своих нацио-

нальных гражданских кодексов, зачастую принятых десятки и сотни лет назад, в качестве обязательных лишь презумптивно и при большой необходимости используют правотворчество contra legem. Этот не вполне удобный для классической теории разделения властей и идеологии верховенства закона факт давно прямо признается высшими судами таких стран, как Германия или Голландия, и фиксируется в стандартных учебниках по гражданскому праву. Так что, если говорить вполне откровенно, никакие нормы гражданского законодательства не являются a priori *абсолютно* обязательными: их обязательность – это вопрос степени и носит относительный характер.

Для российской теории права все это может казаться крамолой, что, впрочем, никак не мешает высшим судам при большой необходимости или явной политико-правовой неадекватности того результата, к которому приводит буквальное применение законодательных норм, этот смысл закона кардинально менять под прикрытием его толкования. Тем не менее такой «судебный активизм» все же является скрытым, и высшие суды в России (в отличие, например, от Германии) никогда честно в этом не признавались. В этих условиях прямой отход от недвусмысленной буквы закона в российском праве является мерой экстраординарной и является по факту исключительной прерогативой высших судов. В то же время наличие в самой законодательной норме прямого указания на право суда ее не применять, если то вытекает, например, из природы правоотношения, прямо легитимирует свободу судебного усмотрения. Поэтому теоретически наличие в норме такой оговорки может стимулировать суды более решительно отступать от следования норме при наличии убедительных политико-правовых оснований. Сказанное не означает, что российские суды активно этой возможностью пользуются. Многократно описанная здесь логика работы суда нижестоящей инстанции подразумевает, что такой суд будет крайне редко брать на себя инициативу по оценке «природы правоотношений» и в подавляющем большинстве случаев будет просто механически применять само законодательное правило. Именно это и происходит на практике. Тем не менее допустимо предположить, что частота отхода от текста нормы при наличии в ней такой прямой делегации судам свободы не следовать ее смыслу должна быть выше.

Теперь нам стоит вернуться к обсуждаемой здесь дихотомии норм. К какой из двух категорий норм (императивным или диспозитивным) следует отнести подобные нормы презумптивного типа?

Ответ на этот вопрос достаточно прост. Сам факт наличия в норме описанных выше «отменительных условий» никак не влияет на квалификацию нормы в качестве императивной или диспозитивной. Эти нормы могут быть как императивными, так и диспозитивными. Все дол-

жно зависеть от наличия в норме прямого указания на возможность или невозможность оговорить иное именно в договоре, телеологического толкования судом природы нормы в случае ее неопределенного статуса и той или иной применимой презумпции. При этом, думается, разумно предположить, что указание в норме с неопределенным прямо статусом на то, что иное может вытекать из существа отношений, является одним из возможных признаков того, что норма является диспозитивной. Наличие такой оговорки свидетельствует о том, что суд не уверен в политико-правовой оправданности самого вводимого правила во всех возможных случаях. Соответственно это косвенно намекает и на то, что норма скорее всего носит диспозитивный характер. Конечно же вряд ли стоит эту закономерность абсолютизировать и считать данный признак достаточным для квалификации нормы в качестве диспозитивной. Разумнее считать наличие в норме такого «отменительного условия» одним из факторов, которые могут свидетельствовать в пользу варианта диспозитивной интерпретации нормы.

Но здесь возникает несколько более сложный вопрос: если законодатель в конкретной норме указывает на то, что иное может вытекать из закона или иных источников права, и при этом одновременно прямо допускает установление иного в договоре, означает ли это, что право сторон оговорить иное ограничивается тогда, когда в развитие этой нормы принято специальное регулирование соответствующего вопроса или сложился обычай делового оборота?

Если законодательная норма одновременно с фразой о праве сторон оговорить иное упоминает также и то, что иное может следовать из обычаев делового оборота, ситуация относительно ясна. Обычай делового оборота не может ограничить договорную свободу. Соответственно если сложившийся обычай противоречит тому, что стороны оговорили в договоре, отойдя от регулирования предписанного данной диспозитивной нормой, то превалирует текст договора. Более сложная ситуация возникает в случае наличия в диспозитивной норме одновременного указания на то, что иное может быть указано в кодексе, законе или ином нормативно-правовом акте. Здесь, думается, все должно зависеть от императивного или диспозитивного характера специальной нормы, если, конечно, такая принята. Если, например, в ст. 316 ГК РФ указывается, что иные правила определения места исполнения обязательств могут вытекать из закона или договора и в отношении какого-то типа договоров принята специальная диспозитивная законодательная норма, конкретизирующая место исполнения обязательства, стороны все равно вправе оговорить иное в своем соглашении. Но допустимо себе представить ситуацию, когда соответствующая специальная норма закона является императивной (в силу прямого в ней указания или ее

природы). Судя по всему, в этом случае предусмотренная в общей норме опция оговорить иное в договоре исключается тогда, когда договор попадает в сферу действия данной специальной нормы.

Размывание дихотомии императивных/диспозитивных норм в судебной практике

Описанная выше картина реализации в отечественном праве дихотомии диспозитивных/императивных норм усложняется, если мы признаем, что суды имеют возможность сужения прямо выраженной императивности нормы или, наоборот, придания императивного значения прямо диспозитивным нормам. А именно это и происходит на практике.

Для начала представим себе обычную императивную норму, вводящую ограничение свободы определения содержания договоров. Это либо прямой законодательный запрет того или иного договорного условия или сделки, либо такой же прямой или имплицитный запрет, сопровождающий некую предписывающую норму, которая устанавливает то или иное соотношение прав и обязанностей сторон договора. В конкретной ситуации может выясниться, что ограничение свободы договора является избыточным и с точки зрения политики права неоправданно лишает силы ряд договорных условий, т.е. имеет место «ошибка первого типа». В такой ситуации суды могут использовать традиционную и широко признанную в праве любой страны интерпретивную методологию – ограничительное телеологическое толкование (телеологическую редукцию). Тем самым сфера действия соответствующей нормы сужается по сравнению с тем, как она подана в самом тексте нормы.

Приведем такой пример. Согласно п. 2 и 5 ст. 426 ГК РФ считается ничтожным условие публичного договора, которое устанавливает различные цены и иные условия для разных категорий потребителей, за исключением случаев, предусмотренных в законах и иных нормативно-правовых актах. Теперь представим себе достаточно распространенную ситуацию, когда та или иная компания в маркетинговых, благотворительных или иных целях объявляет особые ценовые условия для граждан, родившихся в день учреждения компании, молодоженов, детей, студентов, пенсионеров, многодетных родителей или иных категорий граждан. Представим, например, ситуацию, когда авиакомпания объявляет о предоставлении скидки или права бесплатного пролета на своих рейсах тысячному пассажиру или пострадавшим в той или иной катастрофе, а платная школа принимает на бесплатной основе детей, пострадавших во время террористического акта. Современная история зарубежных стран и России знает массу такого рода примеров. При этом очевидно, что далеко не все такие льготы будут предусмотре-

ны в каких-либо отраслевых законах или подзаконных актах. Неужели все такие льготные условия договоров с потребителями должны признаваться ничтожными? Для любого разумного человека ответ очевиден, и он отрицателен. Законодатель, устанавливая запрет на дискриминацию, имел в виду вполне конкретные случаи, когда общественная мораль не может оправдать разницу в договорных условиях (например, когда скидки предоставляются представителям той или иной расы или религии). Но было бы странно предполагать, что разумный законодатель имел в виду ограничить по сути благотворительные или абсолютно безобидные льготы, устанавливаемые коммерческими компаниями в пользу тех или иных категорий потребителей без какого-либо вреда для конституционных и этических ценностей нашей страны. В таких условиях суды вполне компетентны придать норме ограничительное толкование и вывести из-под угрозы ничтожности подобные случаи этически оправданной дифференциации условий договоров с потребителями.

Иначе говоря, в некоторых ситуациях, когда очевидные политико-правовые соображения того требуют, сфера императивности конкретной нормы может быть сужена на уровне судебной практики. Это может как минимум в некоторых случаях разрешить проблему избыточности императивного содержания нормы и избежать «ошибок первого типа», формально не меняя сам закон. Конечно, возможности ограничительной интерпретации закона не безграничны, и многие избыточно императивные нормы невозможно истолковать так, чтобы полностью исключить возможность возникновения «ошибок первого типа».

Но верно и обратное. В принципе некая императивная норма, ограничивающая свободу договора, может быть истолкована расширительно и «покрыть» тем самым те случаи, которые буквальный смысл нормы не покрывает. Априори отвергать такую возможность нельзя.

Дискреция суда по ограничительному или расширительному толкованию императивных норм лишь усиливает то значение, которое судебное политико-правовое усмотрение имеет в сфере ограничений свободы договора. В области ex post контроля, основанного на применении судами таких оценочных критериев, как добросовестность или добрые нравы, это усмотрение в принципе имеет решающее значение. Но, как мы видим, и там, где речь идет о вполне конкретных императивных нормах, роль судебного усмотрения крайне значительна.

Сравнительный анализ «стратегии неопределенности»

У законодателя при установлении регулирования договорных отношений имеется выбор. Он может установить соответствующую запретительную норму, если уверен в политико-правовой оправданности

ограничения свободы договора. Он также может прямо указать в предписывающей норме на право сторон оговорить иное, тем самым недвусмысленно заявив о том, что норма функционально направлена лишь на заполнение пробела в договоре. Но в равной степени законодатель может установить предписывающую норму, диктующую то или иное распределение прав и обязанностей сторон, не уточняя, могут ли стороны исключить ее применение или изменить ее содержание в договоре. Как уже не раз отмечалось, в последнем случае происходит скрытая делегация компетенции по квалификации нормы судам. Мы называем этот подход «стратегией неопределенности». В каких ситуациях эта стратегия оправданна, а в каких – нет?

«Стратегия неопределенности» имеет свои существенные издержки, к которым можно отнести: 1) нестабильность судебной практики и непредсказуемость правового режима как минимум на период до формирования руководящих разъяснений и прецедентов высших судов; 2) потерю времени и средств налогоплательщиков на выбор соответствующей интерпретации судом; 3) возможные просчеты в квалификации, вызванные отсутствием у судов низших инстанций опыта, желания и времени для погружения в анализ политико-правовых вопросов; 4) злоупотребления судебной дискрецией, особенно опасные в условиях не самой эффективной и беспристрастной судебной системы. Эти издержки снижаются благодаря установлению описанных выше презумпций диспозитивности или императивности, но не устраняются в полной мере. Соответственно там, где этих издержек можно было избежать и цель нормы очевидна, разумно использовать и предусматривать четкую квалификацию нормы в самом ее тексте.

Тем не менее в ряде случаев «стратегия неопределенности» может быть оправданна.

Во-первых, чем менее законодателю очевидно, заслуживает ли норма того или иного статуса, тем более оправданна делегация соответствующей функции судам. Если сам законодатель не уверен в том, стоит ли придавать императивный или диспозитивный статус той или иной предписывающей норме, так или иначе распределяющей права и обязанности между контрагентами, то он может оставить вопрос не решенным в тексте закона и делегировать этот вопрос на разрешение судам. В реальности законодатель иногда принимает комплексное регулирование того или иного договора «с нуля», без опоры на накопленную за десятилетия судебную практику, а иногда и без ясного знания практики совершения соответствующих трансакций. Это очень характерно для стран «догоняющего развития», пытающихся создавать формальные законодательные институты для стимуляции возникновения и развития соответствующих экономических отношений и не имеющих вре-

мени на ожидание эволюционного формирования необходимых правовых режимов на уровне судебной практики. Так, в частности, писались многие специальные нормы Особенной части ГК РФ о таких договорах, как факторинг, франчайзинг, лизинг и т.п. В таких условиях неуверенность законодателя вполне понятна. Осознавая ее, он пытается «перестраховаться», не только указывая в норме, устанавливающей наиболее разумное и справедливое, на его взгляд, правило, «отменительные условия» в духе ссылки на существо правоотношений, но и просто оставляя умышленный законодательный пробел в отношении вопроса о природе нормы. Думается, в ряде случаев такая реакция может быть более оправданной, чем самонадеянные попытки дать исчерпывающие ответы на все вопросы в самом тексте закона.

Во-вторых, следует принимать во внимание социально-экономическую динамику. Чем быстрее и динамичнее меняются социально-экономический контекст и условия бизнеса, в которых соответствующая сделка обычно заключается, тем больше вероятности, что жестко зафиксированная квалификация нормы быстро устареет и придет в противоречие с потребностями оборота или иными утилитарными и этическими соображениями. Соответственно иногда «стратегия неопределенности» может быть оправдана желанием придать регулированию бóльшую гибкость. В одном периоде суды могут квалифицировать норму в качестве императивной, осознавая те или иные риски, связанные с реализацией свободы договора, но в другом периоде эти опасения могут потерять актуальность, и суды изменят свой подход. Как учит нас вся история развития частного права континентально-европейских стран, судебная практика намного гибче и мобильнее законодательных реформ и позволяет осуществлять плавную подстройку правового режима под колебания в социально-экономическом и культурном базисе.

В-третьих, решение оставить статус нормы неопределенным может быть вызвано тем, что законодатель осознает невозможность отразить в законодательной норме многочисленные случаи, когда норме стоит быть императивной, и не менее разнообразные контексты, в которых норма должна рассматриваться как диспозитивная. Выше мы уже показали, что современное зарубежное право исходит из того, что одна и та же норма может квалифицироваться по-разному в зависимости от ряда условий, субъектного состава контрагентов, способа согласования иного, конечного бенефициара такой девиации и других факторов. Когда законодатель осознает, что учесть все эти нюансы в самой норме достаточно сложно с точки зрения законодательной техники или по причине сложностей в абстрактных оценках политико-правовой желательности тех или иных дифференциаций в отрыве от конкретных примеров, он может выбрать «стратегию неопределенности» и де-

легировать компетенцию по проведению соответствующих уточнений и разграничений судам.

Оценивая все эти замечания, следует сделать следующий вывод. Как нам представляется, взвешивая все за и против «стратегии неопределенности», следует прийти к выводу о том, что законодателю стоит стремиться четко фиксировать императивность или диспозитивность норм в законе как минимум тогда, когда он уверен в правильности своей оценки, какое-то существенное изменение социально-экономического контекста в ближайшей перспективе не предвидится и не возникает сложностей с определением и дифференциацией сферы применения императивности или диспозитивности нормы. В таких случаях использование «стратегии неопределенности» в российских условиях было бы неоправданной дестабилизацией правового регулирования. Но в тех случаях, когда законодатель не уверен в своей оценке, предвидит колебания в политико-правовом контексте или осознает необходимость проведения серьезного уточнения сферы применения закладываемого в норму заряда императивности или диспозитивности, он может осознанно использовать «стратегию неопределенности» и оставлять предписывающую норму без соответствующих атрибутов императивности или диспозитивности. В последнем случае компетенция по определению природы нормы делегируется судам.

Диспозитивные нормы как альтернатива императивным

Выше, в разделе о политико-правовых основаниях ограничения свободы договора, мы обращали внимание на ряд случаев, когда праву необходимо ограничивать свободу договора из патерналистских соображений, т.е. ограждая контрагентов от возможности совершить ошибку в оценке собственных интересов и установить явно несправедливые или неэффективные договорные условия.

Как мы показали, право большинства стран в ряде случаев осторожно вводит патерналистские ограничения свободы договора. При этом подобные ограничения традиционно выражаются в том числе путем установления на уровне законодательства или судебного правотворчества императивных норм.

Но здесь возникает интересный вопрос: всегда ли императивность является адекватным ответом на необходимость патерналистского ограничения договорной свободы? Ряд современных зарубежных авторов пытаются доказать, что во многих случаях решение этой задачи может быть не связано с введением императивных запретов. Так, например, недавно широкие дискуссии в среде американских юристов вызвала выдвинутая Кассом Санстайном (Sunstein) и Ричардом Тэйлером (Thaler)

теория либертарного патернализма[1]. Согласно данной теории в тех случаях, когда политико-правовое основание ограничения свободы выбора и свободы договора в частности является патерналистским, т.е. не направлено на защиту третьих лиц, государственных и общественных интересов или основ общественной морали, а состоит в защите самих участников оборота от собственных ошибок в оценке эффективности или справедливости собственных решений, государство вместо прямого ограничения автономии воли и введения императивных норм может использовать более мягкую стратегию. Моделировать желательное поведение людей согласно данной теории можно, не запрещая и не предписывая императивно те или иные модели поведения и не ограничивая столь важную для либерального мировоззрения и спонтанного экономического порядка свободу выбора. Такая более мягкая патерналистская регулятивная стратегия может выражаться в создании стимулов, способствующих принятию экономически оправданных решений, как бы подталкивая (nudge) людей к наиболее рациональным с точки зрения их собственных интересов решениям, но не навязывая их. При этом одним их инструментов такого «подталкивания» авторам данной теории видится использование законодателем диспозитивных норм.

Но каким образом диспозитивные нормы могут стимулировать людей избегать ошибочного согласования несправедливых и неэффективных договорных условий, если в силу самой природы таких норм стороны не ограничиваются в праве совершить такую ошибку? Здесь решающую роль в предупреждении ошибок в расчете адекватности договорных условий парадоксальным образом играет ряд когнитивных ошибок и просто особенностей человеческого мышления. Так, например, современные бихевио-экономические исследования человеческого поведения доказали, что люди склонны к переоценке статус-кво (status quo bias или endowment effect). То, что воспринимается субъектом как существующее положение вещей (статус-кво), ценится выше, чем оно того заслуживает, и удерживает людей от попыток отступления от такого положения вещей[2].

Этот эффект связан с особенностями устройства нашей психики. Консерватизм и подозрительность в отношении любой новации в принципе свойственны человеку. Эта осторожность по отношению к невиданному ранее животному, растению, предмету или чужаку была вполне

[1] *Sunstein C.R.*, *Thaler R.H.* Libertarian Paternalism is not an Oxymoron // 70 University of Chicago Law Review. 2003. P. 1159ff. Позднее похожие идеи Касс Санстайн защищал в совместной статье с Кристин Джоллс (*Jolls C.*, *Sunstein C.R.* Debiasing Through Law // 35 Journal of Legal Studies. 2006. P. 199ff).

[2] Подробнее о причинах, которые могут вызывать данный феномен, см.: *Sunstein C.R.* Legal Interference with Private Preferences // 53 University of Chicago Law Review. 1986. P. 1151.

естественной эволюционной стратегией, необходимой для выживания первобытного человека в условиях враждебного и опасного окружения. Как показали современные исследования человеческого поведения, большинство людей не склонны к риску (risk-averse). Соответственно принятие на себя риска перехода от некого проверенного статус-кво к некой новой стратегии будет возможно при крайней степени очевидности нерациональности статус-кво и уверенности в том, что замена улучшит, а не ухудшит ситуацию. Но даже если абсолютно очевидно, что изменение представляет собой улучшение, склонность к сохранению статус-кво может быть выражена достаточно отчетливо.

Это феномен имеет отчасти вполне рациональную основу, будучи объяснен оценкой транзитных издержек, т.е. издержек по переходу к новому, более рациональному состоянию. Так, например, давно доказано, что устоявшаяся «QWERTY» раскладка англоязычной клавиатуры печатных машинок и компьютеров, начинающаяся с букв Q, W, E, R, T и Y, является не оптимальной для набора текста, и принятие более совершенного варианта, продуманного с учетом частоты использования различных букв и расположения пальцев рук, удваивает скорость набора и в два раза сокращает мышечные усилия для набора одного и того же текста. Но вопреки всему мы до сих пор продолжаем использовать старую, несовершенную раскладку, так как издержки переучивания, связанные с укорененностью сложившейся традиции и необходимостью преодолевать силу привычки сотен миллионов людей, превышают преимущества от принятия новой, более совершенной раскладки (так называемый эффект QWERTY)[1].

Преодоление эффекта статус-кво, безусловно, происходит. Иначе бы человечество не развивалось. Но это происходит гораздо медленнее, чем можно себе представить.

Именно в силу эффекта статус-кво фактически от многих норм, которые носят диспозитивный характер, стороны при заключении договора не склонны уклоняться. Те права, которые такие нормы предоставляют сторонам сделки, зачастую воспринимаются людьми как своего рода статус-кво, отступление от которого требует неких сверхусилий. Диспозитивные нормы, установленные законом или судебной практикой высших судов, априори воспринимаются как отражение некого баланса интересов сторон. Соответственно отступление от этих правил является в некоторой степени аномалией. По сути диспозитивные нормы формируют некую презумпцию рационального регулирования и стандартное решение проблем, возникающих в рамках договорных право-

[1] См.: *Самуэльсон П.Э.*, *Нордхаус В.Д.* Экономика. 18-е изд. М., 2010. С. 241; *Даймонд Д.* Ружья, микробы и сталь: история человеческих сообществ. М., 2010. С. 313.

отношений. С точки зрения переговорной стратегии попытки предложить условия, отличающиеся от тех, что закреплены в диспозитивных нормах, могут восприниматься как подозрительные и требующие серьезной аргументации, что увеличивает трансакционные издержки. Соответственно там, где цена вопроса не является очень высокой, стороны чаще всего воздержатся от попыток обойти диспозитивно предписанное правило путем согласования иного в договоре. Априорная сила этой презумпции такова, что зачастую даже тогда, когда конкретная диспозитивная норма устанавливает явно неразумное правило, контрагенты будут согласовывать иное регулирование в договоре намного реже, чем мы того ожидаем на основе предположения о сугубо рациональном поведении.

Осознавая тот серьезный регулятивный потенциал, который имеет диспозитивное регулирование, создающее статус-кво и моделирующее условия обмена в большинстве случаев, законодатель может вместо установления императивных норм использовать именно диспозитивное регулирование. В этом регулировании ему следует отражать наиболее экономически эффективное и справедливое с учетом баланса интересов сторон распределение прав и обязанностей. В результате большинство контрагентов подчинятся этому оптимуму даже независимо от содержания нормы, а просто в силу ее «статус-кво эффекта», отступая от предписанного правила только тогда, когда для этого будут весомые резоны[1].

В качестве примера реализации «эффекта статус-кво» в нашем праве можно привести норму п. 5 ст. 488 ГК РФ, которая предусматривает, что в отсутствие соглашения об ином товар, проданный покупателю в кредит, до момента его оплаты считается находящимся в залоге у продавца. Несоответствие данной нормы тому, что обычно имеют в виду контрагенты при заключении договора купли-продажи с отсрочкой платежа, достаточно очевидно. В подавляющем числе случаев стороны договора купли-продажи отнюдь не думают запрещать покупателю распоряжаться приобретенным имуществом до момента оплаты, который может быть с учетом возможного условия о рассрочке платежа отодвинут на достаточно далекую перспективу. Согласно п. 2 ст. 346 ГК залогодатель не вправе отчуждать предмет залога без согласия залогодержателя. Соответственно получается, что покупатель, купивший с условием об отсрочке или рассрочке платежа, например, акции, нефть, стройматериалы, чайник или телевизор, не вправе распоряжаться приобретенным товаром или потреблять его без согласия продавца. Думается, что

[1] В России на данную проблему, давно обсуждаемую в американском праве, было обращено внимание недавно. См.: *Архипов Д.* О понятии de facto «императивных» норм // Хозяйство и право. 2008. № 2. С. 112–115.

данная диспозитивная норма противоречит всей логике заключения договоров купли-продажи потребляемых и целого ряда иных товаров в кредит (или в рассрочку) и наиболее распространенному пониманию сторонами таких сделок своих интересов.

Поэтому можно было бы ожидать, что в соответствии с теорией рационального выбора контрагенты будут активно исключать применение нормы п. 4 ст. 488 ГК РФ, пользуясь ее диспозитивностью. В то же время, по нашим наблюдениям, это происходит достаточно редко. Здесь, конечно, трудно четко определить, насколько такую пассивность можно атрибутировать банальной юридической неграмотности покупателя, а насколько – «эффекту статус-кво». Тем не менее очевидно, что определенная роль последнего в описанной ситуации имеется. Даже если покупатель осознает неадекватность данной диспозитивной нормы своим интересам, он может ожидать, что его попытка предложить продавцу при заключении договора исключить ее применение, может сподвигнуть продавца заявить о том, что в обмен на утрату предоставленного законом обеспечения в виде автоматического залога проданного товара он требует некого другого обеспечения или повышения цены. Эти стратегические соображения могут вынудить покупателя не ставить данный вопрос на переговорах, оптимистично понадеявшись на то, что никто всерьез к нарушению им своей обязанности согласовывать с продавцом потребление или отчуждение купленного товара третьим лицам относиться не будет.

В вышеприведенном примере мы имели диспозитивную норму закона с неудачным содержанием и увидели, что зачастую даже такая норма не провоцирует формирование устойчивой и широкой практики по согласованию сторонами иного. Этот эффект тем более очевиден, когда диспозитивная норма выглядит достаточно сбалансированно и отражает тот результат, к которому пришли бы разумные и добросовестные участники оборота сами, будь у них возможность всерьез подумать на этот счет. В американской правовой науке такие диспозитивные нормы, имитирующие то, что в большинстве случаев согласовали бы разумные контрагенты, называются «мажоритарными» (majoritarian default) и часто отличаются от диспозитивных норм[1], которые нацелены на стимулирование сторон к раскрытию той или иной информации при заключении договора (information-forcing defaults)[2], и других типов дис-

[1] О понятии стимулирующих диспозитивных норм см.: *Ayres I.*, *Gertner R.* Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economics Theory of Default Rules // 99 Yale Law Journal. 1989. P. 95ff.

[2] Например, диспозитивная норма о том, что нарушитель договора будет отвечать только за те убытки, которые могли быть им предвидимы при заключении договора (доктрина предвидимости убытков), направлена в том числе на то, чтобы стимулировать сто-

позитивных норм[1]. Если диспозитивная норма носит мажоритарный характер и отражает разумный баланс интересов сторон в наиболее типичных случаях, отступление от такой нормы согласно стратегии регулятивной диспозитивности будет крайне редким, а норма приобретет де-факто императивный статус.

Использование этого феномена и позволяет, на взгляд сторонников либертарного патернализма, во многих случаях положиться на диспозитивные нормы, при желании склонить контрагентов к использованию неких условий, не прибегая к жестким ограничениям столь ценной свободы выбора. При такой регулятивной стратегии индивиды остаются свободными причинять себе вред, отступая от диспозитивного оптимума, если им того пожелается, или установить иное регулирование, которое, возможно, окажется более эффективным и разумным в силу специфики конкретных обстоятельств[2]. Но в большинстве случаев это диспозитивное и условно оптимальное регулирование окажется применимым в силу отсутствия соглашения об ином. В итоге государство будет более мягко моделировать поведение участников оборота, не вставая на путь тотального патернализма и жесткого ограничения свободы контрагентов. Тем самым предлагается некий третий путь – компромисс между патерналистским ограничением свободы и абсолютным либертарианством[3].

Данная теория конечно же не претендует на формирование некой единственной верной модели государственного регулирования. Понят-

роны при заключении договора раскрывать информацию о возможных для них последствиях нарушения договора и рисках. Раскрытие этой информации, по мнению ряда американских авторов, может позволить сторонам принимать верные и экономически эффективные решения о проявлении адекватной степени внимательности и усилий при исполнении договора и согласовывать цену, учитывающую соответствующие риски и усилия (подробнее см.: *Bebchuk L.A.*, *Shavell S.* Reconsidering Contractual Liability and the Incentive to Reveal Information // 51 Stanford Law Review. 1998–1999. C. 1615ff; *Bebchuk L.A.*, *Shavell S.* Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of Hadley v. Baxendale // 7 Journal of Law and Economics and Organization. 1991. C. 284ff; *Johnston J.S.* Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules // 100 Yale Law Journal. 1990–1991. C. 615ff; *Epstein R.A.* Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract // 18 Journal of Legal Stud. 1989. C. 105ff; *Adler B.E.* The Questionable Ascent of Hadley v. Baxendale //51 Stanford Law Review. 1999. P. 1547ff и др.).

[1] Одну из предлагаемых классификаций диспозитивных норм по их функциональной направленности см.: *Schwartz A.* The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law // 3 Southern California Interdisciplinary Law Journal. 1993–1994. P. 390, 391.

[2] Детальное и популярное описание применимости концепции либерального патернализма см.: *Thaler R.H.*, *Sunstein C.R.* Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness. 2008.

[3] Близкую к вышеописанной теорию защищает в одной из недавних статей Рассел Коробкин (Korobkin) в своей теории «либерального велфаризма». См.: *Korobkin R.* Libertarian Welfarism (доступно в Интернете на сайте: www.ssrn.com).

но, что во многих случаях от государства как регулятора требуется гораздо более жесткое вмешательство и установление четких и однозначных императивных запретов. Это признают авторы данной стратегии. Так, Санстайн и Тэйлер пишут, что в ряде случаев требуется прямое ограничение свободы выбора и правотворческая стратегия диспозитивного «подталкивания» выступает в качестве своего рода опровержимой презумпции[1]. Но нельзя не увидеть, что в ряде случаев, когда императивность явно избыточна, а полная свобода выбора опасна для самих участников сделки, мы не должны забывать о значительных регулятивных возможностях диспозитивных норм. Если законодатель видит некоторую умеренную степень политико-правовой нежелательности того или иного условия договора, он может вместо его прямого запрета просто установить «мажоритарную» диспозитивную норму, рассчитывая на то, что в большинстве случаев именно эта норма и окажется действующей в силу «эффекта статус-кво».

В этом случае государство не навязывает контрагентам условия обмена, но путем установления диспозитивных норм «подсказывает» самое оптимальное его регулирование. Отступление от этого рекомендуемого режима возможно, но требует прямого согласования сторонами иных условий, а это в свою очередь будет стимулировать стороны думать и обсуждать соответствующее решение и в итоге должно подтолкнуть их отходить от действующего «по определению» режима именно в тех случаях, когда с учетом конкретной специфики ситуации иное решение, возможно, является лучшим.

Мы в целом считаем данную регулятивную стратегию крайне полезной, а диспозитивное моделирование норм – приоритетным методом законотворчества в сфере договорного права. Но здесь, правда, следует сделать одно важное уточнение. Диспозитивное «подталкивание» людей к принятию экономически оправданных, справедливых и в целом с политико-правовой точки зрения адекватных условий договора менее уместно, когда речь идет о монополизированных рынках или ином значительном различии в переговорных возможностях контрагентов (например, в сделках с потребителями). Здесь эффект статус-кво может отсутствовать в силу того, что «сильные» контрагенты могут легко включить в свои стандартные договоры условия, выгодные для себя и отступающие от диспозитивных норм. Соответственно в этих сферах более адекватным будет являться императивный метод стимулирования к экономически оправданным и справедливым условиям контрактов. Например, если законодательство установит регулирование под-

[1] *Sunstein C.R., Thaler R.H.* Libertarian Paternalism is not an Oxymoron // 70 University of Chicago Law Review. 2003. P. 1200, 2001.

судности споров в виде диспозитивных норм и тем самым даст банкам возможность установления договорной подсудности споров или третейской оговорки в договорах потребительского кредитования, ничто не мешает банкам повсеместно включать в свои контракты такие условия. При этом банки могут не бояться потерять ту или иную долю клиентов. Как мы уже писали, устройство человеческой психики и особенности мышления среднестатистического потребителя в частности приводят к устойчивой недооценке рисков, возможность наступления которых является отдаленной. Мало кто из заемщиков, заключая кредитный договор, способен адекватно просчитать риски очутиться в просрочке либо столкнуться с нарушением договора со стороны банка и в итоге оказаться в суде. В результате они могут, нисколько не сомневаясь, принять предложенную им в стандартной проформе кредитного договора оговорку о подсудности или третейскую оговорку. При этом заемщик вряд ли бы согласился на такого рода условие, если бы точно знал, что дело дойдет до судебного спора. Иначе говоря, его оценка приемлемости контрактных условий не принимала в расчет риск неблагоприятного развития событий.

В этом примере, если бы речь шла о крупном коммерческом заемщике, привлекающем, скажем, проектное финансирование, у законодателя не было бы особых оснований исправлять подобные проявления нерациональности. Соответствующие, возможно, не самые приятные для такого заемщика последствия, вытекающие из этих оговорок, являются ценой его собственного волеизъявления, которую он должен в полной мере заплатить, чтобы впоследствии проявлять большую внимательность. Поэтому диспозитивность законодательных норм о подсудности, допускающая ее изменение или установление третейской оговорки, выглядит здесь вполне уместно. Но в случаях с потребителями такая мягкая регулятивная стратегия не вполне адекватна. Потребитель обладает более низкими переговорными возможностями: как правило, по сравнению с крупным коммерческим заемщиком его реальные возможности влиять на содержание предлагаемых ему контрактных проформ практически равны нулю. Кроме того, по сравнению с крупным коммерческим заемщиком иррациональность потребителя значительно более извинительна.

Нелишне также напомнить, что стратегия либертарного патернализма, подразумевающая использование «мажоритарных» диспозитивных норм вместо жестких императивных ограничений, абсолютно неприемлема там, где ущемление свободы договора предопределено не патерналистскими соображениями, а необходимостью защиты интересов третьих лиц, экономики и общества в целом, а также основ общественной нравственности и правопорядка. В подобных случаях использова-

ние мягкого «подталкивания» контрагентов к желательным параметрам договорных правоотношений неуместно.

Соответственно диспозитивные нормы действительно могут во многих ситуациях выступать в качестве своего рода альтернативы императивному регулированию, но в случаях умеренного уровня политико-правовой нежелательности соответствующих договорных условий, отсутствия явного несоответствия переговорных возможностей и исключительно тогда, когда речь идет о патернализме как основании для ограничения свободы договора.

§ 7. Последствия нарушения договором императивных норм

Следует более детально рассмотреть вопрос о последствиях противоречия договора императивным нормам, регулирующим права и обязанности сторон договора. Как уже отмечалось, результатом противоречия содержания договора таким императивным нормам должна являться недействительность договора в качестве общего правила или иная санкция в качестве исключения. Иначе отпадает какой-либо смысл признавать соответствующую норму императивной.

В действующей редакции ГК РФ говорится о том, что сделка, противоречащая закону, будет являться ничтожной полностью или в части соответствующего незаконного условия (в частности, ст. 168, 180 ГК), если иные последствия не предусмотрены в законе. Так, закон может указывать на то, что противоречие договора тем или иным императивным нормам будет влечь оспоримость договора (например, заключение сделки с заинтересованностью без соблюдения необходимых в силу закона процедур согласования) или его незаключенность (например, отсутствие в договоре обязательных в силу закона существенных условий).

Здесь следует напомнить, что, как выше было отмечено, было бы логичнее в ст. 168 ГК указать на то, что иные последствия нарушения закона могут возникать не только тогда, когда это прямо предусмотрено в самом законе, но и тогда, когда это недвусмысленно вытекает из его смысла (подразумевается). Так, например, согласно ст. 134 Германского гражданского уложения при нарушении условиями договора законодательного запрета из закона может следовать не ничтожность, а иное последствие (например, публично-правовой штраф). Как отмечается в литературе, здесь действует презумпция ничтожности, которая может быть в конкретных ситуациях с учетом целей законодательного регулирования и других факторов быть опровергнута судом в пользу иных последствий[1]. По мнению немецких ученых, именно судебной практике

[1] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. C. 701.

в Германии предоставлено право определять, будут ли влечь нарушение того или иного законодательного запрета именно недействительность сделки или какие-то иные последствия[1]. При этом немецкие суды, толкуя соответствующий запрет, принимают во внимание текстуальное выражение нормы (текстуальный фактор), положение нормы в системе правового регулирования и ее соотношение с другими нормами (системный фактор), волю исторического законодателя (исторический фактор) и, наконец, объективную цель данной нормы (телеологический фактор)[2].

Сейчас аналогичная тенденция по предоставлению судам широкой компетенции по определению последствий недействительной сделки, противоречащей императивной норме закона, в случаях, когда такие последствия прямо ею не предписаны, становится доминирующей в европейском праве (праве Германии, Австрии, Италии, Голландии, Франции и многих других стран) и поддерживается на уровне актов унификации европейского договорного права. Европейские суды при выборе последствия противоречия содержания сделки императивным нормам закона принимают в расчет соображения о цели законодательной нормы, о том, ради защиты интересов кого норма принималась, о наличии в позитивном праве некой иной санкции за нарушение этой нормы, о серьезности или умышленности нарушения и другие факторы. При этом общей опровержимой презумпцией, как правило, считается именно ничтожность[3].

Не погружаясь здесь в детали, следует отметить, что именно такой подход мы считаем наиболее сбалансированным и гибким. Ничтожность договора не может быть единственным и универсальным последствием всех случаев нарушения условиями договора императивных норм закона. И отнюдь не обязательно, чтобы исключения из правила о ничтожности противозаконной сделки устанавливались в самом законе. Когда речь идет об императивных нормах, непосредственно регулирующих содержание договоров, видимо, ничтожность или оспоримость действительно является неизбежным результатом. Трудно представить себе случаи, когда договор, противоречащий императивным нормам гражданско-правового происхождения, может считаться в этой части действительным и заключенным.

[1] См.: *Шапп Я.* Система германского гражданского права. М., 2006. С. 280, 281; *Markesinis B., Unberath H., Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-d ed. 2006. С. 242, 243.

[2] *Markesinis B., Unberath H., Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-d ed. 2006. С. 243.

[3] Подробный обзор см.: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition / Ed. by von Bar C. and E. Clive. 2009. P. 538–547.

Но следует вспомнить, что императивные нормы, ограничивающие свободу договора, могут вводиться не только гражданским законодательством. В частности, целый ряд императивных ограничений свободы договора вытекает из законодательства о торговле или антимонопольного законодательства, предусматривая за их нарушение публично-правовую ответственность. При этом в целом ряде подобных случаев политика права и здравый смысл указывают на избыточность признания сделки недействительной и достаточность применения соответствующей публично-правовой ответственности. Так, например, в вышеприведенном примере нарушения запрета на торговлю алкоголем в ночное время право должно допускать сохранение самой сделки в силе. Главное, чтобы мы не допускали существования обязательных законодательных норм, за нарушение которых не предусмотрено абсолютно никакой санкции – ни недействительности договора, ни некой публично-правовой ответственности[1].

В этой связи было бы разумно, если бы норма ст. 168 ГК РФ была несколько гибче и устанавливала, что иные, не связанные с недействительностью сделки, последствия нарушения императивных норм могут вытекать не только из прямого указания в законе, но и из существа правоотношений (т.е. очевидных политико-правовых соображений).

Но здесь возникает и другой вопрос: какой режим недействительности должен применяться при противоречии условий договора закону, если иные последствия (не связанные с недействительностью) очевидно не вытекают из соображений политики права? Думается, что в качестве общего правила, как это и предусмотрено в действующем ГК РФ (ст. 168), таким последствием должна являться ничтожность сделки. Оспоримость может являться последствием противозаконной сделки только в случаях, прямо указанных в законе или вытекающих из существа правоотношений.

Как уже отмечалось, в опубликованном в 2011 г. проекте реформирования ГК РФ[2] был предложен несколько более радикальный подход. По сути ничтожность рекомендовалось признавать последствием заключения противозаконной сделки только в тех случаях, когда в самой императивной норме указывается на недействительность соглашения или императивная норма установлена в целях защиты публичных интересов и интересов третьих лиц. В остальных случаях должен применяться режим оспоримости, предполагающий необходимость подачи заинтересованным лицом иска и соблюдения годичного срока исковой давности.

[1] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. С. 698–700.

[2] www.arbitr.ru

Как следует отнестись к этим предложениям? Думается, что отрицательно. Помимо того что, как уже отмечалось, сужение сферы применения режима ничтожности за счет применения режима оспоримости вряд ли существенно расширит сферу договорной свободы, сама эта попытка столь прямой дифференциации режимов противозаконных сделок в зависимости от целей введения соответствующих императивных норм не является логически выверенной и адекватной с политико-правовой точки зрения.

Предлагаемая редакция ст. 168 ГК РФ приведет к тому, что в одночасье соглашения, которые противоречат большому числу императивных норм законодательства, введенных не во имя защиты публичных интересов или интересов третьих лиц, а ради защиты слабой стороны договора и справедливости его условий, оказываются действительными до тех пор, пока не будут успешно оспорены в суде. Получается, что такое решение возлагает на слабую сторону договора бремя возбуждения судебного процесса и необходимость уложиться в годичный срок исковой давности.

При реализации предлагаемого авторами проекта ст. 168 ГК РФ подхода слабой стороне договора достаточно пропустить срок давности, чтобы потерять какие-либо шансы на оспаривание любых драконовских договорных условий. При этом, как уже отмечалось в первом томе книги, сама функция патерналистского контроля справедливости договорных условий основывается во многом на том, что лицо зачастую не в состоянии оценить свои долгосрочные интересы и отложенные на будущее риски. Введение необходимости подачи искового заявления в условиях короткого срока исковой давности лишает слабую сторону какой-либо эффективной защиты от несправедливых договорных условий.

Большинство норм российского законодательства, обоснованно являющихся сейчас императивными, введено не в целях защиты публичных интересов или интересов третьих лиц, а в целях патерналистской защиты слабой стороны договора и противостояния несправедливости договорных условий в целом. При этом сейчас все такие условия считаются в силу ст. 168 ГК РФ ничтожными как противоречащие соответствующим императивным нормам. При реализации предлагаемой реформы сильная сторона сможет безболезненно для себя включать в договоры со своими контрагентами любые явно незаконные условия и вполне обоснованно надеяться на то, что, если контрагент в течение года после заключения договора не догадается подать иск об оспаривании данного условия, его уже нельзя будет оспорить.

Анализ зарубежного опыта показывает, что, как правило, защита слабой стороны договора от несправедливых договорных условий путем установления императивных ограничений свободы договора пред-

полагает, как правило, именно ничтожность противоречащих закону условий, а не возможность их оспаривания в условиях ограниченного срока давности.

Ближайший аналог предлагаемой новелле можно встретить в немногих странах. Одной из таких стран является Голландия. Согласно ст. 3:40 ГК Нидерландов незаконная сделка ничтожна, но сделка, противоречащая императивной норме, направленной на защиту интересов лишь одной из сторон двусторонней или многосторонней сделки, является оспоримой. Возможно, именно данная норма стала «источником вдохновения» для разработчиков данного предложения проекта ст. 168 ГК РФ. Если это так, то есть основания считать, что при рецепции этой идеи были не учтены две важнейшие особенности голландского режима недействительности сделок. Во-первых, согласно ст. 3:49–3:50 ГК Голландии оспаривание оспоримой сделки может осуществляться как путем подачи иска, так и путем одностороннего заявления по выбору заинтересованной стороны. Соответственно голландское право не требует соблюдения судебной процедуры оспаривания. Во-вторых, согласно ст. 3:52 ГК Голландии срок на судебное или внесудебное оспаривание незаконного договора составляет три года начиная с момента, когда возникла возможность для оспаривания сделки.

В условиях, когда российский ГК предполагает только судебный вариант оспаривания оспоримой сделки и вводит достаточно короткий срок исковой давности, такая рецепция некорректна и приводит к значительному и ничем не оправданному ущемлению интересов слабой стороны договора.

Конечно же суды в случае введения законодателем столь «странной» редакции ст. 168 ГК РФ рано или поздно найдут такие приемы интерпретации, которые отчасти сгладят острые углы. Например, они могут интерпретировать момент начала течения срока исковой давности не как момент заключения договора, а как момент, когда несправедливое условие было реализовано[1]. Но необходимость такого рода ухищрений лишь подчеркивает неудачность самой идеи. Кроме того, никакие манипуляции с моментом начала течения срока давности не отменят необходимости подачи стороной, против которой направлено некое несправедливое и незаконное условие, искового заявления о его оспа-

[1] Норма п. 2 ст. 181 ГК РФ фиксирует, что срок исковой давности при оспаривании сделки начинает течь с момента, когда лицо узнало или должно было узнать об обстоятельствах, являющихся основанием для признания сделки недействительной. При буквальном прочтении этой нормы такой датой является момент заключения договора, когда контрагент узнал о включении в договор незаконного условия. Но творческое телеологическое толкование закона может теоретически привести и к иному результату, хотя бы отчасти восстановив тем самым здравый смысл.

ривании, что для многих участников договорных правоотношений (например, граждан) будет зачастую непосильной задачей.

Все это убеждает нас в изначальной порочности идеи об ограничении ничтожности как основного последствия противоречия договора императивным нормам закона. Именно ничтожность противозаконной сделки в целом или в части должна являться базовым последствием нарушения императивных норм закона. Оспоримость может выводиться в качестве такого последствия лишь тогда, когда на это указано в законе или такое последствие вытекает из природы правоотношения.

Глава 2. Свобода заключения непоименованных договоров и применение к ним императивных норм

§ 1. История развития доктрины непоименованных договоров

Развитие института непоименованных договоров в римском праве

Долгое время ключевым барьером на пути реализации принципа свободы договора были даже не столько законодательные или прецедентные императивные нормы, ограничивающие право сторон на согласование тех или иных условий договора, сколько непризнание юридической силы договоров, прямо не урегулированных в позитивном праве, а также консенсуальной модели договора в принципе.

Универсальной концепции двустороннего договора, порождающего любые обязательства сторон одним лишь соединением воль контрагентов, в классическом римском праве не было[1]. Римские юристы, которым претили абстрактное мышление и доктринальная систематизация, были склонны искать справедливые решения конкретных жизненных проблем. В этой связи неудивительно, что они мыслили лишь в категориях отдельных договорных типов и не имели структурированную систему общей части договорного права[2]. Строгая типизация признаваемых судами контрактов оставляла без исковой защиты нетипичные соглашения, содержание которых отклонялось от признанных правовой системой договорных конструкций[3].

[1] См.: *Франчози Дж.* Институционный курс римского права. М., 2004. С. 363; *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 126.

[2] См.: *Watson A.* The Spirit of Roman Law. University of Georgia Press. 1995. P. 169; *Gordley J., Von Mehren A.* An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings. Cases. Materials. Cambridge, 2006. P. 413; *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 30–32; *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 126.

[3] *Дождев Д.В.* Римское частное право: Учебник. М., 2005. С. 538.

Чтобы понять сложившуюся в римском праве ситуацию, надо вспомнить о том, какую колоссальную роль на ранних этапах развития права играют формализм и символизм. Идея о том, что обязательство должно исполняться, была тесно увязана с ритуалами священных клятв, приносимых богам и гарантирующих исполнение обещания[1]. В условиях, когда отсутствовала эффективная судебная система, обеспечение исполнения обязательств и сдерживание оппортунистического поведения осуществлялись посредством апелляции к сверхчеловеческому. В то же время по самой своей сути древние религиозные культы предполагали демонстративность и формализованность ритуала. Поэтому у римлян, как и у многих других народов, на раннем этапе развития права возникновение имеющих судебную защиту обязательств, а также некоторые иные юридические сделки были тесно связаны с выполнением определенных символических формальностей (например, манципация для передачи титула)[2]. Нарушение данных формальных требований часто фатальным образом отражалось на юридической силе таких актов[3]. Предписанная правом форма, таким образом, носила в некотором смысле правопорождающий характер, и ее соблюдение являлось необходимым и достаточным основанием возникновения обязательства[4]. Как отмечал И.А. Покровский, «строгий формализм был колыбелью первых контрактов: форма обеспечивала хрупкому для того времени содержанию договора юридическое существование»[5].

В этих условиях неудивительно, что классическое римское право признавало строго ограниченный перечень способов конституировать юридические действительные и признаваемые судами обязательства. Для этого считалось необходимым либо зафиксировать возникновение обязательства в письменном документе определенной формы (литеральный контракт)[6], либо совершить акт передачи другой стороне

[1] См.: *Кофанов Л.Л.* Сакральная клятва как гарантия частных и публичных контрактов // Право в средневековом мире. СПб., 2011. С. 5–16; *Он же*. Обязательственное право в архаическом Риме. М., 1994. С. 63–65.

[2] Взаимосвязь между формализмом в праве и формализмом в религии отмечают многие исследователи, описывающие формальность в качестве средства сообщения соответствующим нормативным системам дополнительного авторитета в глазах обычных людей (см.: *Brissaud J.* History of French Private Law. Boston, 1912. P. 473).

[3] *Maine H.S.* Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas. London, 1920. P. 326.

[4] См.: *Finnis J.* in The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law / Ed. J. Coleman and S. Shapiro. Oxford University Press, 2002. P. 47.

[5] *Покровский И.А.* История римского права. М., 1999. С. 297.

[6] Литеральные контракты представляли собой соглашения, обязательства из которых возникали в силу совершения определенной записи (contractus litteralis), например, в приходно-расходную книгу кредитора. Важно подчеркнуть, что для данного типа до-

вещи (реальный контракт)[1], либо произнести строго определенную словесную формулу (вербальный договор). Наиболее распространенной формой вербальных договоров являлась стипуляция (stipulatio). Стипуляцией называлась устная двусторонняя сделка, оформляющая одностороннее обязательственное правоотношение. Она заключалась посредством задаваемого будущим кредитором вопроса о готовности должника осуществить то или иное исполнение и получения утвердительного ответа должника[2]. Стипуляция представляла собой своего рода договор «на все случаи жизни», посредством которого можно было признать имеющим судебную защиту практически любое обещание[3]. Единственным ограничением такой свободы были положения публичного права (jus publicum), которые не могли быть изменены частными соглашениями[4].

Но эти формы не могли удовлетворить развивающийся оборот, который требовал признания юридической силы договоров в силу одного лишь факта достижения соглашения. Далеко не всегда вариант возникновения обязательств из факта передачи вещи устраивал стороны, да и далеко не все сделки были посвящены передаче имущества. Внесение записи в некий реестр кредитора или оформление некого письменного документа для многих видов сделок было также не вполне удобно. Стипуляция же, будучи устной формой договора, предполагала необходимость присутствия обоих контрагентов при заключении договора, исключая тем самым возможность его совершения между отсутствующими[5]. Кроме того, стипуляция представляла собой оболочку для односторонних, абстрактных обязательств и не вполне была приспособлена оформлять наиболее типичные для оборота сложные, многокомпонентные и взаимообусловленные обязательства в рамках двусторонних соглашений. Оформление серии самостоятельных взаимных стипуляций (в том числе с указанием в стипуляции одной из сторон исполнения

говоров особый письменный учет сделок служил не доказательством состоявшегося соглашения, а именно его основанием (causa civiles).

[1] Реальные контракты помимо достижения соглашения между сторонами требовали еще и передачи вещи (re). К таким договорам относились, в частности, заем (mutuum), ссуда (commodatum), хранение (depositum), залог с передачей владения залогодержателю (pignus).

[2] Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 2000. С. 367.

[3] The Enforceability of Promises in European Contract Law / Ed. J. Gordley. Cambridge University Press. 2004. P. 2.

[4] Ius publicum quod pactis privatorum mutari non potest (публичное право не может быть изменено соглашениями частных лиц). D. II. 14.38.

[5] Ульпиан отмечал, что стипуляция не может быть совершена между отсутствующими лицами, «так как стороны должны слышать друг друга» (D. 45.1.1. pr.). Также см.: *Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 113.

другой стороной своей стипуляции в качестве отлагательного условия), конечно, могло отчасти сглаживать остроту проблемы оформления двусторонних договоров[1]. Но в отсутствие ясной доктрины универсального консенсуального договора и синаллагматической связи между взаимными обязательствами структурирование сложных и нетипичных договорных отношений становилось все более неудобным.

Признание юридической силы договора в силу одного лишь достижения согласия сторон по его условиям требовало разрыва с формализмом в праве и означало придание судебной защиты неформализованным обещаниям. В этой связи одной из величайших заслуг римских юристов явилась готовность обеспечить исковой защитой договоры, в основе которых лежало соглашение, не сопровождаемое дополнительными формальностями (консенсуальный договор).

В то же время классическое римское право допускало заключение на основе одного лишь согласия обоих сторон только четырех видов договоров: купли-продажи (emptio-venditio), найма (locatio–conductio), поручения (mandatum) и товарищества (societas)[2]. Если заключенный договор не был оформлен как литеральный, вербальный или реальный и при этом не относился к одному из четырех поименованных видов консенсуальных договоров (например, представлял собой обмен товарами), он считался «голым пактом», и его юридическая сила не признавалась. Классическое римское право исходило из того, что «голый пакт» не дает право на иск («ex nudo pacto non oritur actio»)[3].

Таким образом, в классическом римском праве, если стороны хотели оформить то, что сейчас повсеместно признается архетипом договора (двустороннее соглашение, порождающее обязательства на будущее), они были ограничены четырьмя поименованными договорными моделями. Непоименованные консенсуальные договоры юридической силы не имели. Так возник своего рода numerus clausus признаваемых в римском праве консенсуальных договорных типов.

Если бы Рим продолжал жить сравнительно несложной экономической жизнью небольшой аграрной республики, возможно, изменения данной ситуации не потребовалось бы[4]. Но уже в эпоху принципата хозяйственная жизнь Рима стала достаточно развитой и сложной. В торговле и деловой жизни разных слоев населения изо дня в день складывались самые разнообразные отношения, из которых многие никак не укладывались в тесные рамки признаваемых позитивным пра-

[1] *Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 111, 112, 115.

[2] *Франчози Дж.* Институционный курс римского права. М., 2004. С. 378.

[3] Если быть совсем точным, то соответствующая формула звучала следующим образом: ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur (D. 2.14.7.4).

[4] *Гредингер М.* Опыт исследования безымянных договоров. Рига, 1893. С. 22, 23.

вом контрактов[1]. Стипуляция некоторое время могла заполнять пробелы в системе поименованных консенсуальных договоров[2], но, судя по дальнейшей истории, удовлетворить оборот это состояние догматики права не могло.

В итоге на закате Римской империи началось постепенное признание соглашений, не оформленных ни в виде литеральных, вербальных или реальных сделок, ни в форме поименованных консенсуальных договоров. Это в конце концов создало почву для формирования уже в средневековом праве современного универсального понятия договора как такового.

Непридание непоименованным консенсуальным договорам исковой защиты было особенно этически нетерпимо и странно с точки зрения здравого смысла в тех случаях, когда один из контрагентов уже произвел исполнение со своей стороны в расчете на исполнение встречного обещания другой стороной. В ответ на это исполнившей стороне в таких случаях еще в республиканский период стало предоставляться право на кондикционный иск об истребовании обратно того, что было передано другой стороне. Но такой иск лишь подтверждал отсутствие договора[3]. Дальнейшее развитие права в начале императорского периода привело к тому, что «под напором требований хозяйственной жизни»[4] исполнившая свое обязательство сторона непоименованного неформального договора получала еще и право на иск о понуждении другой стороны к исполнению обязательства (т.е. договорный иск – actio praescriptis verbis)[5]. В итоге у такой стороны возник выбор: она могла требовать либо возврата предоставленного в порядке кондикции, либо исполнения встречного обязательства.

По сути предоставление возможности требовать исполнение означало, что непоименованный консенсуальный договор начал приобретать юридическую силу не с момента достижения сторонами согласия по всем существенным условиям, а с момента осуществления одной из сторон своего обещанного предоставления[6]. Иными словами, если заключенный сторонами пакт был изначально «голым», исполнение обязательства одной из сторон его «одевало». Как отмечал Д.В. Дож-

[1] Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 2000. С. 483. См. также: *Amos S.* The History and Principles of the Civil Law of Rome. An Aid to the Study of Scientific and Comparative Jurisprudence. London, 1883. P. 207.

[2] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 547.

[3] Ibid. P. 537.

[4] *Новицкий И.Б.* Основы римского гражданского права. М., 1956. С. 188, 189.

[5] Данное нововведение связывают с именем юриста II в. Аристона (см.: *Франчози Дж.* Институционный курс римского права. М., 2004. С. 392).

[6] *Зом Р.* Учебник истории и системы римского гражданского права. СПб., 1902. С. 225.

дев, в VI в. такие договоры были названы византийским юристом Стефанием «непоименованными»[1].

Тем не менее закрепленные в непоименованных договорах обязательства должника, не получившего исполнения от кредитора, на этом этапе продолжали не обеспечиваться судебным принуждением[2]. Кроме того, следует напомнить, что кредитор, исполнивший свое обязательство, имел выбор: вместо того, чтобы требовать исполнения от должника, он мог потребовать возврата предоставленного в порядке кондикции. Эта неопределенность также не позволяла в полной мере полагаться на стабильную договорную связь даже тогда, когда одна из сторон договор исполнила. Так что говорить о том, что в тот период произошла окончательная универсализация модели консенсуального договора, не приходится.

На каком-то этапе стало очевидно, что и такой либерализации было явно недостаточно. Оборот требовал признания принудительной силы проистекающих из непоименованных консенсуальных договоров обязательств, не подкрепленных произведенным одной из сторон исполнением. Постепенно и такие пакты переставали быть абсолютным «ничто» в юридическом плане. Из такого рода пакта в отличие от поименованного консенсуального договора или договора, по которому одна из сторон уже осуществила исполнение, все еще нельзя было предъявить иск, но ссылки на достигнутое соглашение постепенно стало возможно выдвигать в качестве возражения ответчика в процессе (exceptio ex parte rei).

Однако через некоторое время преторам стало очевидно, что, придав «голым» пактам «процессуальную жизнеспособность» на стороне ответчика, как минимум в отношении ряда таких пактов необходимо пойти намного дальше и предоставить по ним и право на иск. В этом смысле придание отдельным пактам «одетого статуса» и исковой защиты в рамках преторского права (pacta praetoria) по сути приводило к появлению некоторых новых признаваемых правом консенсуальных контрактов. Впоследствии группа таким образом «одетых» преторами пактов пополнилась еще и pacta legitima, получавших исковую защиту в силу указаний постклассического императорского законодательства[3].

Тем не менее весь этот растянутый во времени процесс придания принудительной силы все более широкому перечню соглашений так и не успел завершиться в период существования Римской империи.

[1] *Дождев Д.В.* Римское частное право: Учебник для вузов. М., 1997. С. 536.

[2] *Кофанов Л.Л.* Обязательственное право в архаическом Риме (V–IV до н.э.). М., 1984. С. 186.

[3] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1990. P. 511.

Договоры, которые (1) не были оформлены как литеральные, вербальные или реальные контракты, (2) не относились к четырем признанным в классическом праве поименованным консенсуальным договорам, (3) не были подкреплены осуществлением исполнения со стороны одного из контрагентов и (4) не попали в перечень признаваемых правом благодаря актам претора или императора, не порождали право на иск об исполнении обязательства или о взыскании убытков. Соответственно римляне подошли очень близко к признанию общей категории и юридической силы универсального консенсуального договора и принципа свободы определения типа договора, но не успели обобщить результаты этой эволюции. Античный мир рухнул раньше.

Развитие непоименованных договоров в Средние века

С распадом Римской империи развитие права в странах Европы началось в значительной степени заново. Примитивная экономика «темных» веков не создавала спроса на существование богатого ансамбля поименованных договоров. Впоследствии, по мере оживления экономического оборота, начался уже знакомый нам по римскому периоду процесс интернализации правом все новых типов договоров.

Так же как и древнее римское право, право средневековой Европы изначально было проникнуто формализмом. Особое значение предписывалось внешним атрибутам заключения договора[1]. Как это было в классический период развития римского права, на ранних этапах развития средневекового договорного права обязательство одной из сторон часто возникало или получало судебную защиту только после исполнения своего обязательства другой стороной в силу соблюдения определенных формальностей или произнесения определенных словесных формул[2]. Большое значение в качестве инструмента формирования юридически значимых обязательств играли клятвы, даваемые перед Богом[3].

Впоследствии формализм постепенно стал уступать место принципу свободы формы, несколько ранее получившему признание в торговом праве, которое традиционно было обременено гораздо меньшим объе-

[1] Об этом, в частности, свидетельствуют высказывания «sehen geht über Hören» (видимость имеет больше значения, чем слова) и «man glaubt Augen weiter als den Ohren» (человек доверяет глазам более, чем ушам). К числу распространенных в древнегерманском праве ритуалов заключения договора можно отнести «Festuca» – бросание копья (а впоследствии – пучка соломы) на землю или за спину контрагента, сопровождаемое произнесением определенных фраз. Этот ритуал символизировал отказ от права и использовался при передаче титула на землю (см.: *Brissaud J.* History of French Private Law. Boston, 1912. P. 482, 483; *Huebner R.* History of Germanic Private Law. Boston, 1918. P. 497, 498).

[2] *Sohm R.* Das Recht der Eheschliessung aus dem Deutschen und Canonischen Recht Geschichtlich Entwickelt. Weimar: Böhlau, 1875. S. 24 et seq.

[3] *Ibbetson D. J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 4.

мом законодательных ограничений, нежели общее договорное право. Деформализация права способствовала появлению и признанию правопорядком новых договорных конструкций[1]. Постепенно в период активного изучения и переработки римского права в средневековых университетах в Европе произошла замена римского принципа «ex nudo pacto actio non oritur» на прямо противоположный принцип «ex nudo pacto actio oritur» – «голое соглашение сторон порождает право на иск». Тем самым numerus clausus римского договорного права окончательно утратил свое значение. Произошло это следующим образом.

На первых этапах рецепции римского права, характеризовавшихся восхищением и преклонением перед ним, средневековые юристы не были готовы ставить под сомнение рациональность правила «ex nudo pacto actio non oritur» и обусловленного им отсутствия признания юридической силы любых непоименованных консенсуальных контрактов. Как отмечал в XIV в. один из наиболее известных постглоссаторов того времени Бартол (Bartolus), непризнание правопорядком юридической силы непоименованных контрактов не создавало на практике существенных проблем[2]. Впоследствии юристы высказывали аналогичное мнение[3]. Макс Радин (Max Radin) объяснял такую позицию тем, что непоименованные договоры просто не имели большого экономического значения в тот период[4] главным образом потому, что наиболее важные сделки (например, продажа земельных участков) все равно заключались с соблюдением соответствующих формальностей. В зрелом средневековом праве стипуляция в силу различных причин выродилась и была заменена на формализованный акт[5]. Такой акт, оформленный нотариально (страны континентальной Европы) или «за печатью» (Англия), порождал одностороннее обязательство при соблюдении соответствующей формальности. Для обычных же сделок в рамках достаточно ограниченного объема рыночного оборота, видимо, вполне хватало и существовавших поименованных типов договоров.

Но впоследствии ситуация поменялась. Как это обычно бывает в частном праве, основной мотив изменения состоял в давлении со стороны

---

[1] *Brissaud J.* History of French Private Law. Boston, 1912. P. 533, 539, 540.

[2] *Bartolus de Saxonferrato*. Commentaria Corpus Iuris Civilis in Omnia quae extant opera (1577) to C. 4.6.2. Цит. по: *Gordley J.*, *Von Mehren A.* An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings. Cases. Materials. Cambridge, 2006. P. 414.

[3] *Ludovicus Molina*. De Iustitia et Iure Tractatus (1614). Disp. 255. Цит. по: *Gordley J.*, *Von Mehren A.* An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings. Cases. Materials. P. 414.

[4] *Radin M.* Fundamental Concepts of the Roman Law // California Law Review. 1924. N 12. P. 494.

[5] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 547, 548.

политики права. В данном случае – насущных потребностей экономического оборота, который после абсолютно примитивного периода «темных» веков начал постепенно развиваться. И как только эта тенденция наметилась, европейские юристы стали тяготиться римско-правовым ограничением на заключение непоименованных консенсуальных договоров[1]. Оборот требовал признания права сторон (особенно коммерсантов) порождать взаимные обязательства с силу одного лишь факта заключения соглашения. Поэтому к периоду зрелого Средневековья на повестку дня был поставлен вопрос об окончательном признании универсальности римской модели консенсуального договора и отказе от numerus clauses поименованных договоров такого типа.

Существенный вклад в преодоление этой римско-правовой инерции внесло каноническое право. С точки зрения канонического права нарушение договора представляло собой laesio fidei (злоупотребление доверием), что составляло грех клятвопреступления[2]. Например, Фома Аквинский хотя и признавал, что гражданское право может по тем или иным причинам ограничивать юридическую силу обязательств, но писал, что с точки зрения естественного права любые обязательства должны строго соблюдаться[3]. Утверждая, что у Бога нет различий между разными видами обещаний, юристы канонического права делали вывод, что нарушение любого данного обещания всегда является аморальным поступком, и предоставляли потерпевшей стороне возможность предъявления иска из такого нарушенного обещания перед церковным судом[4]. Как писал И.А. Покровский, каноническое право исходило из того, что «обязанность исполнять данные обещания вытекает не из признания или непризнания их государством, а из общего требования естественного права; вследствие этого эта обязанность не зависит от ее содержания, от типичности или оригинальности последнего»[5].

В Декреталиях папы Григория IX (1234 г.) можно найти сентенцию: «pacta quantumcunque nuda servanda sunt» («соглашения, даже будучи голыми, должны соблюдаться»). Известная максима «pacta sunt servanda», прямо отвергающая классическую догму римского права об отсутствии юридической силы «голых пактов», была, судя по всему, впервые

[1] На роль потребностей деловой практики как на основной мотив отхода от римского numerus clausus поименованных договоров в средневековом праве указывает, в частности, Циммерманн (см.: *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 540).

[2] См., напр.: *Thomas Aquinat.* Summa Theoligica. II-II. Q.88. Art. 3, 10 (текст доступен в Интернете на сайте: www.gutenberg.org).

[3] Ibidem.

[4] *Brissaud J.* History of French Private Law. Boston, 1912. P. 499.

[5] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 127.

озвучена в XIII в. итальянским каноником Хостиенсисом[1]. Тем самым каноническое право подвигало европейских юристов к признанию общего принципа «solo consensus obligat» («сам факт наличия соглашения обязывает»)[2].

Такой подход канонических юристов, видимо, постепенно перестал вызывать принципиальные возражения со стороны их светских коллег, которым римская классификация контрактов к тому времени уже стала казаться слишком запутанной. К тому же церковное право пользовалось большим авторитетом и в светской среде[3].

Немалую роль здесь сыграл тот факт, что средневековые светские юристы преклонялись не только перед самой догмой римского права, но и перед систематизацией знания как таковой. Ими предпринимались попытки привести к некоему единству существовавшую в римском праве совокупность поименованных контрактов и пактов, однако они не могли найти убедительных рациональных обоснований для существовавшей в римском праве строгой типизации договоров, признаваемых в той или иной степени правопорядком. Таких рациональных оснований по существу и не было, а сама крайне сложная римская система типизации поименованных договоров была продуктом постепенного индуктивного процесса развития права по мере усложнения экономического оборота. Понимание сути этой системы было невозможно без учета динамики образования правовых форм и развития экономики, характерной для периода античности. Копирование же данной крайне запутанной системы в средневековую правовую жизнь при всем уважении к римскому праву, видимо, представлялось многим средневековым светским юристам невозможным как с точки зрения представлений о системной согласованности позитивного права, так и с политико-правовых позиций, о которых не уставали напоминать их коллеги из канонического лагеря.

Как отмечал не без изрядной доли язвительности один из известных глоссаторов Якоб де Равани (Iacob de Ravanis), «если я соглашусь с тем, что ты мне дашь десять за мою лошадь, то существует иск из договора. Но если я согласен с тем, что ты мне дашь своего осла за мою лошадь, иск из договора отсутствует. Если обыватель спросит о причинах такого различия подходов, то их не получится привести, кроме того, как сказать, что таково позитивное римское право. А если вы спросите, почему позитивное право именно так решило этот вопрос, то в качестве

[1] *Hogg M.* Promises and Contract Law. Comparative Perspectives. 2011. P. 117.

[2] См.: *Jeremy A.* Pacta Sunt Servanda. The Influence of Canon Law upon the Development of Contractual Obligations // Law and Justice – Christian Law Review. Vol. 144. 2000. P. 4, 7.

[3] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1990. P. 544.

причины можно указать, что договор купли-продажи просто более часто встречается в обороте, чем договор мены»[1].

Последний удар по архаичной римской системе договоров оказала философия обмена, изложенная в труде Аристотеля «Никомахова этика», приобретшая огромное влияние в научных кругах и ставшая источником вдохновения для Фомы Аквинского и средневековых схоластов. Совершаемые между людьми двусторонние сделки купли-продажи, аренды и т.п. рассматривались Аристотелем в качестве справедливых в случае взаимности и эквивалентности обмена[2]. В другом месте Аристотель пишет о «щедрости» как важнейшей этической ценности, которой соответствуют благоразумные сделки дарения, адресованные тому, кто этого достоин[3].

Фома Аквинский на основе этих замечаний Аристотеля построил теорию, согласно которой договор может либо подчиняться идее коммутативной справедливости и оформлять взаимный обмен эквивалентными благами, либо являться актом щедрости и представлять собой дарение[4]. Тем самым выделялось два основных вида договора: дарение, в рамках которого одна сторона за свой счет обогащает другую сторону, и взаимный синаллагматический договор, в рамках которого происходит обмен равноценными встречными предоставлениями. В рамках такого обобщения взаимный договор мог оформлять обмен любыми встречными предоставлениями, что формировало базу под признание универсального понятия договора и идеи свободы определять предмет взаимных предоставлений. Применительно к двусторонним договорам то, что имело значение, это эквивалентность и соответственно справедливость обмена, а не соответствие сделки каким-либо сложным древнеримским типам или соблюдение средневековых формальностей.

Эта теория была окончательно оформлена поздними схоластами[5] и сторонниками естественного права (Гроций[6], Пуфендорф[7] и др.), что способствовало окончательному утверждению доктрины непоименованных договоров[8]. Аристотелевские идеи позволили сформировать

[1] Цит. по: The Enforceability of Promises in European Contract Law / Ed. by J. Gordley. Cambridge University Press. 2004. P. 3.

[2] *Аристотель*. Этика. М., 2010. С. 136–143.

[3] Там же. С. 108.

[4] *Gordley J*. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 13ff.

[5] Об отвержении идеи numerus clausus в трудах поздних схоластов см.: *Gordley J*. The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 41.

[6] *Grotius H*. On the Law of War and Peace. 2004. P. 108ff.

[7] *Pufendorf S*. Of the Law of Nature and Nations. B. III. 1729. P. 253ff; B. V. P. 471ff (доступно в Интернете на сайте: www.archive.org).

[8] *Zimmermann R*. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 544, 545.

некие новые концептуальные рамки договорного права. Такие правоведы, как Гуго Гроций или Самуэль Пуфендорф, в силу отказа от использования строго догматической методологии глоссаторов и постглоссаторов могли позволить больше не тратить усилия на то, чтобы привести букву римского права к разумному виду скрытым образом, посредством различных герменевтических ухищрений в ее толковании. В XVII в. правовед, работающий в естественно-правовой научной парадигме, мог просто объявить, что римско-правовая идея не придавать судебную защиту «голым» пактом не основана на естественном праве и поэтому отвергается. Существовавшая в римском праве классификация договоров представлялась лишь как отражение специфики римского позитивного права, не имевшая под собой объективных, разумных оснований, и как таковая перестала быть составной частью европейского права[1].

В итоге всех этих процессов сначала римская классификация договоров была официально отменена в отдельных регионах (например, в Кастилии, где непоименованные договоры получили признание на уровне закона). Затем, начиная приблизительно с XVI в., юристы, обосновывавшие юридическую силу непоименованных договоров, ссылались на обычаи судов[2]. Так или иначе право заключать непоименованные договоры к XVII в. было окончательно укоренено в догматике континентального частного права[3].

Причем такие договоры долгое время продолжали рассматриваться в правоприменительной практике в качестве непоименованных, даже несмотря на то, что со временем они получали устойчивое название в коммерческом обороте и судебной практике (например, permutatio – мена или aestimatum – комиссия)[4].

«Pacta sunt servanda» стал новым общим принципом договорного права, что, однако, не означало, что всякое соглашение приобретало юридическую силу «автоматически».

Во-первых, важным ограничением свободы заключения непоименованных договоров стала доктрина каузы договора. Стало считаться, что непоименованный договор имеет достаточное основание (каузу) для его судебной защиты, если он либо оформляет взаимный обмен некими благами (например, купля-продажа или мена), либо структурирует некую благотворительность (например, дарение). Эта идея, в частности,

[1] *Gordley J., Von Mehren A.* An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings. Cases. Materials. Cambridge, 2006. P. 418.

[2] The Enforceability of Promises in European Contract Law / Ed. by J. Gordley. Cambridge University Press. 2004. P. 7.

[3] *Дождев Д.В.* Римское частное право: Учебник. М., 2005. С. 595; *Новицкий И.Б.* Основы римского гражданского права. М.: Зерцало, 2000. С. 204.

[4] У самих римских юристов встречается лишь противопоставление таких договоров договорам, которые имеют свое название (nomen suum habent) (D.19.4.1.2).

была зафиксирована в ведущем французском трактате по гражданскому праву XVII в. Жана Дома[1]. Впоследствии данный взгляд был поддержан ведущим французским цивилистом XVIII в. Робером Потье, который считал идею о непризнании непоименованных договоров не основанной на естественном праве и отвергнутой французским правом, но отмечал, что для заключения договора необходимо не только свободное волеизъявление сторон, но и законная кауза сделки[2]. К тому времени этот подход стал общепринятым[3]. Доктрина каузы была взята на вооружение в связи с тем, что юристам, которые подошли близко к признанию идеи о неограниченной свободе заключать любые непоименованные договоры, было необходимо очертить хотя бы какие-то пределы, позволяющие исключить вероятность заключения неформализованных договоров «в горячке», и убедиться в том, что намерения сторон серьезны[4].

Во-вторых, несмотря на снятие проблемы непоименованных договоров, само содержание контрактов находилось под достаточно пристальным контролем судов. Ведь, как уже отмечалось, фактор справедливости сделки в средневековом праве имел огромное значение, и патернализм был в почете (например, борьба с несоразмерными неустойками, законы против ростовщичества и т.п.).

Несмотря на эти оговорки, вполне очевидно, что большая заслуга средневековых юристов состояла в том, что кажущаяся сейчас самоочевидной идея о придании юридической силы непоименованным договорам к началу Нового времени была окончательно утверждена. Экономические потребности и этические принципы в конечном счете подорвали авторитет догматических установок. Без этой реформы правовой надстройки в недрах средневекового права последовавший затем капиталистический рывок ведущих западных экономик и промышленная революция были бы существенно затруднены.

Развитие непоименованных договоров в эпоху экономического либерализма

«Золотой век» принципа свободы договора приходится на период с конца XVIII по конец XIX в., в эпоху laissez-faire. В этот период господствовали те или иные формы волевой теории, которые вытеснили

[1] *Domat J.* The Civil Law in Its Natural Order. Vol. I. 1850. P. 162, 163 (доступно в Интернете на сайте: http://www.archive.org).

[2] *Pothier A.* Treatise on the Law of Obligations or Contracts. Vol. I. 1806. P. 4, 8, 24.

[3] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Capetown; Wetton; Johannensburg, 1990. P. 539, 540.

[4] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 553.

на периферию аристотелевские идеи эквивалентного и справедливого обмена. Договор в новых условиях стал рассматриваться как результат совпадения воль. Разумеется, на фоне такого подхода вопрос о допустимости заключения сторонами непоименованных договоров отпадал сам собой, что, как будет показано далее, нашло отражение в основных кодификациях того периода.

Доктрина каузы сделки, в свое время помогшая европейским юристам решиться на признание универсальной модели консенсуального договора, вводившая некую видимость пределов свободы договора и казавшаяся инструментом предотвращения заключения непродуманных договоров, уже к XVII–XVIII вв. потеряла популярность во многих странах. Ведь если кауза сделки, как считали Дома и Потье, состоит либо в обмене, либо в акте щедрости, то такое понимание каузы в некотором смысле тавтологично. Такой вывод показался вполне логичным, учитывая то, что развитие экономической теории подорвало веру в саму возможность выявления эквивалентности на основе оценки объективной стоимости благ. Как только факторы эквивалентности и справедливости цены теряли свою аргументационную силу по мере развития идеологии laissez-faire, из классификации Аквината выпадала важнейшая этическая составляющая, и доктрина каузы стала казаться бессмысленной. Ведь практически любой договор либо оформляет обмен, либо является инструментом одностороннего обогащения одного из контрагентов (дарение). Соответственно доктрина каузы сделки стала во многих странах выходить из моды. В частности, от данной доктрины отказалось немецкое право, которое сместило вопрос о серьезности намерений в область судебного процесса и доказательств. В то же время доктрина каузы попала во Французский ГК и до сих пор признается в праве ряда стран с романской правовой традицией, провоцируя постоянные научные споры об оправданности ее сохранения в догматике права[1].

Другой тенденцией рассматриваемой эпохи, косвенно повлиявшей на режим непоименованных договорных конструкций на практике, стало возрастание интенсивности законодательного регулирования договорных отношений и увеличения доли диспозитивных норм. Увеличение количества применимых к договорам норм и их систематизация в конечном счете способствовали окончательному оформлению системы регулирования поименованных договорных типов и общих норм договорного права в европейском праве и ее закреплению на уровне законодательства в ряде европейских стран[2]. Постепенно формировалась

[1] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 553.

[2] *Lenhoff A.* Optional Terms (Jus Dispositivum) and Required Terms (Jus Cogens) in the Law of Contracts // Michigan Law Review. Vol. 45. 1946–1947. P. 40.

знакомая нам система общих норм договорного права и специальных норм, относящихся к конкретным типам договоров. Непоименованные договоры считались подпадающими под действие общих норм обязательственного права, но не подчиняющимися нормам специальным.

Новые тенденции нашли свое отражение в ряде кодификаций времен экономического либерализма, наиболее показательной из которых является ФГК.

В ст. 1134 ФГК закреплена цитата из сочинения Фомы Аквинского, впоследствии использованная Жаном Дома: «соглашения, заключенные надлежащим образом, имеют силу закона для тех, кто их заключил»[1]. Данная статья санкционировала заключение любых договоров, имеющих законное основание. Такое основание имеется как в случае, когда договор оформляет взаимный обмен благами, так и в случае сделок, направленных на дарение. Юридической силе непоименованных договоров посвящена непосредственно ст. 1107 ФГК, в соответствии с которой «договоры, как те, которые имеют определенное наименование, так и те, которые такового не имеют, подчиняются общим правилам, содержащимся в настоящим титуле». Столь существенное для античного права различие между поименованными и непоименованными договорами было устранено: любой договор, имеющий законную и не противоречащую добрым нравам и публичному порядку каузу, получал судебную защиту[2].

Несмотря на то что Германское гражданское уложение не содержит отдельную статью или параграф, посвященные свободе заключения непоименованных договоров, системное толкование положений норм Уложения не оставляло никаких сомнений в юридической силе любых соглашений, соответствующих общим требованиям, предъявляемым к порядку заключения договора. Этот вопрос к тому времени был уже настолько бесспорен, что в отличие от французских коллег, кодифицировавших гражданское право в начале XIX в., авторы немецкой кодификации посчитали лишним это прямо фиксировать в Уложении, ограничившись указанием на такое право в подготовительных материалах[3]. Это в некотором смысле символизировало тот факт, что к концу XIX в. вопрос о праве заключать непоименованные договоры был окончательно разрешен.

Подытоживая, заметим, что договорное право эпохи экономического либерализма, проникнутое теорией воли, окончательно «освятило» на законодательном уровне, в судебной практике и научной доктрине

[1] Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с фр. В. Захватаев. Киев, 2006. С. 385.

[2] *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств. М., 1948. С. 34.

[3] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 127.

возможность заключения сторонами договоров, прямо не поименованных в позитивном праве. Но одновременно с развитием системы поименованных договоров сама актуальность проблемы заключения непоименованных договоров постепенно «затухала». Безусловно, позитивное право не могло охватить все новые договорные модели, возникающие в рамках бурно развивающихся капиталистических экономик, и соответственно пространство для непоименованных договоров всегда оставалось. Но чем большее количество поименованных договоров признавалось позитивным правом, тем чаще новая договорная конструкция представляла собой не столько непоименованный договор как таковой, сколько смешение отдельных элементов разных поименованных договоров. Соответственно к XX в. сформировались условия для актуализации проблематики смешанных договоров, которым предстояло играть в наши дни роль основного «отклонения» от классических поименованных договорных моделей.

Непоименованные договоры в англо-американском праве

Англо-американскому праву в целом не свойственно деление договоров на поименованные и непоименованные. Дело в том, что данное деление имеет под собой реальную почву только в том случае, когда в позитивном праве в принципе признается сама идея консенсуального договора, порождающего обязательства самим фактом достижения соглашения, и существует некая система поименованных договоров такого типа. Эти условия исторически сложились в римском праве, которое еще в классический период выделило несколько типов поименованных консенсуальных договоров, что и обусловило дальнейшие споры о юридической силе непоименованных консенсуальных договоров.

Однако всех этих условий не было на заре возникновения английского права. Отказ от эволюционного развития римских источников привел к тому, что средневековое английское право не восприняло саму римскую конструкцию двустороннего консенсуального договора. Соответственно в результате не была воспринята и римская numerus clausus консенсуальных договоров[1].

В средневековом английском праве с его приоритетом процесса перед материальным правом и средств защиты – перед субъективными правами судебное признание контрактных обязательств было ограничено не numerus clausus поименованных договорных моделей, а ригидностью процессуальных форм защиты договорных прав. Договоры порождали право на иск (о взыскании долга или компенсации убытков) в основном только тогда, когда кредитор уже осуществил свое встреч-

[1] *Gordley J.* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine. 1991. P. 146, 147.

ное исполнение (доктрина quid pro quo)[1], или речь шла о формализованном одностороннем обязательстве «за печатью» уплатить деньги (bond)[2] или совершить некие иные действия (covenant)[3]. Когда же в период XVI–XVII вв. английское право постепенно признало идею о том, что договор, опосредующий взаимный обмен благами, порождает право на иск самим фактом взаимного согласования воль сторон и утвердилась теория консенсуального договора (executory contract), никакой необходимости фиксировать лишь ограниченное число признаваемых правом договоров такого типа не было. Идея numerus clausus договорных типов была особенностью исторического развития римского права, и к тому времени была отвергнута даже континентально-европейскими юристами[4]. В этих условиях никаких причин ограничивать список обеспеченных судебной защитой консенсуальных договоров английские суды не видели.

Принцип, согласно которому для применения принуждения к должнику нужно, чтобы кредитор уже осуществил свое встречное предоставление, к XVII в. трансформировался в современную доктрину consideration. Если в неформализованном договоре подразумевается обмен встречными обязательствами передать некие экономические блага

[1] Кредитор, передавший товар, оказавший услуги, или давший заем, или совершивший иное предоставление (с учетом ряда ограничений), мог требовать от должника погашения денежного долга. Подробнее см.: *Street T.A.* The History and Theory of English Contract Law. 1906. P. 21ff; *Simpson A.W.B.* A History of the Common Law of Contract. A Rise of the Action of Assumpsit. 1996. P. 193ff.

[2] Когда такое обязательство было направлено на уплату точной суммы денег (в том числе в качестве неустойки), английские юристы использовали понятие «debt sur obligation», отличая такое обязательство от «debt sur contract». Если в отношении первого взыскание долга посредством debt writ не требовало доказывания факта осуществления встречного исполнения, то в отношении второго (за рядом исключений) до момента получения такого предоставления от кредитора встречное обязательство должника не имело судебной защиты. См.: *Teeven K.M.* A History of the Anglo-American Common Law of Contract. 1990. P. 9ff.

[3] Такие формализованные односторонние неденежные обязательства назывались ковенантами (covenant), но использовались они нечасто, будучи в некоторой степени вытеснены формализованными обязательствами по уплате конкретной суммы неустойки, чья судебная защита осуществлялась посредством иска о взыскании долга (debt writ). См.: *Simpson A.W.B.* A History of the Common Law of Contract. A Rise of the Action of Assumpsit. 1996. P. 117.

[4] В англо-американской литературе по истории договорного права отражен спор о том, когда конструкция консенсуального договора появилась (в XVI–XVII вв. или только в XVIII в.). Тем не менее авторы обычно не подвергают сомнению то, что такие договоры фактически распространились именно к концу XVIII в. См.: *Horwitz M.* The Historical Foundations of Modem Contract Law // 87 Harvard Law Review. 1974. P. 920; *Simpson A.W.B.* The Horwitz Thesis and the History of Contracts // 46 University of Chicago Law Review. 1979. P. 543ff; *Simpson A.W.B.* A History of the Common Law of Contract. A Rise of the Action of Assumpsit. 1996. P. 465ff.

или претерпеть некое неудобство, суды XVII–XVIII вв. стали придавать обязательствам судебную защиту независимо от того, осуществила ли другая сторона свое обязательство или нет. Аналогичным образом суд не анализировал на соответствие некому списку поименованных договорных моделей предмет одностороннего обязательства, закрепленного в документе «за печатью» (например, covenant). Иначе говоря, если договор носил двусторонний характер и подразумевал взаимный обмен или речь шла об одностороннем обязательстве, оформленном в «документе за печатью», суд по общему правилу придавал судебную защиту любым обязательствам[1].

Соответственно в контексте английского или американского права (за исключением, пожалуй, права Луизианы) вопрос о том, является ли данный договор поименованным или непоименованным, просто не имел смысла. Право вплоть до XVI–XVII вв. ограничивало свободу договора (посредством отказа в защите требований, не основанных на формализованном документе «за печатью» или не подкрепленных осуществлением кредитором фактического исполнения, а также косвенно – посредством ограниченных процессуальных возможностей и средств защиты) и, видимо, даже более интенсивно, чем на континенте. Но эти ограничения были иного рода. Вопрос не стоял в поименованности или непоименованности договорного типа в позитивном праве. Речь шла о наличии ограниченных процессуальных возможностей обеспечить судебное признание неформализованного консенсуального договора. Поэтому как только в дополнение к не покрывающим все случаи необходимой защиты искам о взыскании долга (debt) и искам о взыскании убытков, вызванных нарушением формализованных ковенантов (covenants), в XVI–XVII вв. добавился еще и универсальный иск assumpsit, позволяющий взыскать убытки от нарушения консенсуального договора (executory contract), в котором имеется достаточное встречное предоставление (consideration), эта защита стала распространяться на любые типы договоров.

Как мы видим, европейское и английское право пришло к идее о том, что стороны могут заключить любой консенсуальный двусторонний договор разными путями. Но некоторые вехи этого пути крайне схожи. По обе стороны Ла-Манша договорное право изначально было строго формализовано. Отказ от формализации под давлением политики права (в первую очередь потребностей все более коммерциализировавшегося оборота) происходил постепенно. Обычным промежуточным этапом на этом пути была идея о защите обязательств из такого договора при условии либо особого оформления требуемого обя-

[1] *Buckland W., McNair A.* Roman Law and Common Law. 1936. P. 154.

зательства, либо фактического исполнения встречного обязательства кредитором. И в позднеримском праве, и в англосаксонском праве такой компромисс был вполне достаточным. Но к началу Нового времени обе правовые традиции были готовы заимствовать идею о праве заключать любой двусторонний договор, порождающий признаваемые судами обязательства одним лишь фактом согласования воль (при наличии законной каузы в европейском праве или consideration – в общем). Разница лишь в том, что в европейском праве эта идея выводилась средневековыми юристами из расширительного толкования списка уже признанных в классическом римском праве поименованных консенсуальных договоров, что облегчило юристам задачу, но на некоторое время актуализировало проблематику непоименованных договоров. В то же время английским юристам, не имевшим такой опоры в догматике римского права, пришлось несколько сложнее, так как концепцию консенсуального договора им в каком-то смысле пришлось создавать с чистого листа.

В конце концов ранее (континентальная юриспруденция) или несколько позднее (англо-саксонское право) возможность заключать любые типы имеющих судебную защиту неформализованных (нотариально не удостоверенных и не оформленных «за печатью») консенсуальных договоров, опосредующих взаимные обязательства сторон, была бесповоротно признана. К моменту расцвета рыночной экономики в XVIII в. эта догматическая проблема более не стояла.

Дореволюционное российское и советское гражданское право

В дореволюционной доктрине российского гражданского права, как правило, не ставилась под сомнение возможность заключения договоров, прямо не указанных в Своде законов Российской империи или иных законодательных актах, но не противоречащих императивным нормам при условии законности преследуемой ими цели. Так, Д.И. Мейер, анализируя дореволюционное гражданское законодательство России, писал, что оно допускает любые договоры, не противоречащие закону, и потому в практике встречается множество не определенных им договоров[1]. К таким же по сути выводам приходили М. Гредингер[2], К. Анненков[3] и другие юристы.

Свод законов Российской империи (ст. 569 и 570) хотя прямо и не затрагивал вопрос о непоименованных договорах, но достаточно ясно

[1] *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. В 2 ч. Ч. 2. М., 1997. С. 158.

[2] *Гредингер М.* Опыт исследования безымянных договоров. Рига, 1893. С. 111, 113.

[3] См.: *Анненков К.* Система русского гражданского права. Т. IV: Отдельные обязательства. СПб., 1904. С. 395.

указывал на то, что «всякий договор», если он правильно составлен, налагает обязанность его исполнять и дает право на иск.

Судебная практика Правительствующего Сената также в основном разделяла позицию о допустимости существования непоименованных договоров. В решениях Сената отмечалось, что закон указанием в нем определенных типов договоров не исчерпывает тем самым всех видов возможных соглашений, а также не указывает, что договоры, не подпадающие под такие типы, должны признаваться недействительными[1]. В сенатской практике встречались редкие «обратные» решения. Но они подвергались критике в научной литературе и не формировали доминирующую тенденцию[2].

Безусловно, вряд ли стоит считать, что в дореволюционной практике стороны непоименованных договоров чувствовали себя абсолютно комфортно. Так, например, Д.И. Мейер отмечал, что нередко на практике суды прилагали все усилия, чтобы с какими-нибудь натяжками подвести «безымянный» договор к тому или иному виду договора, указанному законодательством, и как следствие применить к нему положения, «чуждые его существенному характеру»[3]. Тем не менее как минимум на официальном уровне право сторон заключить непоименованный договор не ставилось под сомнение и судами, как правило, открыто не отвергалось.

В этой связи неудивительно, что ст. 1570 проекта Гражданского уложения Российской империи прямо закрепляла свободу выбора сторонами типа договора, в том числе и возможность заключать непоименованные договоры с распространением на них общих положений об обязательствах. Данное положение закрепило сложившийся в доктрине и судебной практике подход «во избежание всяких сомнений»[4].

Первым по счету кодификационным актом советского государства был Гражданский кодекс РСФСР 1922 г. Вполне понятно, что о свободе договора в нем не говорилось ни слова. Напротив, как отмечается, своеобразие данного Кодекса состояло в том, что в нем не был закреплен принцип дозволенности заключать любой договор[5]. Народный комиссариат юстиции в циркуляре от 3 марта 1922 г. разъяснил, что практика регистрации нотариатом договоров, содержание которых составляют от-

[1] См.: *Анненков К.* Система русского гражданского права. Т. IV: Отдельные обязательства. СПб., 1904. С. 395.

[2] См.: *Брагинский М.И.* Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 38; Обязательства по договорам. Опыт практического комментария русских гражданских законов. Т. I: Общая часть / В.Л. Исаченко, В.В. Исаченко. СПб., 1914. С. 52.

[3] *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. М., 2003. С. 500.

[4] Гражданское уложение: Проект / Под ред. И.М. Тютрюмова. Т. II. СПб. 1910. С. 177.

[5] *Новицкая Т.Е.* Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. М.: Зерцало, 2002. С. 91.

ношения, не известные действующему праву, является неправомерной. Постановление Пленума Верховного Суда РСФСР от 7 февраля 1927 г. (протокол № 1) указывало в качестве одного из оснований применения ст. 30 ГК РСФСР 1922 г., посвященной недействительности незаконных сделок, ситуацию, когда хозорган заключил с частным лицом договор, не предусмотренный ни ГК РСФСР, ни специальными законами.

В то время как во всех рыночных странах свобода заключения непоименованных договоров давно превратилась в банальную истину, для советских цивилистов середины XX в. этот вопрос вновь приобрел спорный характер. Так, например, В.А. Рясенцев ставил это право применительно к сделкам советских предприятий под сомнение, указывая, что «недопустимость заключения не предусмотренных законом договоров» обусловлена необходимостью избежать нарушения правоспособности предприятий[1]. Тем не менее, к чести советских цивилистов, большинство из них (в частности, И.Б. Новицкий, А.М. Винавер, М.М. Агарков, О.С. Иоффе, Р.О. Халфина, О.А. Красавчиков и др.) исходили из прямо противоположной идеи и допускали заключение непоименованных договоров[2].

Судебная практика по данному вопросу была долгое время неустойчивой. Некоторые виды непоименованных договоров суды постепенно признавали (например, договоры хранения и ссуды), но встречались случаи признания непоименованных договоров незаконными сделками[3]. Данный подход был неудивителен в свете бытовавшего в тот период воззрения о том, что договорные отношения между государственными предприятиями будут вытесняться по мере дальнейшего расширения и укрепления планового начала[4].

Тем не менее, видимо, под влиянием доминирующих в доктрине взглядов в ГК РСФСР 1964 г. было предусмотрено, что гражданские права и обязанности возникают из сделок, предусмотренных законом, а также из сделок хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему (ст. 4). Именно в период действия данного Кодекса положительно решился вопрос о правовой защите многих не известных Гражданскому кодексу и другим правовым актам видов договоров[5].

---

[1] *Рясенцев В.А.* Вопросы недействительности сделок в судебной практике // Социалистическая законность. 1950. № 8.

[2] Обзор советской литературы по этому вопросу см.: *Брагинский М.И.* Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 44, 45.

[3] Обзор судебной практики по этому вопросу см. там же. С. 45, 46.

[4] См.: *Братусь С.Н.* Эволюция функций хозяйственного договора // Гражданское право и экономика. М., 1985. С. 65.

[5] *Брагинский М.И.* Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 46.

Однако период после 1964 г. никак нельзя относить к периодам торжествующей свободы заключения непоименованных договоров. На практике в условиях плановой экономики эта свобода в полной мере могла быть реализована по сути лишь во взаимоотношениях между гражданами. В хозяйственной же сфере советские предприятия были в значительной степени ограничены в выборе новых и не предписанных государством договорных форм самой структурой плановой экономики.

§ 2. Квалификация договора в качестве непоименованного в контексте современного российского права

Общая характеристика института непоименованного договора в современном российском праве

Правовой основой для заключения непоименованных договоров и их судебной защиты в настоящее время является положение п. 2 ст. 421 ГК РФ, согласно которому «стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом и иными правовыми актами».

Казалось бы, при наличии данных положений значительных рисков в связи с заключением непоименованного договора у сторон возникать не должно, особенно принимая во внимание конституционный статус принципа свободы договора и широко декларируемый в доктрине, а иногда и в судебной практике[1] базовый принцип гражданского права, в соответствии с которым «разрешено все, что не запрещено». Такие непоименованные договоры должны регулироваться общими диспозитивными и императивными нормами договорного права, не подпадая под специальные императивные ограничения, установленные в отношении отдельных видов поименованных договоров. Однако реальность оказалась значительно сложнее.

Для понимания существа понятия «непоименованный договор»[2] необходимо вначале определиться с тем, что же следует понимать в контексте российского гражданского права под термином «поименованный договор».

---

[1] Определение Президиума Верховного Суда РФ от 14 июля 2004 г. № 8пв04.

[2] В доктрине используются различные термины: «нетипичный договор» или «аномальный договор» (*Ойгензихт В.А.* Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. Душанбе, 1984. С. 4–19); «договор необычного содержания» (*Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 128.); «непоименованный договор» (*Брагинский М.И.*, *Витрянский В.В.* Договорное право. Книга 1: Общие положения. М., 1997. С. 404). Последний термин представляется с исторической, компаративной и семантической точек зрения наиболее удачным. Он и будет использоваться нами в дальнейшем.

Очевидно, что далеко не всякое упоминание в тексте закона какого-то вида договоров означает, что соответствующий договор является поименованным[1]. Поименованность договора предполагает нечто большее, нежели простое его упоминание в тексте закона. Смысл квалификации договора в качестве поименованного заключается в том, чтобы применить определенные правовые нормы, относящиеся к такому договору. Если подобных правовых норм нет, то вряд ли разумно говорить о полноценной поименованности такого договора. Иными словами, закон должен предусматривать какое-либо позитивное регулирование таких договоров, например, в части требований к форме, существенным условиям, правам и обязанностям сторон и т.д. Соответственно в дальнейшем для целей настоящей работы *непоименованным мы будем считать договор, в отношении которого не предусмотрено в законодательстве никакого позитивного регулирования, хотя бы он и упоминался в каком-либо законе или ином нормативном правовом акте.* Причем, судя по всему, такое регулирование должно носить гражданско-правовой характер, т.е. обладать признаками, указанными в ст. 2 ГК РФ. Наличие какого-либо специального регулирования иного характера (например, налогового) само по себе вряд ли может являться основанием для признания такого договора поименованным[2].

В принципе нет ничего ненормального в том, чтобы такие договоры, которые просто упомянуты в законе, но не урегулированы им, называть поименованными (т.е. предусмотренными в законе). Буквальное прочтение п. 2 ст. 421 ГК РФ и самого доктринального термина «непоименованный договор» приводит именно к такому толкованию. Наш вывод состоит в том, что такие в буквальном смысле поименованные, но не урегулированные законом договоры с точки зрения своего правового режима полностью подчиняются тем подходам, которые, как мы далее покажем, применяются к тем договорам, в отношении которых в законе нет ни упоминания, ни какого-либо содержательного регулирования. Иначе говоря, договоры, просто в гражданском законе упомяну-

[1] См., напр., п. 1 ст. 247 ГК РФ («владение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности, осуществляются по соглашению всех его участников») или п. 3 ст. 152.1 ГК РФ, в соответствии с которым обнародование и дальнейшее использование изображения гражданина (в том числе его фотографии) допускается только с согласия этого гражданина. Исходя из нашего подхода договор, в рамках которого будет предоставлено такое согласие, будет являться непоименованным, так как помимо данного упоминания российское законодательство не содержит специального и сколько-нибудь содержательного регулирования таких соглашений. См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 13 марта 2008 г. № Ф08-1048/08 по делу № А53-16736/2006-С2-8.

[2] Например, Налоговый кодекс РФ предусматривает специальные налоговые последствия договоров предоставления персонала (подп. 4 п. 1 ст. 148, подп. 19 п. 1 ст. 264, п. 7 ст. 306), которые пока не получили специальной регламентации на уровне гражданского законодательства.

тые, но не урегулированные, мы относим в рамках настоящей работы к категории непоименованных сугубо функционально.

Другой догматический вопрос, который необходимо разрешить, состоит в определении тех источников права, которые могут поименовать тот или иной договорный тип. Как это вытекает из п. 2 ст. 421 ГК РФ, под такими источниками следует понимать только «законы или иные правовые акты». Соответственно непоименованным следует, видимо, считать только тот договор, в отношении которого отсутствует содержательное законодательное регулирование или регулирование на уровне иных «официальных» источников позитивного права.

Но как быть с нормами судебного правотворчества? Если исключать нормы, вырабатываемые судами в рамках судебного правотворчества в отношении тех или иных договоров, квалифицированных как непоименованные, то удается сохранить основания для существования самой конструкции непоименованного договора. Если же мы попытаемся под непоименованным договором понимать только такой договор, в отношении которого нет ни одной содержательной нормы ни в официальных источниках права, ни в актах судебного правотворчества (в том числе правотворческих де-факто актах ВАС РФ), то сразу же после вынесения хотя бы единичного акта судебного правотворчества в отношении такого договора (например, решения того или иного вопроса о распределении прав и обязанностей по такому договору) этот договор терял бы основания считаться непоименованным. С учетом призрачности границы, которая лежит между актом обычного судебного правоприменения и актом судебного правотворчества, такое решение придало бы вопросу о квалификации договора в качестве непоименованного значительную неопределенность. В этой связи в данном вопросе, видимо, разумно придерживаться буквального толкования закона и признавать непоименованным договор, в отношении которого хотя и нет правовых норм на уровне официальных источников права (законов и иных правовых актов), но могут иметься те или иные прецедентные решения или фактически правотворческие разъяснения высших судов[1].

[1] Данный подход, правда, предполагает, что в отношении некоторых непоименованных договоров вполне может иметься некоторое специальное правовое регулирование на уровне актов судебного правотворчества. Такое регулирование противники идеи применения термина «правотворчество» в отношении судебных актов высших судов могут снабжать приставкой «квази», что по большому счету сути не меняет. Указанные договоры в рамках нашего подхода хотя и продолжают именоваться непоименованными, но могут постепенно обрастать значительным числом специальных норм судебного правотворчества. Но теряют свой непоименованный статус такие договоры только тогда, когда законодатель или иной орган, наделенный «официальным» правотворческим мандатом, решится закрепить эти найденные судами или иные признанные целесообразными нормы на уровне законов или иных правовых актов в узком смысле последнего термина.

Общее описание методики квалификации договора в качестве непоименованного

Как же суд может определить, относится конкретный заключенный сторонами договор к категории непоименованных договоров или представляет собой реализацию сторонами поименованной договорной модели?

Вопрос этот при всей кажущейся простоте не из легких.

Сразу же следует признать очевидное. Выбранное сторонами название договора здесь не имеет решающего значения. В гражданском праве ключевую роль играет не название, которое стороны сделки указывают в ее «шапке», а истинная суть заключенного договора[1]. По справедливому замечанию Д.В. Огородова и М.Ю. Челышева, в правоприменительной практике чрезвычайно важно различать новизну конструкции и содержания, которые присущи непоименованным договорам, и поверхностную оригинальность названия договора[2]. Эта проблема актуальна в связи с тем, что большая часть договоров с новыми, оригинальными названиями (инвестиционные договоры и пр.) зачастую в действительности являются смешанными, а то и вовсе обычными поименованными договорами, «прикрытыми» тем или иным названием-неологизмом. Данная ситуация нередко возникает в договорной практике, когда стороны некритично, механически воспроизводят экономические и иностранные понятия (инвестиции, финансирование и т.п.), подменяя ими давно существующие и признанные в российском праве гражданско-правовые конструкции.

Итак, мы приходим к вполне предсказуемому выводу о том, что квалификация договора должна осуществляться судом на основе анализа содержания условий договора и направленности воли сторон. Но это характеризует процесс квалификации договора только с одной стороны. Для того чтобы признать договор непоименованным, необходимо предварительно исключить возможность признания договора поименованным. А для этого, определив направленность воли сторон и суть порождаемых ею прав и обязанностей, суд далее должен соотнести это содержание договора с признанными в позитивном пра-

[1] Данный принцип официально закреплен в постановлении ВАС РФ от 22 ноября 1997 г. № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки». Здесь суд указал, что, «квалифицируя правоотношения участников спора, судам необходимо исходить из признаков договора поставки, предусмотренных статьей 506 Кодекса, независимо от наименования договора, названия его сторон либо обозначения способа передачи товара в тексте документа» (п. 5).

[2] См.: *Огородов Д.В.*, *Челышев М.Ю.* Смешанные договоры в частном праве: отдельные вопросы теории и практики // Законодательство и экономика. 2005. № 10.

ве договорными моделями, дабы обнаружить ту из них, под которую можно подвести заключенный договор. Суд должен осуществить анализ содержания заключенного договора на предмет его соответствия всем поименованным в законах или иных правовых актах договорным конструкциям. Если заключенный договор не «покрывается» ни одной из поименованных моделей и при этом не является смешанным, он относится к категории непоименованных, что, как будет показано далее, означает неприменимость по общему правилу специальных императивных и диспозитивных норм законодательства (или иных правовых актов) и подчинение договора общим положениям обязательственного и договорного права[1].

Но с чем конкретно суд должен сопоставлять содержание заключенного договора для выявления признаков его подчинения соответствующему поименованному договорному режиму или констатации его непоименованного статуса? Современная принятая в России система структурирования нормативного регулирования договорных правоотношений предполагает выделение общей части обязательственного права и специального регулирования конкретных поименованных договоров. Наличие же специального регулирования отдельных договоров предполагает в свою очередь законодательную фиксацию как минимум ряда из тех признаков, которые относят тот или иной заключенный сторонами контракт к соответствующей поименованной договорной категории.

Такие признаки мы далее будем именовать квалифицирующими. Соответствие заключенного договора всем квалифицирующим признакам какого-либо поименованного договора подводит соглашение сторон под соответствующий поименованный договорный тип и установленные в отношении него специальные нормы. Несоответствие договора хотя бы одному из таких квалифицирующих признаков означает непоименованный статус договора.

Но где мы можем обнаружить такие квалифицирующие признаки поименованного договора? Важнейшее значение для квалификации контрактов в качестве поименованных имеют те нормы специального регулирования, которые закрепляют такие признаки. Подобные нормы можно условно обозначить как квалифицирующие нормы[2]. Как мы

[1] Здесь, правда, стоит напомнить, что судебное правотворчество может выработать ряд специально относящихся к данной категории непоименованных договоров императивных и диспозитивных норм. Признание договора непоименованным не исключает возможность его отнесения к некому прямо не поименованному в законе, но признанному в судебной практике типу и отнюдь не блокирует применения таких норм судебного правотворчества.

[2] Выделение такого рода норм, определяющих критерии классификации заключаемых договоров и отнесения их к тому или иному поименованному типу, хорошо известно и в зарубежной правовой науке. См.: General Clauses and Standards in European Con-

далее покажем, не всегда квалифицирующие признаки поименованных договоров излагаются собственно в специальных нормах закона. Тем не менее большинство квалифицирующих признаков излагается или как минимум должно излагаться с точки зрения корректной законодательной техники в соответствующих специальных нормах законодательства.

Квалифицирующие нормы следует отличать от императивных норм, устанавливающих формальные требования к процессу заключения договора (к форме сделки, к государственной регистрации, оформлению договора в виде единого документа и т.п.). Подобные императивные нормы применяются к договору, который уже прошел первичную квалификацию и на основании тех или иных квалифицирующих признаков отнесен к соответствующей специальной категории. Например, правило о том, что долгосрочный договор аренды здания или сооружения подлежит государственной регистрации, применяется к договору, который был на основании соответствующих квалифицирующих признаков отнесен к данной категории.

Квалифицирующие нормы следует также отличать от императивных норм, предписывающих существенные условия договоров и тем самым определяющих, какие пробелы в контракте носят фатальный для его судьбы характер. Такие нормы устанавливают минимальные требования к содержанию контракта, относящегося к той или иной специальной категории (например, правило о существенности условия о сроках выполнения работ для договоров, квалифицируемых в качестве подрядных). Соответственно применение и таких правил является производным от первоначальной квалификации договора.

Без сомнений квалифицирующие нормы следует отличать и от тех специальных императивных норм, которые направлены на регулирование прав и обязанностей уже заключенного договора того или иного типа (в форме прямых законодательных запретов или императивных предписывающих норм) и тем самым прямо или опосредованно ограничивают свободу определения содержания контракта. Вполне очевидно, что и такие специальные императивные нормы «включаются» только после того, как договор был согласно тем или иным критериям квалифицирован как относящийся к соответствующей договорной модели.

То же самое можно сказать и о специальных диспозитивных нормах, введенных для целей заполнения пробелов в соглашениях, которые отнесены к определенному договорному типу.

---

tract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification / Ed. by S. Grundmann and D. Mazeaud. 2006. P. 115.

Как мы видим, все вышеописанные виды императивных норм и диспозитивные нормы, если они носят специальный характер и включены в законодательное регулирование конкретного типа договоров, начинают применяться только в тех случаях, когда заключенный сторонами договор прошел первичную квалификацию как подпадающий под это специальное регулирование. Квалифицирующие же нормы как раз и фиксируют критерии решения этой диагностической задачи. Такие нормы закрепляют «конструктив» соответствующей поименованной договорной модели. Они имеют принципиальное значение для функционирования пандектной систематики законодательного регулирования. Без наличия под рукой у судьи такого рода закрепленных в законе квалифицирующих критериев механизм правоприменения в сфере договорного права был бы невозможен или крайне затруднен.

Если заключенный договор не соответствует квалифицирующим нормам законодательного режима ни одного из поименованных договоров, он должен считаться непоименованным. В этом принципиальное отличие последствий несоответствия заключенного договора квалифицирующим нормам и последствий противоречия договора диспозитивным нормам или императивным нормам, устанавливающим формальные требования к договору и процессу его заключения, существенные условия или просто регулирующим содержание заключенного договора. Если договор противоречит специальной диспозитивной норме, то это не порочит договор и не препятствует его отнесению к тому поименованному договорному типу, в отношении которого данная норма установлена. Если при заключении договора были не соблюдены соответствующие императивные формальности, договор, как правило, признается либо незаключенным, либо недействительным. Если в договоре не согласованы установленные императивными нормами существенные условия, он в силу ст. 432 ГК РФ также по общему правилу считается незаключенным. Если, наконец, договор противоречит императивным нормам, направленным на непосредственное регулирование отношений сторон по уже заключенному договору, то в силу ст. 168 ГК РФ речь должна по общему правилу идти о недействительности договора в целом или в части соответствующего спорного условия. В то же время, как мы показали выше, смысл включения в законодательство квалифицирующих норм состоит в решении совсем иной, «коллизионной», задачи отнесения заключенной сделки к той или иной поименованной категории договоров.

В этих условиях квалифицирующие нормы, устанавливающие признаки отнесения сделок к тем или иным поименованным договорным моделям, следует в принципе не признавать ни императивными, ни диспозитивными. Как минимум с функциональной точки зрения есть основания выделять такие нормы в самостоятельный разряд.

Выявление квалифицирующих признаков поименованных договоров

Описанная выше теоретическая модель представляется достаточно простой и стройной только на первый взгляд. В реальности сложности возникают при признании конкретных специальных норм законодательства о том или ином поименованном договоре в качестве квалифицирующих, а также при определении квалифицирующих признаков, законодательно не закрепленных.

Рядом с каждой из таких квалифицирующих норм нет «глоссы» с указанием на ее природу. Соответственно выявление тех норм, которые носят квалифицирующий характер, и их отделение от норм императивных и диспозитивных далеко не всегда представляют собой простое занятие.

Как же находить в тексте закона квалифицирующие нормы? Чаще всего такие нормы закрепляются в ГК РФ в законодательных дефинициях соответствующих поименованных договоров[1]. В них обычно законодатель фиксирует предмет поименованного договора в виде основных обязательств сторон договора, из которых вытекает общая правовая природа договора. Например, согласно п. 1 ст. 454 ГК договор купли-продажи определяется как договор, по которому «одна сторона (продавец) обязуется передать вещь (товар) в собственность другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму (цену)». Из этого определения следует, что к договорам купли-продажи относятся как минимум договоры, которые опосредуют передачу вещи: а) в собственность; б) в обмен на деньги. Из буквального прочтения данной, безусловно, квалифицирующей нормы вытекает, что в случаях, когда конкретный договор не соответствует этим критериям и нацелен не на передачу вещи в собственность за денежное вознаграждение, то он не противоречит закону и не является порочным, а просто не подчиняется специальным правилам ГК РФ о договорах купли-продажи. Такой договор в связи с соответствием квалифицирующим нормам, относящимся к другим поименованным договорным моделям, может быть подчинен другому специальному режиму (например, договор мены или дарения) или вынесен в разряд непоименованных договоров (если он не соответствует квалифицирующим признакам ни одного из поименованных договоров).

Но проблема определения квалифицирующих норм усложняется тем, что далеко не всегда исчерпывающий перечень квалифицирующих

[1] В литературе отмечается, что наиболее распространенный способ индивидуализации договорного типа (вида) состоит в указании в основополагающей, формирующей его статье возможных особенностей, которым должна соответствовать данная конструкция. См.: *Брагинский М.И.* Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 73.

признаков того или иного поименованного договора содержится в его законодательном определении. Часто такие нормы могут располагаться в другом месте по тексту правового акта и при этом как пополнять список квалифицирующих признаков, отраженных в законодательном определении данного договорного типа, так и уточнять их. Например, из п. 1 ст. 454 ГК РФ можно сделать вывод о том, что для квалификации договора в качестве договора купли-продажи необходимо, чтобы его предмет состоял в передаче в собственность вещи. Но в реальности этот признак в некоторой степени корректируется нормой п. 4 той же статьи, согласно которой режим купли-продажи применяется и к договорам на передачу за деньги имущественных прав.

Иногда другие нормы могут уточнять те признаки, которые фиксируются в законодательном определении того или иного поименованного договора. Например, определение договора аренды, данное в ст. 606 ГК РФ, говорит о том, что имущество передается арендатору за плату. Из этого ни в коем случае не стоит делать вывод о том, что не будет являться договором аренды контракт, в котором встречное обязательство арендатора не носит денежный характер, а выражается в ином встречном предоставлении. Дело в том, что п. 2 ст. 614 ГК РФ расширяет традиционное понимание «арендной платы» и включает в рамки данного понятия и такие встречные предоставления, как передача некой вещи в собственность, аренду или даже оказание услуг.

Более того, далеко не всегда признаки, отраженные в законодательном определении договора, по своему существу являются квалифицирующими нормами. Они часто могут случайным образом фиксировать просто наиболее характерные, но не обязательные характеристики договора, относимого к этой поименованной договорной категории. Так, например, ст. 506 ГК РФ обозначает договор поставки как договор, направленный на отчуждение товара в обусловленный в договоре срок. С точки зрения политики права и элементарного здравого смысла нет никаких оснований считать указание в договоре срока поставки неким обязательным признаком квалификации договора в качестве договора поставки. Срок поставки в договоре может быть не определен, и вместо него будет применяться общее правило ст. 314 ГК РФ, что, к счастью, показывает и судебная практика ВАС РФ[1].

Также необходимо учитывать и то, что далеко не всегда квалифицирующие признаки договора как таковые выводятся из закона. Часто без анализа судебной практики и научной доктрины определение таких признаков затруднительно. Например, определение договора под-

[1] Данный вывод закреплен, в частности, в п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18.

ряда, данное в ст. 702 ГК РФ, фиксирует то, что договором подряда является договор, нацеленный на выполнение и сдачу заказчику работ. При этом ни в данной статье, ни в ст. 703 ГК РФ о работах, выполняемых по договору подряда, ни где-то еще в тексте Кодекса не дается исчерпывающее определение понятия «работы» и не фиксируются его отличия от понятия «услуги». Соответственно без анализа обширной судебной практики и научной доктрины однозначно определить такой базовый квалифицирующий признак договора подряда, как направленность на выполнение работ, будет достаточно сложно.

Наконец, не стоит забывать, что даже тогда, когда мы четко определили квалифицирующие нормы, установленные в отношении того или иного поименованного договора, остается вопрос о возможности их расширительного или ограничительного толкования. Очень часто суды могут сужать рамки соответствующей поименованной модели за счет ограничительного толкования кодифицированных квалифицирующих норм или, наоборот, расширять эти рамки за счет расширительного толкования таких норм.

Принимая во внимание все эти нюансы, следует признать, что выявление квалифицирующих признаков поименованных договоров не является простым и механическим процессом, а требует серьезного анализа конкретных норм с точки зрения их целей и политики права в целом, а также научной доктрины и судебной практики.

Иногда этот анализ может создавать сложные «классификационные развилки». Например, норма п. 1 ст. 807 ГК РФ устанавливает, что договор займа считается заключенным с момента предоставления займа. Предположим, что сторонами заключен договор, в котором в отступление от этого правила предусмотрена обязанность займодавца предоставить заемщику денежную сумму. При этом допустим, что такой договор в остальном полностью соответствует нормам, которые однозначно являются квалифицирующими применительно к данной договорной модели (деньги передаются в собственность с условием о возврате аналогичной суммы по прошествии некоторого времени). Ответ на вопрос о судьбе такого договора и последствиях противоречия договора норме п. 1 ст. 807 ГК РФ зависит напрямую от природы обсуждаемой законодательной нормы. Эту норму можно признать: а) императивной и устанавливающей формальные требования к процессу заключения данного договора; б) имплицитно диспозитивной и соответственно допускающей согласование сторонами консенсуального займа или в) еще одной квалифицирующей и определяющей рамки соответствующей договорной модели. В первом случае спорный договор не будет считаться заключенным до момента предоставления займа, несмотря на наличие в договоре прямого указания на обязанность займодавца предоставить за-

ем. Во втором случае эти условия будут действительными, а заключенный договор будет считаться именно разновидностью договора займа. В третьем же случае условие будет действительным, но договор выйдет в разряд непоименованных.

Аналогичный выбор мы встречаем, например, в связи с положением п. 1 ст. 380 ГК РФ, которое устанавливает, что внесенный задаток засчитывается в счет платежей по договору, обязательства из которого задатком обеспечиваются. В обороте часто встречается практика включения в предварительный договор соглашения, которое в целом соответствует всем очевидным квалифицирующим признакам задатка, но предусматривает отсрочку реализации платежной функции до момента заключения основного договора. Соответственно здесь ключевое значение приобретает вопрос о природе соответствующей нормы о задатке. Если считать ее императивной, соглашение о задатке, включенное в предварительный договор, который естественным образом не предусматривает платежей, будет ничтожным. Это решение может быть объяснено следующим образом: раз соглашение соответствует всем квалифицирующим признакам задатка, оно подчиняется специальным императивным нормам, а среди прочего и данной норме. Если считать данную норму не императивной, а диспозитивной или дать ей расширительную интерпретацию, такое соглашение будет именно особой формой задатка и будет считаться законным, а платежная функция задатка будет носить отложенный характер и реализовываться при заключении основного договора. Если же признать, что платежная функция задатка, относимая именно к обеспеченному, а не производному от него договору, является еще одним квалифицирующим признаком конструкции задатка, то задаток, включенный в предварительный договор, следует признать законным, но непоименованным способом обеспечения, к которому правила о задатке могут применяться только по аналогии.

Алгоритм выявления квалифицирующих признаков поименованных договоров

При разрешении вышеупомянутых коллизий можно предложить использовать следующий алгоритм анализа.

Для начала необходимо выявить ту поименованную договорную модель, по отношению к которой следует проводить «дифференциальную квалификацию» заключенного сторонами соглашения. Следует определить, имеется ли среди поименованных договоров тот, который prima facie столь близок заключенному сторонами договору, что могут возникнуть веские основания предполагать наличие воли сторон на заключение именно такого поименованного договора.

Если такой поименованный договор обнаружен, возникает необходимость либо подтвердить, либо опровергнуть данную гипотезу. Для этого следует выявить его квалифицирующие признаки и сопоставить с ними заключенный сторонами договор, руководствуясь следующим алгоритмом телеологического толкования.

Во-первых, необходимо выяснить, закреплены ли в специальных нормах законодательства (с учетом существующей судебной практики их применения) о соответствующем поименованном договоре правила, которым заключенный сторонами договор противоречит. Если таких правил нет и заключенный договор соответствует общей дефиниции данного поименованного договора и оговаривает тот же самый предмет договора, есть все основания считать договор относящимся к данной поименованной договорной модели.

Во-вторых, если некое противоречие выявлено, следует определить природу нормы, по отношению к которой имеет место такое противоречие. В частности, необходимо определить, нацелена ли специальная норма, которой заключенный договор противоречит, на закрепление существенных условий такого рода договоров или обязательных формальностей, необходимых для того, чтобы правовая система считала такой договор заключенным. При этом в случае неоднозначности самой нормы суду при ее толковании следует оценивать, имеются ли у разумного законодателя веские основания предъявлять такого рода формальные требования или ограничивать суды в праве заполнить пробел в контракте. Если да, то такая норма действительно может быть признана императивной и не должна считаться квалифицирующей. Соответственно если других оснований считать договор непоименованным не найдется и договор будет соответствовать собственно квалифицирующим признакам данной поименованной модели, то противоречие такой норме будет в той или иной форме порочить договор.

В-третьих, если соответствующая специальная норма явно не нацелена на установление требований к форме сделки, процессу ее заключения или минимальному набору ее условий, необходимо выяснить, не направлено ли включение в законодательное регулирование данной нормы, в противоречие с которой вступает договор, на ограничение свободы определения содержания уже заключенного договора данного типа. При очевидной императивности нормы (например, выражение ее в качестве однозначного запрета) такой вопрос не возникает. В случае применения предписывающей нормы, не оговаривающей прямо законодательный запрет, но при этом не устанавливающей прямо право сторон оговорить иное, у суда могут возникнуть некоторые сомнения в ее природе. При этом суду стоит определить, имеются ли очевидные политико-правовые цели, ради которых государству стоит ограничи-

вать конституционный по своему статусу принцип свободы определения содержания договора. Если да и такие цели очевидны (например, защита слабой стороны договора, интересов третьих лиц или публичных интересов), то такая норма в результате телеологического толкования должна быть признана императивной. Соответственно она не носит квалифицирующий характер, а составляет императивный правовой режим соответствующего договора. Поэтому противоречие этой норме не выводит заключенный договор в ранг непоименованных. При соответствии договора квалифицирующим признакам данного договорного типа, отраженным в других специальных нормах закона или судебного правотворчества, договор будет подчинен этой императивной норме и соответственно в этой части будет считаться недействительным.

В-четвертых, если конкретная специальная норма, которой заключенный договор противоречит, не была отнесена ни к одному из вышеуказанных видов, следует выяснить, не является ли она диспозитивной. Если диспозитивность прямо выражена в соответствующей норме, проблема не возникает: такая норма не является квалифицирующей. Соответственно условие договора, который соответствует квалифицирующим признакам этой договорной модели, но противоречит такой норме, будет иметь приоритет перед ней. Сам же договор, соответствующий истинным квалифицирующим признакам данной договорной модели, будет отнесен именно к ней. Если же диспозитивность эксплицитно не зафиксирована, возникают некоторые сложности. Если исходить из того, что отсутствие в тексте нормы явного атрибута диспозитивности (фразы о праве сторон оговорить иное) отнюдь не означает автоматическое признание нормы императивной, то следует допускать возможность ее имплицитной диспозитивности. Соответственно в ряде случаев суду будет необходимо выбрать между признанием нормы диспозитивной или квалифицирующей. Для разрешения этой проблемы суду следует временно «забыть» об этой норме и определить, не противоречит ли здравому смыслу применение специального законодательного регулирования соответствующего поименованного договора в целом к заключенному сторонами договору. Если большинство норм, составляющих правовой режим соответствующего поименованного договора с точки зрения здравого смысла и целей законодательного регулирования, без особых проблем применимо к квалифицируемому договору, то тогда есть достаточно веские основания такой договор квалифицировать в качестве поименованного, а спорную норму – в качестве диспозитивной. Ведь в ином случае, как мы далее покажем, часто не остается ничего иного, кроме как признать норму квалифицирующей. А это означало бы признание противоречия договора данной норме в качестве основания для признания его непоименованным и отсечения возмож-

ности применения всего блока специальных норм. Применяя «бритву Оккама», мы приходим к выводу, что без наличия серьезных политико-правовых оснований формировать новые договорные модели не стоит. Диспозитивная квалификация спорной нормы позволяет оставить договор в рамках данной поименованной договорной модели и не провоцировать ненужный правовой вакуум.

В-пятых, если отсутствуют убедительные основания считать такую норму императивной или диспозитивной, то имеются веские основания считать данную норму устанавливающей квалифицирующий признак поименованной договорной модели, а противоречие договора такой норме рассматривать как условие признания договора непоименованным. Но прежде чем делать такой вывод, необходимо исключить возможность того, что норма, закрепляющая соответствующий квалифицирующий признак, допускает расширительное толкование. В некоторых случаях такая квалифицирующая норма оказывается выраженной недостаточно емко, и политико-правовые соображения допускают возможность телеологической расширительной интерпретации. Последняя в некоторых случаях может привести к тому, что заключенный договор окажется вполне соответствующим расширительно интерпретированной квалифицирующей норме и в итоге подпадающим под действие режима данного поименованного договора. При решении вопроса о необходимости расширительного толкования квалифицирующей нормы может оказаться полезным вышеприведенный прием мысленного сопоставления специального законодательного режима данного поименованного договора с заключенным сторонами договором, который хотя и не укладывается в буквальное значение соответствующей квалифицирующей нормы, но может быть признан относящимся к категории данного поименованного договора при ее расширительной интерпретации. Если выяснится, что подавляющая часть норм специального режима данной поименованной договорной модели в полной мере применима к такому договору, это должно свидетельствовать в пользу расширительного толкования соответствующей квалифицирующей нормы и соответственно признания договора поименованным. Если же такой мысленный эксперимент приводит к тому, что специальный законодательный режим данного поименованного договора с точки зрения логики, политико-правовых соображений и здравого смысла начинает серьезно «конфликтовать» с договором, который подпал бы под действие этого режима при расширительной интерпретации соответствующей квалифицирующей нормы, это свидетельствует против возможности расширительного толкования. В последнем случае не остается ничего иного, кроме как признать договор не соответствующим квалифицирующим признакам данной поименованной договорной модели и рас-

сматривать его в качестве непоименованного (или, возможно, отнести к некой другой поименованной модели).

Имеет смысл проиллюстрировать применение такого алгоритма телеологического толкования на примерах.

Примеры квалификации

Вышеприведенная методология выявления непоименованных договоров применительно к случаю спорной квалификации нормы ГК РФ о реальности договора денежного займа в связи с заключением сторонами договора консенсуального займа дает следующие результаты.

Очевидно, что договор займа, построенный сторонами по консенсуальной модели, по своей экономической и правовой природе крайне близок к предусмотренному законом реальному договору займа. При этом норма о том, что договор займа считается заключенным с момента его предоставления, явно не направлена на установление существенных условий или ограничение свободы определения содержания уже заключенного договора, но по своей природе вполне может быть признана устанавливающей обязательные требования к порядку заключения такого договора. Тем не менее элементарный политико-правовой анализ демонстрирует, что нет весомых оснований для отказа от признания такого договора действующим с момента заключения договора, обязывающего займодавца предоставить заем. Некоторые сомнения, предопределенные патерналистскими соображениями, могут вызвать консенсуальные договоры займа, в которых займодавцем является гражданин. Но применение этого же требования к сугубо коммерческим займам вряд ли может быть обосновано с точки зрения политики права. Реальный характер договора денежного займа, отраженный в ст. 807 ГК, является просто данью исторической традиции и постепенно отвергается многими развитыми правопорядками как на уровне национального законодательства, так и на уровне актов международной унификации договорного права[1].

[1] Реальные договоры были одним из видов древнеримского «пантеона» признаваемых правом договорных форм. Но после повсеместного утверждения универсальной модели консенсуального договора реальность договора с точки зрения политики права может быть оправданна только при наличии очень веских политико-правовых резонов. Ситуация, когда закон навязывает такую аномалию, как вступление договора в силу с момента передачи вещи, в современных условиях если и может быть объяснена, то в очень редких случаях. Подробнее об исторических корнях конструкции реального договора и постепенном отказе западных правопорядков от императивной реальности некоторых ранее считавшихся не имеющими силы до момента передачи вещи договоров (см.: *Дождев Д.В.* Римское частное право: Учебник для вузов. М., 2005. С. 550; *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. Ч. 3: Договоры и обязательства. С. 108–109; Principles of European Contract Law. P. I–II / Ed. by O. Lando and H. Beale. The Hague: Kluwer Law International, 2000. P. 141; The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commen-

С учетом изложенного остается выбрать между квалификацией данной нормы понимать ее либо в качестве диспозитивной, либо в качестве квалифицирующей. Большинство норм о займе вполне логичным образом применимо к договору займа, построенному по консенсуальной модели. На это указывает и то, что нормы о займе в силу прямого указания в ГК РФ применяются и к бесспорно консенсуальным договорам банковского или товарного кредита. Соответственно замена реальности договора на его консенсуальность не меняет его природу настолько значительно, что предложенное законодателем специальное регулирование теряет свою адекватность. В таких условиях есть все разумные основания признать соответствующую норму не квалифицирующей, а просто диспозитивной. В результате такой телеологической интерпретации консенсуальный договор займа как минимум тогда, когда займодавцем не является гражданин, следует считать договором займа, а не непоименованным договором. В рамках идущей сейчас реформы ГК РФ именно такая идея и предлагается для прямого закрепления в Кодексе[1].

Что касается нормы о том, что платежная функция задатка реализуется в рамках обеспеченного договора, мы можем достаточно легко отвергнуть ее квалификацию в качестве императивно устанавливающей формальные требования к заключению договора или его существенные условия, а также с достаточной уверенностью не признать ее направленной на ограничение свободы уже заключенного договора. Последнее связано с тем, что нет никаких убедительных политико-правовых оснований ограничивать право сторон отложить платежный эффект задатка до момента заключения основного договора[2]. Выбор же между расширительной интерпретацией данной нормы (и соответственно признанием за такого рода соглашением природы именно особой формы задатка) или признанием ее квалифицирующей (с вытекающим отсюда признанием задатка в предварительном договоре непоименованным способом обеспечения) менее принципиален в силу крайне скудного законодательного регулирования института задатка. «Цена вопроса» оказывается не столь высока.

Тем не менее, взвешивая все за и против, считаем, что удобнее признать, что стороны могут оговорить в договоре отложенный эффект платежной функции и при этом продолжать называть соответствующее

tary / Ed. by D. Busch, E.H. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas, W.M. Schrama. Nijmegen, 2002. P. 77, 78).

[1] http://www.privlaw.ru

[2] Практика Президиума ВАС РФ по этому вопросу пока строится на обратной позиции и признает задаток в предварительном договоре ничтожным в силу противоречия закону (Постановление Президиума ВАС РФ от 19 января 2010 г. № 13331/09). Критику этого подхода см.: *Карапетов А.Г.* Есть ли смысл в запрете обеспечения задатком обязательств из предварительного договора? // Вестник ВАС РФ. 2010. № 8.

средство обеспечения задатком. Отложенный эффект платежной функции не меняет в конструкции задатка ничего настолько существенного, чтобы лишить смысла применение к этому соглашению таких норм, как нормы о его письменной форме (п. 2 ст. 380 ГК), о необходимости вернуть задаток при прекращении обеспеченных обязательств невозможностью исполнения или по соглашению сторон (п. 1 ст. 381 ГК), о зачетном соотношении с убытками (п. 2 ст. 381 ГК). В принципе при признании задатка в предварительном договоре законным, но непоименованным средством обеспечения, все эти нормы при необходимости можно было бы применять по аналогии. Но соображения экономии интеллектуальных усилий, которые обычно потребуются от сторон для убеждения суда в необходимости применения аналогии закона, подсказывают нам, что вариант с признанием нормы о том, что платежный эффект реализуется в рамках обеспеченного договора, в качестве квалифицирующей все-таки менее удачен. Такую норму соответственно следует подвергнуть расширительной телеологической интерпретации и признать, что она допускает возможность отложенного эффекта платежной функции задатка. На право сторон обеспечить задатком предварительный договор справедливо указывается в практике Верховного Суда РФ[1] и в рамках опубликованного в 2011 г. проекта реформы ГК РФ[2].

Возьмем в качестве еще одного примера п. 1 ст. 807 ГК РФ, согласно которому договор займа заключается в отношении родовых вещей или денег. Означает ли это, что договор займа, объектом которого являются бездокументарные ценные бумаги (например, акции), не являющиеся в буквальном смысле родовыми вещами, следует признать незаконным (если считать данную норму императивно ограничивающей свободу договора) или непоименованным (если данная норма должна рассматриваться как квалифицирующая)? Норма п. 4 ст. 3 Закона о рынке ценных бумаг прямо допускает предоставление брокером своим клиентам ценных бумаг в качестве займа. Но как быть в случае, который не подпадает под действие данной нормы (например, когда такой договор заключается не с брокером)?

Некоторые суды приходят к ошибочному, на наш взгляд, выводу о ничтожности такого договора. Логика здесь традиционная для россий-

[1] В определении Верховного Суда РФ от 10 марта 2009 г. № 48-В08-19 указывается: «Основная цель задатка – предотвратить неисполнение договора. При этом Гражданский кодекс Российской Федерации не исключает возможности обеспечения задатком предварительного договора... предусматривающего определенные обязанности сторон по заключению в будущем основного договора, и применения при наличии к тому оснований (уклонение стороны от заключения основного договора) обеспечительной функции задатка, установленной пунктом 2 статьи 381 ГК Российской Федерации и выражающейся в потере задатка или его уплате в двойном размере стороной, ответственной за неисполнение договора».

[2] http://www.privlaw.ru

ской, в целом не дружественной к свободе договора судебной практики: в ст. 807 ГК РФ написано о займе денег или родовых вещей, следовательно, заем бездокументарных ценных бумаг ничтожен[1]. Для такого блокирования автономии воли сторон, как нам кажется, нет никаких внятных политико-правовых оснований. Соответственно вряд ли имеет смысл считать норму п. 1 ст. 807 ГК РФ императивной. Данная норма об объекте займа со всей очевидностью является квалифицирующей. Поэтому на первый взгляд может показаться, что договор займа акций следует признать непоименованным. Но такой вывод безосновательно формирует регулятивный вакуум и отсекает в отношении данного договора применение законодательного регулирования займа, бóльшая часть которого абсолютно уместна и в отношении займа бездокументарных ценных бумаг. Если в силу прямого указания в ГК РФ нормы Кодекса о купле-продаже применяются к купле-продаже имущественных прав, почему бы и регулятивному режиму договора займа не «покрывать» собой заем не вещей, а бездокументарных ценных бумаг? Отсутствие в правилах о займе прямой оговорки на сей счет вряд ли нас должно останавливать. Поэтому было бы разумно квалифицирующую норму п. 1 ст. 807 ГК РФ об объекте займа, явным образом устанавливающую квалифицирующий признак данной договорной модели, интерпретировать расширительно, с тем чтобы данный режим «обнял» собой и договор займа бездокументарных ценных бумаг. Проект новой редакции ГК РФ предусматривает именно такую новеллу.

Иногда предварительные договоры предусматривают, что лишь одна из сторон имеет право в рамках установленного срока инициировать процесс заключения основного договора. Данная договорная конструкция несколько противоречит ст. 429 ГК РФ, которая говорит о сторонах, имеющих право инициировать заключение основного договора. На основании этого в литературе выдвигалось мнение, что такой договор de lege lata невозможен[2]. По сути данная позиция опирается на то, что упоминание в указанной статье слова «сторона» во множественном числе носит императивный характер.

Мы никак не можем признать эту позицию оправданной. В одностороннем предварительном договоре нет ничего, что могло бы оправдать ограничение конституционного принципа договорной свободы с точки зрения политики права. Российское право не блокирует возможность заключения договоров, опосредующих предоставление од-

[1] См., напр.: Постановление ФАС Московского округа от 7 мая 2003 г. по делу № КГ-А40/2292–03; Постановление ФАС Дальневосточного округа от 3 марта 2005 г. № Ф03-А51/05-1/872.

[2] *Белов В.А.* Гражданское право: Общая часть. Т. II: Лица, блага, факты. М., 2011. С. 699.

носторонних обязательств. Если оно допускает заключение договоров поручительства, предоставление залога третьим лицом, договоры ссуды, безвозмездный заем или дарение, оформляющие одностороннее *материальное* обогащение лишь одного из контрагентов, то было бы просто странно предположить, что оно при этом может зачем-то ограничивать свободу одной стороны дать одностороннее *организационное* обязательство акцептовать оферту другой стороны, если последняя решит заключить основной договор.

Соответственно, вооружившись данными политико-правовыми аргументами, рассматриваемую норму либо стоит интерпретировать в качестве квалифицирующей и признать заключенный договор непоименованным, либо подвергнуть расширительной телеологической интерпретации и признать спорный договор вариацией конструкции предварительного договора. Оба варианта приемлемы, так как не влекут ограничение свободы договора. Разница же между ними незначительна в силу крайне скудного законодательного регулирования предварительного договора. Несколько содержательных норм ст. 429 ГК РФ с телеологической точки зрения вполне применимы к односторонней его вариации, что свидетельствует скорее в пользу расширительного толкования. Но в принципе нужный результат может быть без большого труда обеспечен и путем аналогии закона.

Можно вспомнить также и другой пример из недавней судебной практики. Договор между собственником здания и другим лицом, на основании которого последнее использует отдельный конструктивный элемент этого здания для размещения рекламных конструкций, был признан ВАС РФ непоименованным договором[1]. ВАС РФ отметил: «Спорный объект представлял собой не вещь, а необособленную часть конструктивного элемента здания. Признать часть крыши самостоятельным объектом аренды не представляется возможным ни с теоретических позиций, ни с позиций правового регулирования (ст. 607 ГК РФ). Следовательно, заключить договор аренды в отношении объекта, который не может быть объектом аренды, невозможно». На наш взгляд, такое решение, руководствуясь выведенным выше алгоритмом анализа, следует считать необоснованным. Договор на предоставление конструктивных элементов здания для размещения на них тех или иных рекламных или иных конструкций, думается, можно было бы вполне обоснованно отнести именно к разновидности договора аренды, интерпретировав норму о предмете аренды несколько расширительно. Необособленная часть конструктивного элемента здания (например, крыши) вряд

[1] Пункт 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой».

ли действительно является самостоятельной вещью в контексте норм об объекте аренды. Но если ранее судебная практика расширительно толковала понятие «здания и сооружения» (ст. 650 ГК), включив в него и помещение как часть здания или сооружения, то вряд ли имеются веские основания не идти по этому пути и дальше и не признать режим аренды здания или сооружения распространяющимся и на договоры, по которым арендуются определенные конструктивные элементы зданий. Для этого достаточно применить расширительное толкование дефиниции договора аренды. Подавляющее большинство норм о договоре аренды вполне применимо в качестве регулирования данного договора, в силу чего его выведение за рамки детальных норм об аренде вряд ли разумно с логической и прагматической точек зрения и образует неоправданный правовой вакуум.

Этот вывод подтверждается и в самой практике ВАС РФ. Так, несколько позднее ВАС РФ решил, что к таким непоименованным договорам нормы об аренде применяются по аналогии[1] (в том числе и нормы об обязательности государственной регистрации долгосрочной аренды недвижимости). Суд тем самым не отказался от сделанного выбора в пользу непоименованного статуса такого договора, но, дезавуировав все практические последствия такого выбора и подведя этот договор под режим аренды посредством ссылки на аналогию закона, по сути признался в том, что серьезных оснований для отказа в признании такого договора договором аренды просто нет. Такая «оптовая» и тем самым по сути аномальная аналогия закона, приводящая к применению к непоименованному договору не отдельной нормы из законодательного режима некого поименованного договора, а всего этого специального режима целиком, есть очевидное свидетельство того, что на самом деле спорный договор непоименованным не является и квалификационные рамки соответствующей поименованной договорной модели должны быть расширены, чтобы охватить и такой договор.

В обороте иногда встречаются условия или отдельные соглашения о товарной неустойке. Такое соглашение вступает в противоречие с нормой п. 1 ст. 330 ГК о том, что предмет неустойки – деньги. Данная норма является, очевидно, квалифицирующей. Соответственно нам необходимо выбрать между тем, чтобы признавать товарную неустойку непоименованным средством обеспечения, с одной стороны, и тем, чтобы, расширительно истолковав норму п. 1 ст. 330 ГК о предмете неустойки, признать товарную неустойку все-таки разновидностью неустойки, – с другой. Оба варианта вполне приемлемы. Но все же в силу принци-

[1] Пункт 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания».

пиальной применимости mutatis mutandis всех норм о неустойке к неустойке товарной, видимо, логичнее дать норме о денежном характере неустойки расширительное толкование и признать товарную неустойку, как это делается в большинстве зарубежных стран, разновидностью неустойки[1]. Это сняло бы необходимость обоснования применения ст. 333 ГК РФ и ряда других норм о неустойке (например, о праве суда снизить несоразмерную неустойку) по аналогии закона[2].

В вышеприведенных примерах мы выступали за более гибкий «конструктив» поименованных договорных моделей, толкуя спорные нормы в качестве диспозитивных либо давая им расширительную интерпретацию. Неоправданно узкие рамки поименованных договорных моделей будут «выталкивать» любые усовершенствования сторонами таких типовых моделей в разряд непоименованных договоров с отсечением возможности применения соответствующих специальных норм, большинство из которых может быть абсолютно адекватным в качестве регулятивного режима заключенного договора. Но рамки поименованных договорных моделей не могут расширяться до бесконечности. В тех случаях, когда заключенный договор начинает явно и существенно противоречить квалифицирующим признакам соответствующего поименованного договора и значительная часть применимых специальных норм перестает быть адекватной той измененной договорной конструкции, которую согласовали стороны, праву стоит выносить заключенный договор в ранг непоименованных договоров.

В качестве примера можно привести достаточно распространенные договоры, по которым отель договаривается с частным предпринимателем о том, что тот имеет право оказывать на территории отеля его постояльцам те или иные услуги или реализовывать им те или иные товары (например, сувенирные) без фиксации определенного места оказания этих услуг или продажи товаров, такой договор предусматривает оплату за получение такого права. К тому же типу могут быть отнесены договоры аэропорта с банком, по которым сотрудники банка получают за плату право перемещаться по территории аэропорта и предлагать пассажирам те или иные банковские продукты (например, оформить банковскую карту).

Такие договоры явно не соответствуют квалифицирующим признакам ни договора аренды, ни договора возмездного оказания услуг да-

[1] Подробнее см.: *Карапетов А.Г.* Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М., 2005.

[2] Недавно Пленум ВАС РФ закрепил иную позицию, признав товарную неустойку непоименованным средством обеспечения (п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации»). При этом ВАС РФ признал применимым к такой товарной неустойке норму ГК РФ о праве суда снизить неустойку (ст. 333).

же при наиболее «творческом» подходе к их определению. К тому же большая часть специальных норм, включенных в законодательное регулирование этих договоров, просто неадекватна существу заключенного договора. Например, вряд ли можно признать, что предоставление контрагенту права оказывать услуги или реализовывать товары третьим лицам на своей территории является некой услугой. Ведь в приведенных примерах совершение тех или иных действий отелем или аэропортом не входит в основной предмет договора: суть их обязательств скорее выражается в непрепятствовании банку или предпринимателю в осуществлении им своей коммерческой деятельности на соответствующей территории. В отличие же от аренды недвижимости в наших примерах не происходит фиксация конкретной пространственной площади, сданной в аренду. Соответственно вряд ли есть основания для расширительного толкования квалифицирующих признаков договоров оказания услуг и аренды, с тем чтобы в рамки этих поименованных моделей были включены данные заключенные сторонами договоры. Поэтому в перечисленных примерах, видимо, речь должна идти именно о непоименованных договорах.

Или другой пример. В сфере футбола распространены так называемые договоры трансфера спортсмена. Под таковыми понимается договор, заключаемый между профессиональными футбольными клубами, определяющий порядок, сроки и условия перехода (трансфера) футболиста-профессионала из одного клуба в другой. Причем такие договоры бывают направлены как на «продажу» футболиста, так и на его «аренду» с правом или без права «выкупа»[1]. Не секрет, что цена таких договоров зачастую исчисляется десятками миллионов евро. Как квалифицировать данные договоры? Как договоры, противоречащие императивным нормам, установленным законодателем в отношении объекта договоров купли-продажи или аренды, и как следствие недействительные полностью или в части? Либо же как непоименованные договоры, имеющие лишь отдельные схожие черты с договорами купли-продажи или аренды, но не являющиеся ими? Очевидно, что «объект» такого договора не соответствует квалифицирующим по своей природе тре-

[1] Регламент РФС по статусу и переходу (трансферу) футболистов 2011 г. дает определение трансферному договору: «Трансферный контракт – двусторонний договор, заключаемый между профессиональными футбольными клубами, определяющий порядок, сроки и условия перехода (трансфера) футболиста-профессионала». Этот же Регламент определяет и понятие договора аренды футболиста: «Трансферный контракт на условиях «аренды» – трехсторонний договор, заключаемый между профессиональными футбольными клубами и футболистом-профессионалом, определяющий порядок, сроки и условия перехода (трансфера) футболиста-профессионала на условиях «аренды»». Небезынтересно, что аренда в данной статье упоминается в кавычках. Текст Регламента см.: http://www.rfs.ru

бованиям к объекту договора купли-продажи или аренды и не может быть «объят» понятиями «вещь» или «имущественное право» даже при самой расширительной их интерпретации. В связи с этим в литературе иногда делается вывод о том, что все «подобные договоры должны признаваться ничтожными, поскольку физические лица (игроки) являются субъектами гражданских прав и ни при каких условиях не могут признаваться объектами гражданско-правовых сделок»[1].

Позволим себе не согласиться с такой квалификацией. Положения п. 1 ст. 454 и ст. 607 ГК РФ о том, что объектом купли-продажи является вещь, а в аренду передаются непотребляемые вещи, вряд ли стоит рассматривать как императивные нормы, направленные на ограничение договорной свободы. Здесь мы имеем дело с классическими квалифицирующими нормами, несоответствие которым не лишает заключенный договор юридической силы, но отсекает возможность его отнесения к категории купли-продажи или аренды. Возможность расширительного толкования понятия «вещь» в целях включить в него и человека в условиях, когда ушли в прошлое рабовладение и крепостное право, просто абсурдна и обсуждаться не может. Соответственно, учитывая уникальность предмета таких договоров, а также затруднительность их отнесения к другим существующим поименованным договорным конструкциям, остается признать, что такие договоры являются непоименованными. Такого вывода стоит придерживаться по крайней мере до тех пор, пока не будут приняты нормативные правовые акты гражданско-правового характера, регламентирующие данные договорные типы (к коим, безусловно, не относятся регламенты РФС и иные документы, изданные общественными организациями)[2].

Подчас в обороте заключаются соглашения сторон, иногда называемые соглашениями о намерениях, в которых стороны, зафиксировав общие параметры будущего договора, обязуются добросовестно вести переговоры по согласованию оставшихся условий (например, условий о цене или некоторых иных существенных или несущественных усло-

[1] *Брагинский М.И.*, *Витрянский В.В.* Договорное право. Договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2005. С. 464.

[2] Сделанный вывод о непоименованном статусе данного договора отнюдь не предрешает решение вопроса о политико-правовой оправданности самой идеи об ограничении права спортсмена как работника по трудовому договору на свободное увольнение. В случае если право признает такое отступление от общих принципов трудового права недопустимым и ограничивающим конституционные права работника, а соответствующие регламенты спортивных ассоциаций будут признаны незаконными, то сама потребность в заключении трансферных контрактов между клубами и кауза такого рода сделок, как представляется, отпадут. Футболисты, как и другие работники, смогут свободно увольняться и уходить на работу в тот клуб, который предложит им лучшие условия труда и оплаты. Финансовые расчеты между клубами окажутся лишенными каких-либо юридических оснований.

вий) и стремиться заключить договор к определенной дате, предусматривая, что в случае необоснованного уклонения от исполнения данной обязанности другой стороне возмещаются убытки или уплачивается неустойка. Такие соглашения могут также оговаривать эксклюзивность, т.е. обязательства сторон до указанной даты не вести переговоры по данному вопросу с другими лицами. При этом возможность принуждения к заключению договора сторонами явным образом не подразумевается: за нарушение предусмотренной обязанности договор предписывает взыскание убытков. При попытке осуществить правовую квалификацию такого договора выясняется, что ближайший по свой экономической направленности поименованный договор – это конструкция предварительного договора, закрепленная в ст. 429 ГК РФ. Можно ли признать такой договор предварительным? Для ответа на этот вопрос необходимо понять, что означает несоответствие заключенного договора положениям нормы п. 1 названной статьи, которая указывает на то, что предварительный договор порождает обязательства не стремиться прийти к соглашению, а заключить в будущем договор на условиях, предусмотренных предварительным договором.

Применение приведенного выше алгоритма телеологического толкования приводит нас к выводу о том, что норма п. 1 ст. 429 ГК РФ устанавливает квалифицирующие признаки предварительного договора (обязательство акцептовать поступившую оферту и тем самым заключить договор на ранее уже согласованных условиях), которые в свою очередь создают основания для применения к нарушителю судебного принуждения к заключению договора. Стороны же договора в рассматриваемом нами примере предусматривают обязанности стремиться или приложить максимальные усилия к согласованию будущего договора, а не гарантируют, как это характерно именно для предварительного договора, заключение основного договора. Это ощутимое отличие предполагает не только отсутствие возможности требовать заключения основного договора в суде, но и делает бессмысленным применение целого ряда других правил ст. 429 ГК РФ о предварительном договоре. В частности, отпадает жесткая необходимость наличия в таком соглашении всех существенных условий основного договора, в значительной степени теряет смысл императивная норма о необходимости совпадения формы основного и предварительного договора, а также лишается смысла норма о том, что обязательства сторон не прекращаются, если до истечения согласованного срока одна из сторон направила другой стороне предложение заключить договор.

Как мы видим, попытка «затащить» заключенный сторонами договор в рамки конструкции предварительного договора вызывает значительные трения с законодательным режимом последнего. Это по-

зволяет сделать вывод о том, что не следует растягивать «конструктив» модели предварительного договора настолько, чтобы он «обнял» и договор, предусматривающий обязательства прилагать усилия к добросовестному согласованию условий договора и ответственность за нарушение данной обязанности. Рассматриваемый договор является непоименованным, будучи нацеленным на регулирование поведения сторон на преддоговорной стадии и конкретизацию оснований и условий привлечения к преддоговорной ответственности за недобросовестный срыв переговоров.

Аналогичная ситуация возникает и с опционным договором. Этот крайне распространенный в зарубежном и российском обороте договор фиксирует все условия будущего договора, но откладывает вступление его в силу до момента, когда одна из сторон заявит о своем желании совершить соответствующую экономическую операцию. По сути такой договор структурирует предоставление безотзывной оферты на определенный срок, дает одной из сторон право на ее акцепт и оговаривает ряд прав и обязанностей на период до такого акцепта. В частности, очень часто такой договор предусматривает опционную премию, т.е. плату, которую акцептант должен заплатить при заключении опционного договора за получение права на акцепт и возможность реализовать его в течение, как правило, достаточно длительного срока. В случае акцепта эта премия не засчитывается в счет платежей по основному договору; в случае же пропуска срока на акцепт опционная премия не возвращается. Такой договор в некотором смысле напоминает конструкцию предварительного договора, но вступает в противоречие с установленными в отношении такого договора квалифицирующими нормами о возникновении из предварительного договора *обязательств* по заключению основного договора и необходимости судебного принуждения при уклонении контрагента от исполнения данной обязанности. Даже при самой широкой интерпретации этих норм вполне очевидно, что их противоречие воле сторон настолько существенно, что опционный договор не может рассматриваться как разновидность предварительного договора. В литературе было высказано предложение прямо урегулировать такой договор в ГК РФ[1]. Законодательное регулирование опционного договора планируется к включению в новую редакцию ГК РФ в рамках идущей реформы гражданского законодательства. Соответственно в случае вступления в силу новой редакции Кодекса такой договор станет поименованным[2]. Но до тех пор суды должны призна-

[1] *Карапетов А.Г.* Анализ некоторых вопросов заключения, исполнения и расторжения договоров в контексте реформы обязательственного права России // Вестник ВАС РФ. 2009. № 12. С. 33–36.

[2] http://www.privlaw.ru

вать такой договор непоименованным и не пытаться искусственно интерпретировать его как предварительный.

При этом далеко не всегда квалификация договора в качестве непоименованного вызывает столь серьезные сложности. Иногда непоименованная природа договора очевидна и не вызывает никаких сомнений просто в силу отсутствия похожих поименованных договоров. Так, например, к числу непоименованных договоров следует отнести получившие широкое распространение в деловой практике соглашения о конфиденциальности. Такое соглашение может именоваться сторонами по-разному: например, соглашение о неразглашении (non-disclosure agreement) или соглашение об обмене конфиденциальной информацией (agreement for exchange of confidential information). Спецификой подобного соглашения является тот факт, что оно представляет собой совокупность отрицательных обязательств (зачастую взаимных) по неразглашению переданной конфиденциальной информации. Вывод о непоименованной природе такого договора вытекает из того, что среди поименованных договоров просто отсутствует хотя бы один договор, в число ключевых квалифицирующих признаков которого входило бы негативное обязательство или тем более обмен взаимными негативными обязательствами.

Анализ судебной практики арбитражных судов позволяет выявить и целый ряд других договоров, признаваемых судами в качестве непоименованных. Так, в частности, судами признаются непоименованными: договор вексельного займа (кредита)[1], договор о предоставлении торгового места на рынке[2], договор о предоставлении персонала[3], многостороннее соглашение о взаимозачете[4], соглашение об обеспечительном (гарантийном) депозите (платеже), вносимом контрагентом в обеспечение своих возможных к возникновению в будущем денежных обязательств[5], и многие другие. Как минимум некоторые из них действительно являются непоименованными (например, обеспечительный депозит). Думается, есть определенные основания для признания не-

[1] Постановление Президиума ВАС РФ от 7 июля 1998 г. № 3762/98; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 11 июня 2008 г. № А58-6020/07-0104-Ф02-1729/08 по делу № А58-6020/07-0104; Постановление ФАС Уральского округа от 22 апреля 2010 г. № Ф09-2673/10-С4 по делу № А50-18519/2008.

[2] Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 18 января 2010 г. по делу № А38-934/2009.

[3] Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 14 мая 2010 г. по делу № А45-14601/2009. См. также: Постановление ФАС Поволжского округа от 25 сентября 2007 г. по делу № А65-7899/06.

[4] Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 10 мая 2007 г. № Ф04-2681/2007(33869-А46-4) по делу № А46-10106/2006; Постановление ФАС Центрального округа от 20 ноября 2003 г. № А54-716/03-С19.

[5] Постановление ФАС Московского округа от 7 апреля 2008 г. № КГ-А40/2664-08.

поименованными распространенных в зарубежной практике и иногда встречающихся и в России трехсторонних договоров эскроу (условного депонирования), опосредующих депонирование должником подлежащего передаче кредитору имущества у посредника (эскроу-агента), который в свою очередь обязан передать данное имущество бенефициару при наступлении указанных в договоре условий или вернуть допененту в случае их ненаступления.

Некоторые из признаваемых судами или подлежащих признанию непоименованных договоров в рамках идущей на момент написания настоящей работы рекодификации гражданского законодательства РФ станут договорами поименованными (например, обеспечительный платеж, договоры эскроу, опционный договор и др.)[1]. Но до тех пор они имеют статус непоименованных договоров.

При этом следует осознать, что дальнейшее развитие оборота и его глобализация неминуемо потянут за собой все новые и новые договорные формы. Некоторые из них можно будет легко уложить в рамки признанных в законодательстве договорных моделей или считать смешанными. Иные договоры, как мы далее покажем, в силу наличия веских политико-правовых оснований, возможно, придется признавать незаконными как направленные на недобросовестный обход закона. Но целый ряд таких договоров окажется в статусе допустимых непоименованных договоров и продержится в таком статусе вплоть до момента, когда законодатель решится соответствующую договорную модель законодательно урегулировать (как это вскоре, видимо, произойдет с опционным договором).

Итоговые замечания

Из всего изложенного вытекает, что вопрос о квалифицирующих признаках поименованных договоров имеет колоссальное влияние на свободу заключения непоименованных договоров.

Во-первых, чем большее число квалифицирующих признаков поименованного договора в праве выделяется, тем у́же соответствующие рамки этой договорной модели и тем чаще похожий заключаемый в обороте договор будет вступать в противоречие с одной или несколькими квалифицирующими признаками и вытесняться в разряд непоименованных. И наоборот, чем меньше квалифицирующих признаков у поименованных договоров и чем шире рамки этих моделей, тем чаще конкретные договоры оказываются ими перехваченными и подпадают под специальное правовое регулирование. С точки зрения договорной свободы разница состоит в том, что в первом случае она максимизируется, под-

[1] www.privlaw.ru

падая под действие минимального набора общих императивных норм обязательственного и договорного права, в то время как во втором несколько ограничивается в силу подпадания еще и под действие специальных императивных норм, применимых в отношении соответствующего поименованного договора.

На наш взгляд, количество квалифицирующих признаков поименованных договоров не должно быть ни недостаточным, ни избыточным. В идеале рамки соответствующей договорной модели должны, включая очевидные «ядровые» договорные конструкции, расширяться ровно до тех пор, пока специальные императивные и диспозитивные нормы, принятые для адекватного регулирования этих «ядровых» договорных конструкций, остаются адекватными тем схожим договорам, которые под действие соответствующей модели могут подпадать. На каком-то этапе естественное нежелание без надобности плодить новые договорные модели начинает стоить обороту слишком дорого в силу роста случаев неадекватности применяемого специального правового регулирования природе востребованной в обороте сделки. И тогда расширение рамок поименованной модели должно быть остановлено, и возникают основания для признания судами нового непоименованного договора. Споры о квалифицирующих признаках поименованного договора, собственно говоря, направлены именно на эту динамику по расширению и сужению указанных рамок и соответственно косвенно предопределяют частоту признания судами непоименованных договоров.

Во-вторых, из вышесказанного вытекает, что правовая система, которая хочет подавить договорную свободу, будет иметь склонность признавать многие специальные нормы с неопределенным функциональным статусом не диспозитивными и не квалифицирующими, а императивными. Непризнание спорной нормы в качестве квалифицирующей будет снижать количество квалифицирующих признаков поименованного договора и расширять его рамки. Соответственно большее число заключаемых договоров будет оказываться на уже известной правоприменителю «полке пандектного шкафа» и подчиняться набору специальных императивных норм. Правовая система с более либеральным подходом в сфере автономии воли сторон не будет склонна без серьезных политико-правовых оснований признавать спорные специальные нормы в качестве императивных, а будет стремиться давать им диспозитивную или квалифицирующую интерпретацию. В обоих случаях автономия воли будет сохранена, но в последнем случае — ценой признания ряда схожих по своей природе договоров непоименованными.

На наш взгляд, либеральный вариант является, при прочих равных условиях, более предпочтительным как вытекающий из базовой кон-

ституционной презумпции свободы договора. Тем не менее императивная квалификация также в ряде случаев вполне возможна, если того требуют очевидные политико-правовые соображения (защита слабой стороны договора, публичного интереса или интересов третьих лиц).

§ 3. Принципы правового регулирования непоименованного договора

Применение общих норм о сделках, обязательствах и договорах

По вопросу о правовом регулировании непоименованных договоров, казалось бы, не должно быть каких-либо сомнений. Судя по доступным нам источникам, в большинстве стран основной принцип регулирования таких договоров состоит в том, что к ним напрямую применяются лишь общие положения о сделках, обязательствах и договорах, в то время как специальные нормы о поименованных договорах могут применяться лишь по аналогии закона. Когда Д.И. Мейер отмечал, что непоименованные («безымянные») договоры регулируются исключительно общими положениями законодательства о договорах[1], а И.Б. Новицкий, соглашаясь с приоритетом общих положений обязательственного права, упоминал возможность применения специальных норм о сходных поименованных договорах только по аналогии закона[2], они отражали ту позицию, которая является абсолютно доминирующей во всех развитых странах как минимум со времен дифференциации норм договорного права на общие и специальные положения.

Тем не менее этот подход (применение общих норм о сделках, обязательствах и договорах в автоматическом порядке и применение специальных норм о поименованных договорах только по аналогии закона) был почему-то поставлен под сомнение рядом советских и российских цивилистов. Так, М.И. Брагинский полагает, что к непоименованным договорам необходимо применять прежде всего нормы о сходном типе поименованных договоров, и только при их отсутствии – общие нормы, регулирующие гражданско-правовые договоры и обязательства[3]. По мнению О.Ю. Скворцова, к отношениям, вытекающим из непоименованных договоров, применяются в первую очередь те условия, которые сформулировали сами стороны; в случае отсутствия таких условий – нормы ГК РФ, регулирующие сходные договорные типы; и толь-

[1] *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. М., 2003. С. 500.

[2] *Новицкий И.Б., Луиц Л.А.* Общее учение об обязательстве. С. 103.

[3] *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 1997. С. 409; *Брагинский М.И.* Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 50–53.

ко в последнюю очередь – общие нормы обязательственного права[1]. Д.В. Огородов и М.Ю. Челышев также исходят из того, что к непоименованным договорам должны в первую очередь применяться специальные нормы о сходном поименованном договоре[2]. Подобной точки зрения, видимо, придерживался и О.С. Иоффе, который отмечал, что «когда формируется не противоречащее закону, но и не предусмотренное им договорное обязательство нового типа, его нормирование должно осуществляться по аналогии закона или в подлежащих случаях по аналогии права»[3].

Данная позиция является, на наш взгляд, в корне неверной. Во-первых, такой подход просто нелогичен, так как в значительной степени лишает какого-либо смысла выделение непоименованных договоров и признание такого права в законе. Какой смысл в квалификации договора в качестве непоименованного, если к нему будут применяться специальные нормы о неком похожем поименованном договоре? Ведь, как мы показали в приведенных выше примерах, у многих непоименованных договоров имеются близкие поименованные договорные конструкции. Если заключенный договор действительно является непоименованным и отступает от квалифицирующих признаков схожих поименованных договоров, он не может автоматически подчиняться специальным нормам о таких договорах.

Во-вторых, такой подход приводит к значительному и неадекватному подавлению договорной свободы. Это особенно настораживает в условиях, когда в силу закрепившейся в российском праве презумпции императивности в специальных нормах о поименованных договорах имеется огромное число случайных императивных норм. По сути идея о приоритетном применении к непоименованному договору специальных норм о неком похожем поименованном договоре просто подрывает саму возможность заключения непоименованного договора. Ведь в специальном режиме близкого поименованного договора очень часто найдется немало императивных норм, которым будет скорее всего противоречить договор непоименованный. Последнее вполне объяснимо в силу того, что непоименованный договор (если, конечно, он таковым является по существу) направлен на совсем иную цель или предусматривает принципиально иную структуру прав и обязанностей для достижения сходной цели. Автоматическое применение вопреки этому императивных норм о схожих поименованных договорах просто связывает участникам оборота руки и блокирует поступательное развитие договорной

[1] Гражданское право: Учебник. Т. 1 / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2008. С. 844, 845.

[2] *Огородов Д.В.*, *Челышев М.Ю.* Смешанный договор и вопросы теории правового регулирования // Законодательство и экономика. 2007. № 3. С. 43, 44.

[3] *Иоффе О.С.* Обязательственное право. СПб., 2004. С. 87.

практики. Применение специальных норм возможно лишь в исключительном порядке и только посредством аналогии закона.

В-третьих, приоритетное применение специальных норм о схожих поименованных договорах ввергает правоприменение в неопределенность. Например, неясно какой уровень необходимой «схожести» требуется для того, чтобы соответствующие нормы о поименованном договоре автоматически применялись к соглашению сторон. Неясно также, как быть при наличии нескольких похожих поименованных договорных моделей.

В-четвертых, такой подход не соответствует и европейской традиции договорного права. Как уже отмечалось, в большинстве зарубежных стран и дореволюционном российском праве исходят и исходили из того, что если договор признан непоименованным, это означает, что он регулируется именно общими положениями договорного и обязательственного права и специальные нормы о поименованных договорах к нему автоматически не применяются.

Таким образом, специальные нормы о поименованных договорах не должны применяться к непоименованным договорам автоматически, без оценки их политико-правовой уместности в контексте договоров с иной структурой прав и обязанностей и имеющих иную цель. Такую избирательность может обеспечить только применение принципа аналогии закона.

Поэтому стоит признать верной укоренившуюся в западном праве и поддержанную Д.И. Мейером и И.Б. Новицким идею о том, что основным источником регулирования непоименованных договоров являются общие нормы гражданского права о сделках, обязательствах и договорах. При таком подходе свобода сторон непоименованного договора определять его условия ограничена общими императивными нормами договорного права. Правда, вряд ли вслед за этими авторами стоит вводить абсолютно жесткую иерархию источников регулирования непоименованного договора.

Дело в том, что в двух случаях приоритетное применение специальных законодательных норм о поименованных договорах действительно может стать возможным. Речь идет, во-первых, об аналогии закона; во-вторых, о последствиях признания того факта, что заключение непоименованного договора является злоупотреблением правом в форме обхода закона.

Применение к непоименованным договорам специальных норм о поименованных договорах по аналогии закона

Каждому юристу известна проблема неполноты любого контракта. Стороны не в состоянии в договоре разрешить все возможные вопро-

сы, которые всплывут в рамках их взаимоотношений. При этом диспозитивные правила Общей части ГК РФ далеко не всегда будут содержать нужную норму для восполнения данного пробела. В этих условиях в силу ст. 6 ГК РФ применение аналогии закона вполне может в некоторых случаях оправдать применение тех или иных специальных диспозитивных норм к заключенному сторонами договору. Как правило, это диспозитивные нормы о договоре, чья структура прав и обязанностей или экономическая цель близки тому, что стороны прописали или имели в виду в контракте. Но в принципе источником для аналогии закона могут оказаться просто удачные нормы о том или ином поименованном договоре, регулирующие схожий вопрос в контексте соответствующего специального режима.

Например, что касается законодательного регулирования договора купли-продажи, то в ГК РФ содержится сейчас множество диспозитивных норм, которые с точки зрения здравого смысла есть все основания применять и ко многим близким и даже не очень близким по своей правовой природе непоименованным договорам. Законодатель, «забыв» включить целый ряд важных норм в комплекс норм, осуществляющих общее регулирование обязательственных и договорных отношений, «вспомнил» о них при формулировании норм о купле-продаже. Например, ст. 523 ГК РФ содержит указание на то, что односторонний отказ от договора поставки влечет расторжение договора с момента получения соответствующего извещения, в то время как общие положения Кодекса на этот счет пока никаких указаний не содержат. Было бы странно запрещать применение данной нормы по аналогии к непоименованным договорам.

При этом, думается, применение специальных диспозитивных норм по аналогии закона к непоименованному договору может быть в ряде случаев оправданно и тогда, когда данный пробел в договоре может быть восполнен общими положениями обязательственного права. Это связано с тем, что в ряде случаев специальные нормы, установленные в отношении близкого по своей правовой природе поименованного договора, могут оказаться более адекватными сути отношений по заключенному договору, чем общие положения обязательственного или договорного права. Безусловно, применение аналогии закона в таких случаях будет явно противоречить ст. 6 ГК РФ, согласно которой аналогия закона возможна только тогда, когда вопрос не урегулирован правом. В данном случае пробел закона отсутствует в силу наличия применимой общей нормы договорного права. Фактически в данном случае приоритетное применение специальной нормы по аналогии закона предопределяется не столько пробелом закона, сколько политико-правовыми соображениями, указывающими на то, что в данном случае специаль-

ная норма, установленная в отношении некого поименованного договора, оказывается с политико-правовой точки зрения более предпочтительной для регулирования отношений по непоименованному договору, чем соответствующая общая норма. Тем не менее думается, что, несмотря на противоречие ст. 6 ГК РФ, такая аналогия закона как минимум de lege ferenda должна считаться возможной.

Более того, в исключительных случаях возможно применение по аналогии и специальных императивных норм. Законодатель в целях защиты тех или иных крайне важных политико-правовых ценностей может включить императивное ограничение договорной свободы в регулирование некого отдельного вида договора, не подозревая, что впоследствии оборот сформирует практику заключения близких по тем или иным признакам непоименованных договоров, применительно к которым политика права будет, очевидно, требовать применения той же самой императивной нормы. Оправдать такое решение de lege lata также очень сложно, так как правило п. 1 ст. 6 ГК РФ дает суду возможность применять аналогию закона только тогда, когда вопрос не урегулирован в договоре, а применение императивной нормы нацелено на блокирование вполне очевидного волеизъявления сторон договора. В то же время вовсе исключать возможность такой не восполняющей пробел в договоре, а ограничивающей свободу договора аналогии закона как минимум de lege lata не стоит. Так, например, когда Пленум ВАС РФ признал товарную неустойку (вопреки нашему вышеизложенному предложению считать такое соглашение разновидностью неустойки) непоименованным способом обеспечения, он все же применил к ней специальную императивную норму ст. 333 ГК РФ о праве суда снизить неустойку из законодательного режима обычной неустойки (п. 7 постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации»). Данный пример показывает, что в принципе исключать возможность применения по аналогии закона специальных императивных норм не стоит.

Следует подчеркнуть, что применение к непоименованному договору по аналогии закона как специальных диспозитивных норм о поименованном договоре вместо применимой общей нормы, так и императивных норм в целях ограничения договорной свободы являет собой очевидную аномалию. Даже если мы признаем, что такой прием может быть реализован в условиях действующего законодательства, вполне очевидно, что он допустим только в самых исключительных случаях, когда политико-правовая необходимость применения соответствующего специального императивного предписания к непоименованному договору не оставляет никаких сомнений. Суду должно быть абсолют-

но очевидно, что такое решение, выносимое де-факто вопреки ст. 6 ГК РФ, оправдано соображениями защиты интересов третьих лиц, публичных интересов или интересов слабой стороны договора.

Такого рода ограничивающая договорную свободу аналогия закона, думается, может быть, в частности, востребована в сфере защиты прав потребителей, где мы имеем устаревшее законодательство, предусматривающее ограничения договорной свободы только в отношении определенного закрытого перечня договоров (купли-продажи, подряда, оказания услуг). Перенос некоторых из таких императивных правил в область отношений, возникающих в связи с заключением потребительских по своей сути непоименованных договоров, нельзя исключать.

Российские суды пока эту проблему несовместимости ст. 6 ГК РФ и активного применения к непоименованным договорам специальных диспозитивных или императивных норм по аналогии, как правило, не замечают. Здесь достаточно вспомнить вышеприведенный пример из практики ВАС РФ о применении (ошибочно, на наш взгляд) к признанному непоименованным договору о размещении на конструктивных элементах здания рекламной продукции по аналогии всех норм о договоре аренды, включая императивную норму о необходимости государственной регистрации такого договора, если он заключен на срок не менее одного года (п. 2 ст. 651 ГК РФ)[1]. Но это не повод данную проблему игнорировать в научной доктрине и при развитии национального законодательства. В этой связи нам представляется не лишним в целях устранения очевидного несоответствия между потребностью в ряде случаев применить к непоименованным договорам специальные нормы о поименованных договорах по аналогии закона и самой редакцией ст. 6 ГК РФ внести в законодательство соответствующие коррективы.

Непоименованные договоры и обход закона

Применение к непоименованному договору специальных норм о поименованных договорах может являть собой следствие признания того факта, что основной причиной заключения непоименованного договора являлась попытка недобросовестного обхода закона.

Дело в том, что за счет заключения непоименованного договора стороны часто желают уйти от предусмотренной законом типичной для достижения соответствующей цели договорной модели и соответствующего ей специального правового регулирования. В таких случаях стороны, имея под рукой некую поименованную договорную модель,

[1] См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 23 июня 2009 г. № 64 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров о правах собственников помещений на общее имущество здания» (п.7).

но не мирясь с неудобством соответствующего специального правового регулирования, пытаются заключить договор, направленный на ту же самую или близкую «до степени смешения» экономическую цель, но структурировав по-иному свои права и обязанности. Если бы стороны не устраивали диспозитивные нормы, включенные в соответствующий режим конкретной поименованной договорной модели, проблема бы не возникала: оставаясь в рамках данной модели, они могли бы урегулировать свои отношения по-иному. Но попытка «прыгнуть» в непоименованный договор объясняется часто именно тем, что помехи создают соответствующие специальные императивные нормы.

И здесь, как уже отмечалось, ключевую роль играют квалифицирующие нормы. Если договор не противоречит соответствующим квалифицирующим нормам, но противоречит лишь той или иной императивной норме, попытка назвать свое соглашение, используя какой-либо неологизм (например «договором инвестирования» вместо «договора участия в долевом строительстве» или «купля-продажа»), тщетна: суд должен применить к договору соответствующий специальный режим того или иного поименованного договора[1]. Но вот если стороны отошли от квалифицирующих норм, то это неизбежно переводит их сделку в разряд непоименованных, что дает сторонам возможность, казалось бы, спокойно отступать от специальных императивных норм. И в данном случае возникает логичный вопрос: всегда ли такого рода обходной маневр является легитимным?

В принципе в описанной выше инновационности как таковой нет ничего плохого. Многие современные поименованные договорные модели в свое время были непоименованными и формировались путем их выделения из более простых поименованных договоров. Например, этот вывод, видимо, оправдан применительно к отделению факторинга от обычной уступки права требования, выделению договоров страхования из разряда сделок игр и пари, к появлению в обороте договоров лизинга, к распространению, например, в праве Германии обеспечительной передачи права собственности вместо использования конструкции посессорного залога и к судьбе возникновения многих других ныне уже поименованных или признаваемых судами непоименованными договорных конструкций. Поэтому было бы неверно заранее клеймить все попытки участников оборота за счет заключения непоименованного договора достичь той же экономической цели, которой обычно ранее было принято достигать путем использования какой-либо поименованной договорной конструкции, за счет принципиального изменения струк-

[1] См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 11 июля 2011 г. № 54 «О некоторых вопросах разрешения споров, возникающих из договоров по поводу недвижимости, которая будет создана или приобретена в будущем» (п. 4).

туры договорных отношений, и объявлять их по определению недобросовестными. Если волеизъявление сторон реально направлено на иную структуру прав и обязанностей, которая в том числе делает заключенный договор не соответствующим квалифицирующим признакам соответствующей поименованной договорной модели, то судам следует по общему правилу признать допустимость такой договорной «инновации». Развитие договорных форм в условиях бурно развивающегося оборота остановить нельзя, о чем не следует забывать. Однако в некоторых случаях создание таких непоименованных договорных конструкций с целью обхода «неудобного» закона будет представлять собой очевидное злоупотребление правом.

Е.В. Суворов с опорой на ряд догматических и компаративных соображений выразил точку зрения, в соответствии с которой сделки, совершенные в обход закона, и притворные сделки – суть два разных явления. И их отличие кроется в направленности воли. В первом случае стороны сделки желают именно тех последствий, которые указаны в договоре, в то время как в случае притворности стороны «не желают этого притворного действия, а желают иного»[1]. Оставляя в стороне теоретические аспекты вопроса о необходимости разделения конструкций притворной сделки и сделки, заключенной в обход закона, отметим лишь, что в предлагаемой в рамках реформы ГК РФ новой редакции ст. 10 Кодекса понятие обхода закона вводится в качестве разновидности злоупотребления правом. Однако ни в действующем законодательстве, ни в рамках проекта реформы ГК РФ не фиксируется последствие злоупотребления свободой договора в форме обхода закона. В то же время норма п. 2 ст. 170 ГК РФ о последствиях заключения притворной сделки предусматривает непосредственное применение норм о той сделке, которую стороны действительно имели в виду. Это же последствие должно применяться и к тем случаям, когда речь идет о такой форме злоупотребления правом, как обход закона, если российская правовая система решит окончательно эти институты разделить. Соответственно было бы разумно, если наша правовая система идет на этот шаг, но не фиксирует последствия заключения сделки, направленной в обход закона, применять к ней с некоторыми терминологическими модификациями правило о последствиях заключения притворной сделки по аналогии. При таком подходе мы получаем следующее правило: при злоупотреблении свободой договора в форме недобросовестного обхода закона (в частности, обхода специального законодательного режима поименованной договорной модели) к заключенному сторонами договору будет применяться тот

[1] См.: *Суворов Е.В.* Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона. М., 2008. С. 163.

специальный законодательный режим, который они намеревались обойти. В случае если в этом специальном законодательном режиме обходимой договорной модели присутствуют императивные нормы, они ограничивают свободу заключенного договора. Соответственно договор, противоречащий таким нормам, в этом случае признается недействительным в целом или в части.

Но тут возникает сложнейший вопрос: как определить, в каких случаях мы имеем дело со здоровой инновацией в области договорных моделей, а в каких – со злоупотреблением правом в форме обхода закона? Думается, ответ на этот вопрос не лежит в области субъективных намерений сторон. В конечном счете в обоих случаях стороны хотят обойти неудобные императивные нормы за счет иного структурирования договорных правоотношений. Но в одном случае право такие попытки должно пресекать, а в других нет. На наш взгляд, ключ к ответу лежит исключительно в области политики права.

Если суды сталкиваются с действительно непоименованным договором, т.е. таким контрактом, который в принципиальных аспектах отступает от квалифицирующих признаков некой похожей поименованной договорной модели, они должны оценить политико-правовую приемлемость выведения данного соглашения из-под действия специальных императивных норм, установленных в отношении данного поименованного договора. По общему правилу сам факт такого отступления не фатален, если договор на самом деле является непоименованным. Новая структура прав и обязанностей, установленная сторонами непоименованного договора, по общему правилу отсекает возможность применения специальных императивных или диспозитивных норм. Но в некоторых случаях комплекс этих императивных норм является настолько важным, что право считает возможным любой договор, нацеленный на ту же самую или близкую цель, подчинить таким нормам. Если речь идет о какой-то отдельной норме, обход которой нельзя допустить с точки зрения политики права, суды могут решить проблему путем признания договора непоименованным и применения данной специальной императивной нормы по аналогии закона. Но в ряде случаев речь идет о политико-правовой недопустимости обхода не отдельной нормы, а всего комплекса императивных норм, установленных в законе в отношении некого поименованного договора. И в таких случаях суды, видимо, могут использовать доктрину недобросовестного обхода закона и применять ко всему заключенному сторонами договору весь правовой режим обходимой поименованной договорной модели.

При таком подходе суд ради неких серьезных политико-правовых целей осмысленно идет на ограничение разнообразия договорных форм и упрощение оборота. Вполне очевидно, что сколько-нибудь интен-

сивно такая регулятивная стратегия применяться в современном мире не может. Но исключать саму возможность ее реализации не стоит.

Данный алгоритм требует от судов внимательного анализа политики права и взвешенного, контекст-ориентированного подхода к вопросу о целесообразности ограничения договорной свободы.

Возьмем для примера российское законодательное регулирование договора залога, которое в качестве квалифицирующего признака залога указывает на то, что залогодержатель при нарушении залогодателем своих обеспечиваемых залогом обязательств получает «удовлетворение из стоимости заложенного имущества» (п. 1 ст. 334 ГК), а также недвусмысленно подразумевает, что сам предмет залога остается в собственности у залогодателя как минимум до момента обращения на него взыскания. На практике возникла проблема законности такого непоименованного способа обеспечения, как обеспечительная передача права собственности. В рамках такого договора должник в качестве обеспечения своего обязательства передает кредитору титул собственника на то или иное имущество, а кредитор обязуется осуществить обратное отчуждение права собственности на этот актив в случае погашения обеспечиваемого обязательства. Эта договорная модель признана в Германии, где отсутствие законодательного регулирования непоссессорного залога спровоцировало распространение в обороте таких «титульных обеспечений»[1], в некоторых иных странах и иногда используется в России. Сейчас судебная практика, судя по всему, пока не определилась в вопросе о природе и самой допустимости таких договоров[2]. Какое же решение является наиболее разумным: признание такого договора непоименованным или реализация той или иной формы блокирования договорной свободы?

Перед тем как отвечать на этот вопрос, попытаемся вначале найти ответы на ряд промежуточных вопросов.

Является ли такой договор непоименованным? Безусловно да. Такой ответ предопределен тем, что соглашение об обеспечительной передаче права собственности явным образом не соответствует квалифицирующим признакам залога, не укладывается ни в одну другую поименованную договорную конструкцию, и при этом ГК РФ прямо указывает

[1] Подробнее см.: *Сарбаш С.В.* Обеспечительная передача правового титула // Вестник гражданского права. 2008. № 1. С. 7–93.

[2] В судебной практике имеются как примеры нейтрального отношения к такой договорной конструкции (см.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 10 ноября 2003 г. № Ф04/5756-657/А81-2003), так и примеры ее неприятия (см.: Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 2 марта 2005 г. № А19-14857/04-47-Ф02-73/05-С2). Судебной практики пока недостаточно много, чтобы можно было сделать тот или иной твердый вывод о наличии некой однозначной тенденции.

на возможность использования сторонами непоименованных способов обеспечения (п. 1 ст. 329 ГК)[1].

Направлен ли такой договор на цели, близкие тем, которые обычно преследуют стороны договора залога? Вполне очевидно, что да. Анализ истории и состояние современного зарубежного гражданского права доказывают, что обеспечительная передача права собственности и непоссессорный залог являются альтернативными и даже в некотором смысле конкурирующими способами обеспечения. Они принципиально отличаются с точки зрения структуры прав и обязанностей сторон, но имеют схожую функциональную направленность.

Направлено ли использование такой конструкции, как обеспечительная передача права собственности, на обход специальных норм о залоге? Безусловно да. Распространение такой конструкции в обороте есть признак неудовлетворенности кредиторов тем правовым режимом, который им предоставляет залоговое право. Вариант обеспечительной передачи права собственности предоставляет кредитору больший объем прав. Он (при отсутствии в законе или договоре положений об ином) позволяет кредитору присвоить себе предмет обеспечения вместо соблюдения процедуры обращения взыскания и без необходимости возвращать разницу между текущей рыночной ценой на данный предмет и размером непогашенного долга[2]. Кроме того, такая договорная кон-

[1] Следует признать, что российское законодательство признает ряд институтов, функционально родственных институту обеспечительной передачи собственности. Здесь можно вспомнить, что в 2009 г. российское законодательство зафиксировало правовое регулирование договоров РЕПО ценных бумаг (ст. 51.3 Федерального закона «О рынке ценных бумаг»). Согласно таким договорам одна сторона продает другой стороне ценные бумаги за определенную цену, а по прошествии определенного срока обязана выкупить эти же бумаги по более высокой цене. По сути такая сделка нацелена на ту же экономическую цель, что и кредитование под залог ценных бумаг, а соответствующая разница в ценах продажи и обратной покупки ценных бумаг представляет собой аналог процентов по кредиту. При этом не трудно увидеть, что стороны такого договора создают принципиально иную структуру прав и обязанностей, чем та, которая вытекает из кредита под залог ценных бумаг (право собственности на ценные бумаги передается кредитору заранее, а в случае отказа от обратного выкупа они остаются у него в собственности). Все это означает, что поименованный ныне договор РЕПО фактически структурирует кредит с обеспечительной передачей прав на ценные бумаги. Кроме того, очевидные признаки признания позитивным правом инструментов так называемого титульного финансирования (финансирования, обеспечением по которому является передача собственности) проявляются и в том, что российский ГК прямо признает договоры финансового лизинга с правом выкупа, обеспечительного факторинга и оговорку об удержании правового титула (ст. 491). Но наличие законодательного регулирования договоров РЕПО и указанных выше близких конструкций отнюдь не исключает постановку вопроса о том, возможно ли использование обеспечительной передачи права собственности вместо классического залога за рамками этих сфер de lege lata, и обсуждение допустимости сохранения данных договорных конструкций в качестве альтернатив залогу de lege ferenda.

[2] *Покровский И.А.* История римского права. М., 2004. С. 213.

струкция значительно улучшает положение кредитора в случае банкротства должника. Последнее связано с тем, что при банкротстве должника предмет обеспечительной передачи права собственности не входит в конкурсную массу должника. Если бы не указанные выше и некоторые иные преимущества, сторонам, видимо, не было бы никакого смысла избегать использования классического института залога. Соответственно использование обеспечительной передачи права собственности в качестве непоименованного способа обеспечения предопределено нежеланием подчиняться не вполне удобным для кредитора правилам о залоге.

Остается ответить на последний, ключевой вопрос: можно ли данный случай договорной инновации посредством заключения непоименованного договора обеспечительной передачи права собственности расценивать как злоупотребление правом в форме обхода закона? В науке данный вопрос имеет спорный характер. Одни авторы исходят из допустимости такой конструкции[1], другие же выражают определенные сомнения или выступают категорически против[2].

В настоящей книге мы не намерены давать однозначный ответ на этот крайне сложный вопрос, который является предметом недавних законодательных реформ в целом ряде стран (например, Франции) и активных научных дискуссий во всем мире. Отметим лишь, что ответ на этот вопрос не может быть найден исключительно на основе каких-либо исторических и догматических соображений. Например, не принципиально, признавали или все-таки не признавали такой институт римские юристы. В такого рода коллизиях ключевое значение имеет то, не влечет ли такая инновация возникновение настолько серьезных политико-правовых проблем, что это очевидно перевешивает конституционную ценность договорной свободы. При этом имеются основания подозревать, что такие политико-правовые сомнения имеются и должны всерьез изучаться. Это и проблема негативных экстерналий, проявляющаяся в прямом ущемлении прав не участвующих в данном договоре других кредиторов должника, которые в отличие от ситуации наличия залога теряют какие-либо шансы на удовлетворение хотя бы части своих требований из стоимости предмета обеспечения, и ряд иных проблем.

[1] Фидуциарная собственность как способ обеспечения защиты кредитора // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. С.С. Алексеева; Исследовательский центр частного права. Уральский филиал. Российская школа частного права. Уральское отд. М., 2000. С. 193–206.

[2] *Гонгало Б.М.* Учение об обеспечении обязательств. Вопросы теории и практики. М., 2004. С. 50; *Сарбаш С.В.* Обеспечительная передача правового титула // Вестник гражданского права. 2008. № 1. С. 7–93; Интервью Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ профессора А.А. Иванова журналу «Закон» // Закон. 2006. № 12.

Право ряда стран прямо запрещает такие непоименованные обеспечительные сделки. Например, швейцарские суды признают обеспечительную передачу права собственности недействительной именно в связи с тем, что рассматривают такие сделки как направленные на обход законодательного регулирования института залога[1].

Не предопределяя ответ на этот политико-правовой вопрос, отметим лишь, что признание заключения непоименованного договора на предоставление в обеспечение титула собственника злоупотреблением правом в форме обхода закона (если наше право придет именно к такому ответу) должно влечь не ничтожность соглашения в целом, а применение к нему обходимого режима залога. Кроме того, как минимум заслуживающим серьезного рассмотрения является такой вариант, при котором само право на заключение такого непоименованного договора будет признано, но в ряде ключевых аспектов к нему будут применены по аналогии некоторые императивные нормы из законодательного режима залога. Например, можно допустить возможность применения к обеспечительной передаче права собственности правила об обязанности вернуть должнику соответствующую ценовую разницу, а также рассматривать в случае банкротства должника выбывшее из его собственности имущество в качестве элемента его конкурсной массы с предоставлением обеспеченному кредитору статуса залогового кредитора. Таким образом, право может, грубо не вторгаясь в сферу автономии воли сторон и уважая их выбор, воздержаться от признания самого договора направленным на обход закона, но все же в ряде ключевых вопросов уравнять режимы обеспечительной передачи права собственности и залога посредством точечной аналогии закона.

Этот пример демонстрирует, что при анализе допустимости обхода императивных норм, включенных в регулирование поименованных договоров, за счет заключения непоименованных договоров судам необходимо крайне внимательно анализировать весь комплекс политико-правовых факторов и с учетом этого оценивать целесообразность ограничения права сторон на заключение непоименованных договоров. Возможность такого ограничения не может быть исключена, но должна осуществляться крайне осторожно и на основе четкого осознания тех ценностей и интересов, которые такое ограничение обеспечивает. При этом часто у судов может иметься выбор между блокированием самой возможности заключения непоименованного договора и тотального подчинения заключенного договора всему законодательному режиму некого близкого поименованного договора в рамках применения док-

[1] The Max Planck Encyclopedia of European Private Law / Ed. by J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann and A. Stier. Vol. I. 2012. P. 652.

трины недобросовестного обхода закона, с одной стороны, и точечным применением отдельных специальных императивных норм по аналогии закона, с другой стороны. Последний вариант имеет более щадящий по отношению к договорной свободе характер и, видимо, должен считаться приоритетным решением. Тем не менее не следует вовсе исключать и более жесткую реакцию в форме применения доктрины недобросовестного обхода закона.

Итоговые замечания

Таким образом, хотя идея о том, что непоименованный договор подчиняется в первую очередь общим нормам обязательственного и договорного права и является, по общему правилу, верной, как мы показали, в реальности ситуация не выглядит столь простой. В ряде случаев специальные диспозитивные нормы о поименованном договоре могут оказаться применимыми в силу аналогии закона для заполнения пробела регулирования или в ситуации, когда очевидно, что специальная диспозитивная норма регулирует соответствующий вопрос значительно более адекватно, чем общая норма договорного права. Специальная же императивная норма может также оказаться применимой к непоименованному договору, когда такая аналогия закона предопределена убедительными политико-правовыми соображениями или применение комплекса специальных императивных норм является следствием использования непоименованного договора в целях недобросовестного обхода закона.

Можно говорить о том, что принцип подчинения непоименованного договора общим положениям об обязательствах и договорах и соответственно неприменения специальных норм о поименованных договорах имеет характер опровержимой презумпции. В ряде случаев эта презумпция может быть преодолена, и к непоименованному договору могут быть в приоритетном порядке применены специальные правила о поименованных договорах. При этом суд, отступающий от установленной выше базовой презумпции, должен привести в обоснование своего решения убедительные аргументы (преимущественно политико-правовые). При их отсутствии применение к обоснованно признанному непоименованным договору как минимум специальных императивных норм следует считать незаконным.

Подытоживая, заметим, что для снятия лишних сомнений в законодательстве (например, ст. 421 ГК) было бы разумно указать на то, что императивные и диспозитивные нормы закона, установленные в отношении поименованных договоров, к непоименованным договорам не применяются, если иное очевидно не следует из существа право-

отношений и целей законодательного регулирования. Данная норма, с одной стороны, подтвердила бы в принципе очевидную презумпцию того, что по общему правилу непоименованные договоры подчиняются общим императивным и диспозитивным нормам обязательственного и договорного права, и при этом послала бы судам сигнал о нежелательности искусственного «притягивания» к такому договору законодательного режима поименованных договоров. С другой стороны, она допустила бы в порядке исключения применение судами специальных императивных и диспозитивных норм из законодательного регулирования близкого поименованного договора по аналогии закона или в целях блокирования недобросовестного обхода закона, обусловив такую возможность наличием веских политико-правовых оснований. Помимо прояснения порядка применения общих и специальных норм к непоименованным договорам такая новелла сняла бы отмеченное выше противоречие применения специальных норм к непоименованному договору по аналогии закона вопреки иерархии, установленной в ст. 6 ГК РФ.

Следует отметить, что данная идея в несколько усеченной форме отражена и в опубликованном проекте реформы ГК РФ. Согласно предлагаемой поправке в ст. 421 Кодекса предлагается указать, что «к договору, не предусмотренному законом или иными правовыми актами... правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, не применяются»[1].

§ 4. Запрет на заключение непоименованных договоров

Как мы выше показали, право не должно блокировать любые попытки сторон выработать новую структуру прав и обязанностей под эгидой непоименованного договора даже тогда, когда конечная экономическая цель такой сделки близка той, на которую обычно бывает направлен некий поименованный договор, или совпадает с ней. В таком случае обход отдельных императивных норм может быть как допущен, так и заблокирован в зависимости от конкретных обстоятельств и оценки комплекса политико-правовых факторов. Но в некоторых случаях при особой политико-правовой необходимости законодатель, предвидя и желая ex ante пресечь возможные обходы закона посредством использования иных поименованных или непоименованных договорных конструкций, может сделать саму поименованную договорную модель строго императивной и объявить недействительными любые попытки сторон достигать тех экономических целей, которые законодательство предполагает достигать посредством конкретной структуры прав и обя-

[1] www.privlaw.ru

занностей некого поименованного договора, путем заключения любых непоименованных договоров[1]. Иначе говоря, законодатель в ряде случаев может предоставить некому поименованному договору своего рода монопольный статус и тем самым ограничить естественную конкуренцию и развитие договорных моделей.

В некоторых случаях политико-правовая опасность инноваций в области договорных моделей настолько очевидна, что законодатель может прямо и бесповоротно их запретить и лишить участников оборота возможности конструировать непоименованные договорные модели для достижения тех целей, которые, по мнению законодателя, надлежит достигать исключительно в рамках структуры прав и обязанностей некого поименованного договора.

Такие радикальные меры должны быть оправданы серьезными политико-правовыми соображениями: защита слабой стороны договора, интересов третьих лиц или публичных интересов. При этом подобного рода принуждение участников оборота к оформлению своих договорных правоотношений лишь в рамках некой поименованной договорной модели должно являться исключением и быть серьезно обоснованным. В отсутствие такого очевидного политико-правового интереса законодатель и суды не должны столь радикально вмешиваться в договорные отношения сторон и пытаться заранее исключить возможность заключения непоименованных договоров, нацеленных на достижение тех экономических целей, в отношении которых в позитивном праве имеется готовая поименованная договорная модель.

Классический пример, видимо, оправданного использования такого приема – нормы п. 2, 2.1 и 2.2 ст. 1 действующей редакции Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ[2], согласно которым все договоры с гражданами, нацеленные на отчуждение прав на жилье в многоквартирных домах на стадии строительства, должны оформляться именно как договоры участия в долевом строительстве, а также в виде нескольких иных прямо предусмотренных в этой норме сделок; гражданам дано право оспаривать договоры, заключенные с этой целью по иным договорным моделям, и предусмотрена административная ответственность компаний, привлекающих средства граждан в обход императивно предписанных договорных моделей.

[1] На возможность таких случаев указывает, в частности, В.В. Витрянский (см.: Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей / Под ред. В.Д. Карповича. М., 1999. С. 547).

[2] См.: Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 40.

Следует признать в целом логичным данный прием законодателя. Федеральный закон № 214-ФЗ, принятие которого явилось реакцией на множество злоупотреблений со стороны застройщиков компаний в их отношениях с потребителем как очевидно слабой стороной договора, предписывает целый ряд императивных правил, нацеленных на защиту интересов последнего при приобретении им строящегося жилья. Неограниченная свобода заключения непоименованных договоров или использования комбинации иных поименованных договорных конструкций (предварительный договор со 100%-ным задатком, «вексельные схемы» и т.п.) в указанной сфере приводила бы к тому, что сильная сторона договора (застройщик) просто лишала бы граждан этих гарантий, предлагая им заключить тот или иной непоименованный договор (или комбинации некоторых иных поименованных договоров), а де-факто просто навязывая им эту модель.

§ 5. Проблемы признания непоименованных договоров в российской судебной практике

В настоящее время в условиях, когда российская наука и судебно-арбитражная практика демонстрируют порой множество примеров весьма настороженного отношения к принципу свободы договора, наблюдается достаточно подозрительное отношение судов и к непоименованным договорам как к одному из проявлений данного принципа. Суды обычно готовы мириться с их существованием до тех пор, пока это не препятствует им решать дела по привычной схеме. Но если вопрос о квалификации договора станет одним из основных в процессе, и при этом имеется некая поименованная договорная конструкция, близкая тому, на что была направлена воля сторон, суды часто отдают достаточно однозначное предпочтение квалификации договора в качестве поименованного.

Судам в странах континентально-европейского права в целом свойственно стремиться «втиснуть» заключенный договор в разряд той или иной поименованной конструкции, чтобы подвести его под некое четкое правовое регулирование. Это стремление по возможности «втянуть» контракт в разряд поименованных вполне понятно, когда речь идет о стране с кодифицированным регулированием договорных отношений, подразумевающим специальные нормы в отношении отдельных видов поименованных договоров. Такая тактика позволяет судам быстро сформировать некое референтное поле, помещение внутрь которого заключенного сторонами договора дает возможность достаточно легко найти ответы на возникшие в рамках рассматриваемого спора вопросы. Как уже отмечалось, эта же тенденция отмечалась и приме-

нительно к практике дореволюционных российских судов и, думается, свойственна и другим странам с пандектной системой законодательного регулирования договорных отношений.

Судам гораздо проще анализировать вопрос в контексте некого устоявшегося института, чем разрешать спор «с чистого листа», не имея под рукой детального регулирования данного договора. Для того чтобы разрешить спор на основании непоименованного договора, суду необходимо на порядок больше интеллектуальных усилий (требуется выявить цель сделки, индуцировать из нее некие абстрактные представления о нормальной структуре прав и обязанностей по такому договору, исключить возможность заключения договора в неких явно противоправных целях и т.п.). Поэтому вполне очевидно, что без наличия серьезных оснований (в частности, при отсутствии очевидного несоответствия условий договора квалифицирующим признакам договора поименованного) суды признавать договор непоименованным не будут и будут стремиться в первую очередь уместить спорный договор на ту или иную «полку» «пандектного шкафа».

В российских реалиях эта закономерность зачастую приобретает нездоровый характер. Интенсивность, с которой российские суды иногда втискивают нестандартное соглашение сторон в некое «прокрустово ложе» поименованных договорных моделей, оказывается часто неоправданно высокой. При этом данное стремление российских судов при наличии малейших поводов квалифицировать договор в качестве поименованного часто обходится сторонам очень дорого. Дело в том, что в условиях господства жесткой презумпции императивности норм договорного права в специальном регулировании соответствующей поименованной договорной модели оказывается намного большее число императивных норм, чем в праве развитых зарубежных стран. Соответственно ошибочное «затягивание» заключенного непоименованного договора в рамки некого функционально похожего, но с точки зрения структуры договорных отношений отличного поименованного договора приводит в российских реалиях к ничтожности договора или отдельных его условий гораздо чаще, чем то может иметь место в зарубежном праве.

Истоки этой проблемы состоят, возможно, в следующем. Данная тенденция связана с колоссальной перегрузкой российской судебной системы. В условиях, когда судья перегружен и не имеет достаточного времени для вдумчивого анализа сути спора, ему квалификация договора в качестве непоименованного, которая предполагает отсутствие применимого сколько-нибудь детального регулирования данного договора и вынуждает оценивать адекватность договора «с чистого листа», особенно неудобна. Конечно, у суда остаются под рукой общие нормы

договорного права, но разрешение договорного спора без применимого специального законодательного регулирования требует от суда большего погружения в детали, а значит, и времени.

Кроме того, причина, видимо, еще и в том, что постсоветское и сугубо императивное мышление многих юристов, не в полной мере осознавших ценность принципа «разрешено все то, что прямо не запрещено», часто напрямую противится признанию того, что стороны вправе заключать договоры, прямо не предусмотренные в законодательстве. Когда такие договоры не имеют ничего общего с поименованными договорными конструкциями, прямо бросать вызов кодифицированной идее о свободе непоименованных договоров достаточно сложно. Но когда непоименованный договор близок по структуре прав и обязанностей или своим целям к неким поименованным договорам, судам и юристам часто мерещится злонамеренный вызов авторитету законодательства. Вместо того чтобы расценивать конкретные специальные нормы, которым противоречит заключенный договор, в качестве квалифицирующих (и тем самым зафиксировать непоименованный статус такого договора), признать их диспозитивными или подвергнуть расширительной интерпретации (и тем самым сохранить свободу договора в рамках данной поименованной договорной модели), российские суды часто «заталкивают» договоры в поименованную колею избыточно интенсивно и, интерпретируя соответствующие нормы в качестве императивных, признают подобные договоры недействительными в целом или в части.

Так, в частности, большие проблемы в российской судебной практике возникают с непоименованными способами обеспечения. Например, имеется большое количество дел, в которых суды вопреки сделанным нами выше выводам признавали недействительной товарную неустойку только на том основании, что норма п. 1 ст. 330 ГК РФ предусматривает ее денежный характер. Вместо того чтобы признать денежный характер обязательства по уплате неустойки квалифицирующим признаком соглашения о неустойке и соответственно зафиксировать непоименованный статус соглашения о товарной неустойке или дать данной норме расширительную интерпретацию и включить товарную неустойку в рамки института неустойки, многие суды без каких-либо сомнений почему-то рассматривали данную норму в качестве императивной. В результате соглашение о товарной неустойке, в остальном вписывающееся в «конструктив» института неустойки, оказывалось, по мнению многих судов, ничтожным как противоречащее императивным нормам закона[1]. Эта ситуация изменилась только в конце 2011 г. с изданием

[1] См., напр., постановления ФАС Поволжского округа от 4 ноября 1999 г. № А12-4100/99-С6, от 5 октября 2000 г. № А12-4532/00-с27 и от 20 сентября 2004 г. № А55-15369/03-2.

вышеобсуждавшегося постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 7). Целый ряд других примеров обсуждался выше (задаток по предварительному договору, заем бездокументарных ценных бумаг и т.п.).

Список проблемных случаев такого рода может быть расширен и за счет примеров непризнания судами договоров абонентского типа, в рамках которых фиксированная периодическая плата вносится за право требовать от другой стороны осуществления предоставления в неограниченном или ограниченном договором объеме и не зависит от реализации заказчиком своего права затребовать услуги в отчетный период. По такой модели в обороте заключается множество договоров, в том числе опосредующих предоставление права на получение услуг, работ или иного встречного предоставления (например, абонентские договоры на юридическое сопровождение, абонентские тарифы услуг сотовой связи, «шведские столы» в ресторане, абонентские договоры на ремонт оборудования и техническую поддержку сайтов и т.п.). К сожалению, российские суды далеко не всегда осознают специфику абонентской договорной конструкции (а по сути – абонентской вариации тех или иных поименованных договорных моделей) и нередко отказывают во взыскании фиксированного платежа при отсутствии доказательств фактического осуществления истцом соответствующего встречного предоставления в отчетный месяц, тем самым «затягивая» такие договоры в «прокрустово ложе» стандартного договора возмездного оказания услуг или выполнения работ[1]. Безусловно, такой подход ни в коем случае нельзя поддержать[2].

Проявления тенденции негативного отношения к самой возможности заключения непоименованных договоров можно найти и в практике Конституционного Суда РФ. В постановлении, посвященном действительности так называемых гонораров успеха в договорах на оказание правовых услуг, суд указал следующее: «Давая нормативную дефиницию договора возмездного оказания услуг, федеральный законодатель в пределах предоставленной ему компетенции и с целью определения специфических особенностей данного вида договоров, которые позволяли бы отграничить его от других, в п. 1 ст. 779 ГК Российской Федерации предметом данного договора называет совершение определенных действий или осуществление определенной деятельности исполнителем. Определяя исчерпывающим образом такое существенное условие договора, как его предмет, федеральный законодатель не включил

[1] Определение ВАС РФ от 10 октября 2008 г. № 4507/08.

[2] В рамках опубликованного в 2012 г. проекта реформирования ГК РФ конструкцию абонентского договора предлагается сделать поименованной (www.privlaw.ru).

в понятие предмета договора возмездного оказания услуг достижение результата, ради которого он заключается. Выделение в качестве предмета данного договора совершения определенных действий или осуществления определенной деятельности обусловлено тем, что даже в рамках одного вида услуг результат, ради которого заключается договор, в каждом конкретном случае не всегда достижим, в том числе в силу объективных причин. Следовательно, заключая договор возмездного оказания услуг, стороны, будучи свободны в определении цены договора, сроков его исполнения, порядка и размера оплаты, вместе с тем не вправе изменять императивное требование закона о предмете данного договора»[1]. Таким образом, по мнению Конституционного Суда РФ, предмет договора, а вместе с ним и соответствующая модель поименованного договора являются императивными и не подлежат изменению сторонами договора.

Если бы КС РФ просто указал на запрет «гонораров успеха» в договорах на оказание правовых услуг по политико-правовым причинам, это постановление было бы куда менее уязвимо. Но вместо этого суд счел необходимым мотивировать свое решение еще и сугубо цивилистическим образом, поставив под сомнение право сторон заключать договоры, в которых предмет договора охватывает не столько совершение исполнителем некоторых действий по оказанию услуг, сколько достижение определенного в договоре результата. При этом никаких серьезных политико-правовых соображений нельзя выдвинуть в пользу ограничения данного проявления конституционного принципа договорной свободы. Например, нет никаких причин считать незаконным условие договора на оказание аудиторских услуг, ставящее оплату услуг в зависимость от предоставления итогового аудиторского заключения. Более того, даже при жесткой интерпретации договора на оказание услуг как направленного исключительного на «приложение максимальных усилий» право сторон заключать договор с иным предметом не может быть ограничено в силу наличия законодательно признанного права заключать непоименованные договоры.

Признаки поддержки подозрительного отношения к непоименованным договорным конструкциям достаточно часто встречаются в литературе. Так, например, Ю.В. Романец отмечает, что поскольку предметом договора оказания медицинских услуг является врачебная деятельность, а не выздоровление пациента, стороны не вправе включать в договор условие об имущественной ответственности за необеспечение

[1] Постановление Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 статьи 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью «Агентство корпоративной безопасности» и гражданина В.В. Макеева».

выздоровления или о том, что оплата будет произведена только в случае выздоровления[1]. Тот же автор далее отмечает, что стороны не вправе заключить договор безвозмездной комиссии, поскольку в соответствии со ст. 900 ГК РФ такое обязательство может быть только возмездным, а значит, законодатель не допускает правоотношений, в которых комиссионные услуги будут безвозмездны[2]. Как мы уже отмечали, ряд других авторов считают de lege lata невозможным заключать односторонний предварительный договор[3].

Столь ограничительный подход к возможности заключения непоименованных договоров должен быть решительно отвергнут. Во-первых, такой подход предполагает, что существующая в законодательстве система договоров является совершенной, что, как показывает исторический опыт, не соответствует действительности. Сам факт признания за сторонами права на заключение непоименованных договоров во всех правопорядках мира является свидетельством признания законодателем своего бессилия в создании идеальной и всеобъемлющей системы договоров «на все случаи жизни».

Во-вторых, данный подход выставляет систематику договоров в качестве самостоятельной ценности, которая имеет приоритет перед интересами участников гражданского оборота, реализации которых она по идее должна служить. Существующая в законодательстве система регулирования поименованных договоров не является истиной, ниспосланной с небес. Догматическая красота и стройность системы договоров являются последним аргументом (если вообще являются) при решении вопросов о пределах свободы договора.

В-третьих, рассматриваемый подход неизбирательно сдерживает динамику развития экономических отношений, увеличивая риски признания новых договорных конструкций недействительными. Модернизация экономики просто невозможна в стране, правовая система которой негативно относится к практике заключения непоименованных договоров.

Соответственно российское право должно развернуться лицом к непоименованным договорам, признать неизбежность и практическую пользу инноваций в области договорных моделей, а также избегать искусственного затягивания действительно новых договоров в рамки поименованных договорных моделей. Как уже отмечалось, право не должно исключать возможности ограничения свободы заключения непоименованных договоров при наличии веских политико-правовых причин. Но борьба с отдельными злоупотреблениями не должна пере-

[1] *Романец Ю.В.* Система договоров в гражданском праве России. М., 2001. С. 81.

[2] Там же. С. 82.

[3] *Белов В.А.* Гражданское право: Общая часть. Т. II: Лица, блага, факты. М., 2011. С. 699.

текать в систематическое ex ante блокирование формирования непоименованных договорных конструкций.

Глава 3. Смешанные договоры и применение к ним императивных норм

§ 1. Общие замечания

Смешанные договоры являются неотъемлемой частью современного гражданского оборота, как российского, так и зарубежного.

Существование в договорном праве категории смешанных договоров обусловлено сложностью современного экономического оборота и возвышением принципа свободы договора и автономии воли сторон в целом. Количество возможных сочетаний тех или иных элементов поименованных договоров может достичь астрономических величин. Поэтому законодатель просто не может присвоить каждой комбинации свое наименование и разработать для нее специальные нормы[1]. В условиях примитивного оборота и неразработанной системы поименованных договоров институт смешанных договоров не был особенно актуален и не притягивал к себе внимание цивилистов. Но, как уже отмечалось, с развитием развернутой системы специального регулирования поименованных договоров все чаще новации в области используемых договорных конструкций представляли собой не столько создание с чистого листа некого абсолютно нового договора, сколько определенную комбинацию элементов уже признанных в позитивном праве договорных моделей.

Актуальность проблематики смешанных договоров становится особенно очевидной в условиях, когда значительная, если не бóльшая часть заключаемых в обороте договоров как минимум на определенном этапе носит смешанный характер. Так, например, в договоре на проживание в гостинице могут смешиваться элементы краткосрочного найма жилого помещения и оказания услуг; в договоре с рестораном – элементы подряда (приготовление пищи), оказания услуг (обслуживание официантом), аренды (бронирование и использование стола) и купли-продажи (приобретение бутылки вина); в договоре с кинотеатром – элементы аренды (в отношении определенного места в кинозале и, возможно, 3D-очков) и оказания услуг (демонстрация фильма); в договоре поставки сложного технического оборудования – элементы поставки как таковой (в части отгрузки оборудования), подряда (пуско-наладочные работы), лицензионного договора (предоставление прав на ис-

[1] *Брагинский М.И.*, *Витрянский В.В.* Договорное право. Книга 1: Общие положения. М., 2002. С. 331.

пользование уникального программного обеспечения, необходимого для функционирования оборудования) и оказания услуг (обучение сотрудников покупателя методике работы с оборудованием); в договоре с фитнес-клубом – элементы аренды и оказания услуг... Список можно продолжать. Иногда варианты смешения становятся настолько тесно взаимосвязанными, что соответствующая комбинация элементов начинает прочно ассоциироваться с определенным распространенным в обороте, но законодательно не урегулированным договором, приобретающим свое устойчивое название. В конечном счете на уровне законодательства или подзаконных актов такие договоры часто признаются в качестве поименованных и обрастают специальным регулированием (например, принимаются те или иные правила об оказании отдельных видов услуг). Но все это не должно скрывать от нас того, что как минимум до момента появления специального нормативного регулирования, посвященного такому типу договоров, они являются ничем иным, как смешанными договорами.

В литературе иногда отмечается, что «смешанный договор есть необходимая промежуточная стадия в процессе возникновения новых видов договоров», неизбежная, «пока не сложится самостоятельное регулирование новых видов договоров»[1]. В этой связи следует отметить, что равно как и далеко не всякий непоименованный договор рано или поздно становится поименованным и охватывается специальным законодательным регулированием, также и отнюдь не всегда популяризация в обороте практики смешения элементов разных поименованных договоров приводит к законодательному признанию такого договора в качестве самостоятельной поименованной модели. Тем не менее действительно такая закономерность существует и является основным «приводным ремнем» пополнения списка поименованных и специально урегулированных договоров.

Как бы то ни было, до сих пор в обороте заключается множество сделок, комбинирующих элементы различных поименованных договоров, но не признанных в законодательстве в качестве самостоятельных договорных моделей. Поэтому вопрос о том, каким образом строится регулирование отношений по таким договорам, и в частности применение императивных норм, является крайне важным.

Проблема заключается в том, что применение подхода, который действует в отношении регулирования непоименованных договоров (автоматическое применение лишь общих положений обязательственного и договорного права, а специальных норм о поименованных договорах –

[1] *Собчак А.А.* Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве // Советское государство и право. 1989. № 11. С. 63. См. также: *Мозолин В.П.*, *Фарнсворт Е.А.* Договорное право в США и СССР: История и общие концепции. М., 1988. С. 257.

только по аналогии закона), к смешанным договорам представляется нелогичным. Такой подход создавал бы неоправданный регулятивный вакуум, не позволял бы в полной мере учитывать специфику отдельных обязательств, согласованных в заключенном сторонами договоре, и не отличался бы эффективностью. Куда практичнее оказалось применение к тем или иным «элементам смешения» специальных норм, установленных в законодательстве в отношении соответствующих поименованных договоров, из которых конкретный элемент был позаимствован. Как только это становилось очевидно правоведам, законодателям и судам, институт смешанных договоров приобретал статус одного из центральных вопросов договорного права.

Прежде чем перейти к рассмотрению тематики смешанных договоров в контексте российского права, целесообразно обратиться к беглому анализу зарубежного опыта. Тем более что отечественные исследования смешанных договоров обычно к нему не обращаются, несмотря на то, что он может иметь немалый интерес и для анализа проблем, существующих применительно к российскому регулированию смешанных договоров.

§ 2. Правовой режим смешанных договоров в зарубежных странах

Конструкция смешанного договора была известна римским юристам (например, договор найма-продажи)[1] и иногда обсуждалась (обычно на тех или иных частных примерах) в юридической литературе и позднее[2]. Тем не менее, судя по всему, всерьез она стала изучаться не ранее XIX в.[3]

Безусловно, смешанные (в современном понимании данного понятия) договоры встречались всегда как минимум со времен возникновения сколько-нибудь внятного позитивно-правового регулирования отдельных видов договоров. Но, видимо, долгое время важность этого феномена договорной практики не признавалась настолько высокой, чтобы заслуживать какого-то специального упоминания в гражданских кодексах. Первые буржуазные гражданские кодификации фиксировали набор поименованных договорных моделей и часто закрепляли воз-

[1] *Zimmermann R.* The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 530ff.

[2] Так, например, часто обсуждалась проблема договора, в котором смешивались элементы купли-продажи и дарения (посредством продажи товара по явно заниженной цене с целью одарить покупателя в размере соответствующей ценовой разницы). См.: *Pufendorf S.* Of the Law of Nature and Nations. Book V. 1729. P. 476 (доступно в Интернете на сайте: www.archive.org).

[3] О позднем развитии доктрины смешанных договоров см.: *Таль Л.С.* Положительное право и неурегулированные договоры // Юридические записки Демидовского юридического лицея. Вып. III (XIII). Ярославль, 1912. С. 27, 28.

можность заключения договоров непоименованных. То, что на основе этого набора специальных режимов отдельных договоров впоследствии будут формироваться смешанные договорные конструкции в полной мере, видимо, не принималось в расчет.

Но практика развития оборота на основе кодифицированного набора поименованных договоров продемонстрировала актуальность данного феномена, что в конце концов подталкивало законодателей к прямому закреплению принципов регулирования смешанных договоров.

В этих условиях неудивительно, что в настоящее время смешанные договоры выделяются практически во всех развитых правопорядках, получая то или иное название («gemischte Verträge»[1], «hybrid contract»[2], «mixed contract»[3]), но лишь относительно небольшое количество стран может похвастаться наличием специальных положений о смешанных договорах в своем законодательстве. Как правило, прямое законодательное регулирование смешанных договоров характерно для гражданских кодификаций XX в. (например, Голландия, Италия). В гражданских кодексах, подготовленных в XIX в. (например, ФГК, ГГУ), это понятие обычно не упоминается.

Одной из стран, решившихся на концептуальное обновление гражданского кодекса во второй половине XX в. и включивших в гражданский кодекс нормы о смешанных договорах, является Голландия. В соответствии со ст. 6:215 Гражданского кодекса Нидерландов, «если договор соответствует описанию двух или более особых видов договоров, регулируемых законом, то положения, установленные для каждого вида договоров, применяются к ним соответствующим образом кроме случаев, когда эти положения несовместимы или когда их смысл с учетом характера договора препятствует их применению»[4]. Таким образом, голландский законодатель рассматривает элементы смешанного договора в качестве равноправных и ориентирует суды на применение к каждому из элементов смешения соответствующих ему специальных норм о поименованных договорах, за исключением случаев, когда это невозможно в силу характера договора.

Схожее регулирование содержится в Законе об обязательственном праве Эстонии, который закрепляет, что «если договор имеет характеристики двух и более типов договора, предусмотренных законом, то к не-

[1] *Markesinis B., Unberath H., Johnston A.* The German Law of Contract: A Comparative Treatise. 2nd ed. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2006. P. 163.

[2] Chitty on Contracts. Vol. 2: Specific Contracts. London, 2004. P. 640.

[3] Статья II-1:107 Проекта общей системы координат европейского частного права (Draft of Common Frame of Reference, DCFR).

[4] Гражданский кодекс Нидерландов. Кн. 2, 3, 5–7 / Пер. М. Ферштман. Лейден, 2000. С. 322.

му одновременно применяются положения о соответствующих типах договора, за исключением тех из них, которые не могут применяться одновременно либо применение которых будет противоречить природе или цели договора» (§ 1(2)).

Несколько иные положения о смешанных договорах содержит Гражданский кодекс Словакии. В соответствии с § 491 (3) обязательства, возникающие из смешанных договоров, регулируются положениями закона о соответствующих обязательствах, если договором не предусмотрено иное. При этом в качестве фактора, обусловливающего исключения из применения данного общего принципа регулирования смешанных договоров, здесь фигурируют условия договора, а не абстрактные критерии вроде его характера, природы или цели. Вместе с тем в литературе указывается, что это не означает, что заключаемые сторонами смешанные договоры могут вступать в противоречие с требованиями закона и морали, поэтому формулировка данной статьи не должна рассматриваться как индульгенция на обход таких положений[1].

Тем не менее законодательство большинства стран не содержат положений о смешанных договорах, вследствие чего возникающие вопросы разрешаются судебной практикой в ходе рассмотрения конкретных дел.

Французское законодательство, принятое на заре периода буржуазных кодификаций, не знает института смешанного договора. При этом, судя по доступным нам источникам, судебная практика по данному вопросу не является единообразной. С одной стороны, в литературе отмечается, что суды часто склоняются к определению преобладающего элемента договора и применению ко всему смешанному договору правил, предусмотренных в отношении такого элемента[2]. С другой стороны, иногда используется и иной подход. Например, в одном деле суд применил к договору купли-продажи ядерной электростанции, которая должна была быть построена в будущем, в соответствующих частях правила о поставке и подряде[3]. Иначе говоря, во французской судебной практике, видимо, встречаются примеры как поэлементного решения вопроса о применении специальных норм, так и поглощения договора регулированием доминирующего элемента.

В Германии, как и во Франции, законодательство не содержит специальных положений о смешанных договорах (*gemischte Verträge*), но в доктрине выделяется несколько их видов.

---

[1] *Fiala J.*, *Hurdík J.* Contract Law in Slovak Republic. 2010. P. 23.

[2] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition. Vol. 1 / Ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Sellier, 2009. P. 157.

[3] Civ. III 16.3.1977. Bull. Civ. III. 131. Цит. по: *Hondius E.H.*, *Heutger V.*, *Jeloschek Ch. and oth*. Principles of European Law: Sales (PEL S). Berne, 2008. P. 119.

Во-первых, смешанный договор, в котором основное обязательство, характерное для определенного поименованного договора, сопровождается дополнительными побочными обязанностями, характерными для другой договорной модели (*Typisher Vertrag mit andersartiger Nebenleistung*). К таким договорам относят, например, договор купли-продажи с обязательством возврата тары, договор купли-продажи с обязанностью по монтажу, договор найма комнаты с ее обслуживанием. В качестве отличительной черты данного вида смешанного договора выделяется наличие у него явно выраженного доминирующего элемента.

Во-вторых, комбинированный договор (*Kombinationsvertrag*), в котором у одной из сторон имеется несколько достаточно равноправных основных обязательств, относящихся к различным поименованным договорам (например, купли-продажи и подряда).

В-третьих, «спаренный» договор (*Gekoppelter Vertrag*), в котором *встречные представления* сторон – это обязательства, характерные для различных поименованных договоров (например, продажа товара в обмен на услуги, выполнение работ в обмен на услуги и т.п.).

В-четвертых, «сплавленный» договор (*Typenverschmelzungsvertrag*), в котором обязательства, характерные для различных поименованных договоров, настолько тесно взаимосвязаны между собой, что составляют неразрывное единство: договор смешанного дарения, договор на посещение театра, договор лечения в санатории и т.п.[1]

Применительно к правовому регулированию смешанных договоров в немецком праве выделяется несколько основных подходов. Два из них – это принципы поглощения и комбинирования, которые встречаются и во французской судебной практике. В отсутствие указаний в договоре об ином в литературе предлагается применять к обязательствам, составляющим смешанный договор, нормы о соответствующих поименованных договорах с учетом цели договора (принцип комбинирования). В случае коллизии между ними рекомендуется руководствоваться нормами о том типе договора, который выражает основное существо (*schwerpunkt*) всего смешанного договора (принцип поглощения)[2].

Немецкая судебная практика, судя по доступным нам источникам, использует в основном именно эти два подхода, но выбор между ними очень часто оказывается неочевидным. В этой связи показательна судебная практика по вопросам квалификации договора о предоставлении строительных лесов («Gerüstbauvertrags»). По данному договору одна из сторон должна предоставить строительные леса другой стороне на определенный срок с выполнением работ по их возведению и де-

[1] Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck, 64 Auflage. München, 2005. S. 471.

[2] Ibidem.

монтажу. Один суд квалифицировал данный договор в целом в качестве договора аренды, указав, что именно предоставление лесов в пользование в течение определенного срока отражает в наибольшей степени существо договора. Как следствие к требованию истца был применен сокращенный срок исковой давности, предусмотренный в положениях о договоре аренды[1]. Другой суд квалифицировал данный договор в качестве смешанного с элементами аренды и подряда, но также применил нормы о договоре аренды для определения срока исковой давности, признав элемент аренды доминирующим (т.е. применив принцип поглощения)[2]. Третий суд также квалифицировал данный договор в качестве смешанного, однако признал преобладающим элементом обязательство по выполнению работ[3].

Из доступных нам источников можно сделать вывод о том, что в Германии суды достаточно часто руководствуются принципом поглощения при определении применимых к смешанному договору положений. Так, например, при квалификации в качестве смешанного договора договор посещения фитнес-клуба, в котором были выделены элементы аренды спортивного инвентаря и услуг фитнес-тренера, суд признал элемент аренды преобладающим и применил ко всему договору соответствующие специальные нормы об аренде[4]. Как отмечается, данный подход чаще всего применяется в отношении тех видов смешанных договоров, в которых тот или иной элемент является преобладающим *(Typisher Vertrag mit andersartiger Nebenleistung),* либо «сплавленных договоров» (*Typenverschmelzungsvertrag)*[5]. В то же время принцип комбинирования чаще используется судами в основном в тех случаях, когда смешанный договор относится к группе комбинированных договоров (*Kombinationsvertrag)* и имеет явно выраженные равноправные элементы[6].

В США проблематика смешанных договоров часто всплывает в судах в связи с применением положений ЕТК к конкретному договору. Как известно, центральное место в структуре ЕТК занимает гл. 2, посвященная договору купли-продажи. Договор оказания услуг не нашел своего места в нем и в этой связи продолжает регулироваться преимущественно общим правом (common law). Как следствие многие нормы, установленные в ЕТК в отношении договора купли-продажи, не распро-

[1] Landgericht Dessau-Roßlau 3. Zivilkammer, Urteil vom 22.07.2009 – 3 O 22/09.
[2] Oberlandesgerichts Celle, Urteil vom 03.04.2007 – 16 U 267/06.
[3] Oberlandesgerichts Köln, Urteil vom 26.03.1999 – 4 U 47/98.
[4] Landgericht Stuttgart 5. Zivilkammer, Urteil vom 13.02.2007 – 5 S 199/06.
[5] Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck, 64 Auflage. München, 2005. Vor § 535. Rn. 36.
[6] *Medicus D.* Bürgerliches Recht. 20th. ed. Měndez, 2004. S. 236.

страняются на отношения по оказанию услуг. К ним относятся, в частности, нормы ЕТК о разного рода подразумеваемых гарантиях (implied warranties), защищающие ожидания покупателя в отношении приобретаемого товара и его качеств, аналоги которых отсутствуют в американском праве применительно к качеству услуг[1]. Однако, поскольку ЕТК не содержит положений, определяющих применимые нормы в ситуациях, когда договор содержит одновременно элементы и купли-продажи, и услуг, возникло немало судебных споров, которые часто укладывались в типичную схему: покупатель ссылался на нарушение поставщиком условий подразумеваемой гарантии, а продавец – на ее неприменимость, поскольку договор не являлся «чистым» договором купли-продажи.

Американские суды выработали различные подходы к разрешению вопроса о применимости положений ЕТК о купле-продаже к смешанным договорам. Доминирующим подходом является критерий основной цели (the predominance test), в соответствии с которым смешанный договор подчиняется правовому режиму того элемента договора, который отражает его основную цель[2]. Как отметил суд, установивший данный критерий, «применение или неприменение положений ЕТК зависит не от того, является ли договор смешанным или нет, а от того, что является его доминирующим элементом, его целью: оказание услуги с некоторыми привходящими элементами купли-продажи (например, договор с художником на написание картины) либо же продажа товара с некоторыми привходящими элементами услуги (например, установка продавцом проданного бойлера в ванной покупателя)[3]. Таким образом, если суд установит, что основная цель договора представляет собой куплю-продажу, то к договору будут применены положения ЕТК о купле-продаже даже к той его части, которая относиться непосредственно к услугам[4].

Надо отметить, что при этом судебная практика при применении данного подхода, судя по доступным нам источникам, не отличается до-

[1] В контексте российского права подобные гарантии рассматривались бы в качестве законных (см., напр., ст. 470 ГК РФ «Гарантия качества товара»).

[2] *Farnsworth A.* Contracts. 4th ed. New York, 2004. P. 33. Данный подход реализован и в Принципах правового регулирования договоров о программном обеспечении (Principles of the Law of Software Contract), принятых Американским институтом права (American Law Institute) в мае 2009 г., согласно которым они применяются к тем смешанным договорам, в которых главной целью приобретателя являлось приобретение именно программного обеспечения (§ 1.07).

[3] См., напр.: Bonebrake v. Cox, 499 F.2d 951 (8th Cir.1974). В данном споре суд счел, что в договоре на продажу оборудования для крикета с последующей установкой, включающей в себя в том числе и соответствующую подготовку лужаек, основным элементом является купля-продажа, и применил положения ЕТК.

[4] *Miller R., Jentz G.* Fundamentals of Business Law: Excerpted Cases. 2010. P. 290.

статочной определенностью: в одном случае, например, договор продажи бассейна с последующей установкой был квалифицирован как купля-продажа для целей применения положений ЕТК[1], а в другом случае аналогичному договору было отказано в такой квалификации[2]. Похожие проблемы возникают и с квалификацией договоров на приобретение и установку систем кондиционирования и охранных систем. В американской доктрине отмечается, что различия в квалификации судами схожих по содержанию договоров могут быть связаны с разными критериями, используемыми ими при определении преобладающего элемента. Это могут быть: положения договора, основной характер деятельности поставщика, доля каждого элемента в общей стоимости договора с учетом стоимости материалов и прочих затрат, степень готовности объекта на момент оказания услуг и т.д.[3]

Как следствие подобной неопределенности в американской судебной практике возник и альтернативный подход, согласно которому положения ЕТК о купле-продаже применяются только к той части договора, которая относится непосредственно к продаже товара (the component test)[4]. Нетрудно заметить, что при данном подходе смешанный договор рассматривается в качестве комбинации двух относительно самостоятельных и равноправных элементов, и положения ЕТК применяются к части, относящейся к продаже товара независимо от того, отражает ли она основную цель договора и является ли она его преобладающим элементом. Здесь мы имеем дело с классическим принципом комбинирования. При этом важно отметить, что, судя по доступным источникам, в США этот подход используется реже, чем принцип поглощения[5].

Наконец, рядом авторов был предложен и третий подход, в соответствии с которым применение положений о купле-продаже или услугах ставится в зависимость от того, в связи с каким элементом договора возникло соответствующее требование или, иными словами, к какому элементу договора относится суть возникшего спора (the gravamen test)[6]. При таком подходе применимый ко всему договору режим определяется

[1] Riffe v. Black 548 S.W.2d 175 (Ky. 1977).

[2] Gulash v. Stylarama 33 Conn. Supp. 108 (1975).

[3] *Brush J.M.* Mixed Contracts and the U.C.C.: A Proposal for a Uniform Penalty Default to Protect Consumers. 2007. Student Scholarship Papers. Paper 47 // http://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/47 (28.12.2010).

[4] Docteroff v. Barra Corp. 282 N.J. Super 230 (App. 1995); Garcia v. Edwater Hospital, 613 N.E.2d 1243 (Ill. App. 1993).

[5] *Brush J.M.* Mixed Contracts and the U.C.C.: A Proposal for a Uniform Penalty Default to Protect Consumers. 2007. Student Scholarship Papers. Paper 47. P. 14 // http://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/47 (28.12.2010).

[6] J.O. Hooker & Sons, Inc. v. Roberts Cabinet Co. 683 So. 2d 396 (Miss. 1996).

в зависимости от того, к какому элементу относится спор. Этот подход иногда встречается в судебной практике, но не остается без критики[1].

В качестве некоторого обобщения можно отметить, что в США определение норм, подлежащих применению к смешанным договорам, может являться порой достаточно сложной задачей для судов. В данном вопросе до сих пор отсутствует единообразие в используемых подходах и критериях, порой даже в пределах одного штата. Тем не менее заметно стремление судов к использованию принципа поглощения как обеспечивающего единый правовой режим договора в целом.

В Англии суды также сталкиваются с проблемой определения применимых норм к договорам, включающим в себя элементы купли-продажи и услуг. Здесь, так же как и в США, суды тяготеют к применению принципа поглощения. Основным критерием определения применимых к смешанному договору положений в таких случаях выступает существо договора (substance of a contract)[2]. При установлении существа договора суд пытается выявить доминирующий элемент договора, принимая во внимание относительную важность каждого из элементов смешения и индивидуальные обстоятельства каждого спора[3].

Обобщая сложившиеся в зарубежной практике подходы к определению правового режима смешанного договора, можно выделить два наиболее популярных принципа регулирования:

1) принцип поглощения, в соответствии с которым суды определяют в смешанном договоре преобладающий элемент и подчиняют весь договор его правовому режиму. Данный подход, видимо, достаточно распространен в Англии и США. Его проявления, как мы видели, встречаются также и в странах континентального права (Франции, Германии, Австрии[4]) и некоторых международных договорах[5]. Пре-

[1] *Brush J.M.* Mixed Contracts and the U.C.C.: A Proposal for a Uniform Penalty Default to Protect Consumers. 2007. Student Scholarship Papers. Paper 47. P. 16 // http://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/47 (28.12.2010).

[2] Benjamin's Sale of Goods. 7th ed. London: Sweet and Maxwell, 2006. P. 38.

[3] Так, например, в качестве купли-продажи был квалифицирован договор, предусматривающий разработку и установку охранной системы в многоквартирном доме (Management Corp. Strata Title Plan No. 1166 v Chubb Singapore Pte. Ltd. 1999. 3 S.L.R. 540). В другом случае суд применил нормы о купле-продаже в отношении заказа еды в ресторане (Lockett v. A & M Charles Ltd. 1938. 4 All E.R. 170). Однако если еда была предоставлена постояльцу отеля, то соответствующие отношения рассматривались уже в контексте договора оказания услуг (Horgan v. Driscoll. 1908. 42 I.L.T. 238).

[4] В качестве примера можно привести положения § 1055 Австрийского гражданского уложения, согласно которому, если покупная цена за проданную вещь уплачена частично деньгами, частично другим имуществом, то в зависимости от того, какая часть превалирует относительно справедливой рыночной стоимости, договор признается соответственно куплей-продажей или меной.

[5] В п. 2 ст. 3 Венской конвенции о международной купле-продаже товаров говорится: «...настоящая Конвенция не применяется к договорам, в которых обязательства сторо-

имуществом данного подхода является то, что договор подчиняется одному правовому режиму, в связи с чем риск возникновения коллизий между правилами об отдельных видах договоров практически отсутствует. С другой стороны, в условиях отсутствия четких критериев, которыми должны руководствоваться суды при определении преобладающего элемента, данный подход может привносить значительную неопределенность в договорные отношения сторон и зачастую не позволяет определить ex ante, какие нормы будут применяться к смешанному договору. Более того, во многих смешанных договорах выделить доминирующий элемент просто невозможно. К тому же поглощение побочных элементов не всегда решает все проблемы: такие элементы также могут нуждаться в правовом регулировании, которое может отсутствовать в специальном регулировании договорного типа, из которого заимствован преобладающий элемент смешения. Кроме того, применение специального режима, установленного в отношении доминирующего элемента смешения, к элементу подчиненному может приводить в ряде случаев к явно не адекватным с политико-правовой точки зрения результатам;

2) принцип комбинирования, в соответствии с которым суды разделяют смешанный договор на составные элементы и применяют в соответствующей части правила, установленные законом в отношении каждого из таких элементов. Данный подход законодательно закреплен в Голландии, Эстонии, Словакии, встречается в судебной практике Франции и Германии. Он на первый взгляд характеризуется большей степенью определенности как на стадии ex ante, так и на стадии ex post. Тем не менее и данный подход также не лишен существенных недостатков: в некоторых случаях правила о различных элементах договора могут противоречить друг другу. Кроме того, иногда нельзя игнорировать тот факт, что определенный элемент является преобладающим в договоре, и применять вопреки этому к части договора правила о второстепенном элементе договора. Наконец не исключены ситуации, при которых механическое применение специальных норм к отдельным частям договора, опосредующего уникальную структуру прав и обязанностей, значительно отличающуюся от той, которая изначально предполагалась при формулировании законодателем норм в отношении соответствующих поименованных договоров, может приводить к неприемлемым с политико-правовой точки зрения результатам.

Существующие подходы и связанные с ними недостатки европейские цивилисты попытались учесть при подготовке соответствующих

ны, поставляющей товары, заключаются в основном в выполнении работы или в предоставлении иных услуг».

положений Проекта общей системы координат европейского частного права (DCFR)[1]. Здесь понятию и правовому регулированию смешанных договоров (mixed contracts) посвящена отдельная статья (II-1:107). Под смешанным договором в DCFR понимается соглашение, которое содержит в себе либо (1) части, подпадающие под два или более типа поименованных договоров, либо (2) одну часть, подпадающую под тип поименованного договора, и другую часть, которая регулируется исключительно общими положениями о договоре (элемент непоименованного договора).

Общее правило правового регулирования смешанных договоров, закрепленное в DCFR, состоит в том, что к правам и обязанностям по смешанному договору с необходимыми адаптациями подлежат применению в соответствующих частях правила, действующие в отношении договоров, элементы которых смешиваются (принцип комбинирования).

Из этого правила сделано несколько исключений. Во-первых, принцип комбинирования исключается, если это противоречит природе и цели договора.

Во-вторых, исключение из принципа комбинирования предусмотрено в отношении случая, когда положение DCFR прямо предписывает, что смешанный договор должен рассматриваться в рамках одного договорного типа.

В-третьих, принцип комбинирования не применяется, если одна часть смешанного договора является настолько преобладающей, что было бы целесообразно квалифицировать договор в целом как охватываемый рамками лишь одного договорного типа. В качестве примера таких договоров в комментариях к DCFR приводится договор оказания гостиничных услуг, который хотя и включает в себя элементы аренды определенного имущества (кровать, шкаф, стол и т.п.), но который тем не менее разумно рассматривать в качестве договора оказания услуг. Применение принципа комбинирования в данном случае, на взгляд комментаторов DCFR, было бы чрезмерно искусственным[2].

При этом согласно DCFR даже тогда, когда в силу отмеченных выше правил принцип комбинирования исключается и смешанный договор подпадает в целом под специальный законодательный режим, установленный в отношении лишь одного из элементов смешения, существует возможность применения положений о другом договоре, элемент которого также присутствует в структуре смешанного договора. Такая

[1] С английским текстом DCFR можно ознакомиться в Интернете на сайте: http://webh01.ua.ac.be/storme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf (21.04.2011).

[2] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition. Vol. 1 / Ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Sellier, 2009. P. 157.

возможность открывается, если существует необходимость в регулировании таких «миноритарных» элементов и лишь в той степени, в которой применяемые к нему с необходимыми адаптациями специальные нормы не противоречат положениям, установленным в отношении преобладающего элемента. Так, в случае с примером гостиничных услуг, несмотря на то, что такой договор авторы DCFR считают возможным подчинить в целом доминирующему, на их взгляд, элементу оказания услуг, точечное применение правил о договоре аренды все-таки возможно к обязательствам, возникающим в связи с тем, что постоялец сделал особые распоряжения об имуществе, которое должно быть ему предоставлено отелем в пользование на период пребывания.

Особого внимания также заслуживает положение рассматриваемой статьи DCFR, в соответствии с которым применение норм о смешанных договорах не пресекает применение каких-либо императивных норм. Целью данного положения является предотвращение попыток обхода специальных императивных норм, в том числе направленных на защиту слабой стороны, путем заключения смешанного договора.

§ 3. Понятие и виды смешанного договора

Общие замечания

Законодательное регулирование смешанных договоров в России появилось впервые лишь в действующем ГК РФ. Тем не менее в дореволюционной цивилистике данные договоры не только упоминались, но и были предметом некоторых исследований[1]. Эта тенденция продолжилась и в советское время: несмотря на отсутствие соответствующих положений в ГК 1922 и ГК 1964 гг., в советской доктрине данная конструкция обсуждалась[2]. Встречались смешанные договоры и в судебной, и в арбитражной практике[3].

В настоящее время нормы о смешанном договоре содержатся в п. 3 ст. 421 ГК РФ. В соответствии с данным пунктом под смешанным дого-

[1] Наиболее примечательными в этой связи являются труды А.А. Симолина. См.: *Симолин А.А.* Возмездность, безвозмездность, смешанные договоры и иные теоретические проблемы гражданского права. М., 2005.

[2] См., напр.: *Ойгензихт В.А.* Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. Душанбе, 1984; Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. Е.А. Флейшиц, О.С. Иоффе. М., 1970. С. 23; *Мозолин В.П.*, *Фарнсворт Е.А.* Договорное право в США и СССР: История и общие концепции. М., 1988. С. 257; *Иоффе О.С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 37, 38; *Новицкий И.Б.*, *Лунц Л.А.* Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 102.

[3] *Витрянский В.В.* Гражданский кодекс о договоре // Вестник ВАС РФ. 1995. № 10. С. 101.

вором понимается договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами.

Данное определение, несмотря на его простоту и лаконичность, является не самым совершенным. Так, оно формально признает смешанными лишь те договоры, все элементы которых представляют собой поименованные договоры («договор, в котором содержатся элементы различных договоров, *предусмотренных законом или иными правовыми актами*... (курсив наш. – *Авт.*)»). В доктрине прямо указывается, что смешанные договоры отличаются тем, что соединяют в себе элементы *известных* типов или видов договорных обязательств[1]. Тем не менее, как представляется, нет оснований для столь ограничительного подхода к пониманию элементов смешанного договора. Напротив, есть все основания толковать п. 3 ст. 421 ГК РФ расширительно и допускать существование в смешанном договоре непоименованных элементов.

Во-первых, было бы достаточно противоречиво и непоследовательно разрешить сторонам заключать непоименованные договоры, но в то же время не предоставить им возможности включать элементы данных договоров в состав смешанных договоров, комбинируя их с элементами уже известных законодательству поименованных договорных типов. Некоторые права и обязанности, которые включаются в качестве составных частей в заключаемый сторонами договор, могут являться центральными элементами тех или иных укоренившихся в обороте непоименованных договоров (например, о неразглашении конфиденциальной информации, опционного договора и т.п.). Во-вторых, такой подход никоим образом не противоречит существу смешанного договора и установленному в отношении него методу правового регулирования. В отношении «поименованных элементов» будут применяться специальные нормы закона о соответствующем поименованном договоре, а в отношении «непоименованного элемента» – общие положения обязательственного права. В-третьих, такой подход соответствует зарубежному опыту: как отмечалось ранее, DCFR прямо допускает существование в смешанном договоре и непоименованных элементов, регулируемых общими положениями обязательственного права. Наконец, в-четвертых, такие договоры встречаются в жизни (так, например, в акционерных соглашениях часто встречаются условия о праве на выкуп или на продажу акций на условиях опциона) и знакомы отечественной судебной практике[2].

[1] Гражданское право. Обязательственное право: Учебник. В 4 т. Т. 3 / Под ред. Е.А. Суханова. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 176.

[2] См., напр.: Постановление ФАС Уральского округа от 26 апреля 2010 г. № Ф09-2729/10-С5 по делу № А60-38281/2009-С3 (договор по оказанию услуг утилизации мате-

Данные аргументы, на наш взгляд, убедительно показывают, что положения п. 3 ст. 421 ГК РФ должны толковаться расширительно, а в идеале – соответствующим образом скорректированы, чтобы отразить такую модель смешения. В этой связи не лишено смысла высказанное А.И. Батлером предложение уточнить формулировку п. 3 ст. 421 ГК РФ следующим образом: «Стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, как предусмотренных, так и не предусмотренных законом и иными правовыми актами (смешанный договор)»[1]. Таким образом, для квалификации договора в качестве смешанного достаточно, чтобы хотя бы один из нескольких элементов смешанного договора был упомянут в законодательстве как тип (вид) договора[2].

Элементы смешения

При взгляде на определение смешанного договора нетрудно заметить, что ключевую роль в его квалификации играет определение понятия «элемент договора». От того, насколько широко или узко понимается данный термин, зависит квалификация договора, а вместе с ней и его правовой режим (включая и императивные нормы). Легальная дефиниция данного понятия отсутствует. В научной же литературе высказывались различные позиции.

По мнению Е.А. Батлера, под элементом смешанного договора следует понимать «все императивные правила, относящиеся к договору, в том числе и правила о существенных условиях и условиях, отражающих специфику договора»[3]. Вряд ли данное определение можно признать удовлетворительным с научной и практической точек зрения. Все императивные нормы, относящиеся к договору, являются (в совокупности с диспозитивными нормами) ничем иным, как правовым режимом данного договора. Распространение на договор определенного правового режима является следствием уже состоявшейся квалификации. В данном же случае речь идет именно о необходимости квалификации договора в качестве смешанного и об определении того, какие элементы в договоре смешаны. К тому же рассчитывать на присутствие в договоре «всех императивных норм», относящихся к соответствующему его элементу, неразумно да и нецелесообразно, учитывая, что императив-

риалов был признан судом смешанным договором с элементами возмездного оказания услуг и непоименованного договора).

[1] *Батлер Е.В.* Непоименованные договоры. М., 2008. С. 22.

[2] *Татарская Е.В.* Правовая природа смешанных договоров // Российская юстиция. 2010. № 4.

[3] См.: *Батлер Е.А.* Непоименованные договоры: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 16.

ные нормы вообще не являются условием договора[1] и не должны воспроизводиться сторонами в тексте договора.

Нельзя согласиться и с анализом категории «элемент смешанного договора», проведенным Д.В. Огородовым и М.Ю. Челышевым, которые, справедливо отметив неоднозначность данного термина, приходят к выводу, что под категорией «элемент» можно понимать разные условия нескольких договоров, относящихся к одним и тем же лицам[2]. Из этого определения не вполне ясно, о каких именно условиях этих нескольких договоров идет речь. Ведь отдельные условия могут быть характерными для различных видов договоров (например, условие об оплате встречается практически в каждом втором поименованном договоре). Аналогичные соображения можно высказать и в отношении дефиниции элемента смешения, предлагаемой М.И. Малеиной: «...к элементам договора относятся его условия, права и обязанности сторон»[3]. Не вполне понятно, какое их сочетание, по мнению автора, является достаточным для того, чтобы можно было говорить о включении в смешанный договор элемента какого-то другого договора, а следовательно, и о смешанном договоре в целом. Ведь сам факт наличия в договоре отдельных условий, прав или обязанностей, обычно встречающихся в других поименованных и непоименованных договорах, еще не означает, что в данном случае имеет место смешанный договор.

Более определенно относительно содержания понятия «элемент смешанного договора» высказывается М.И. Брагинский, отмечающий, что «под элементами различных договоров подразумеваются не отдельные обязанности, включенные в содержание того или иного договора, а определенная их совокупность, характерная для соответствующего договора». На взгляд этого автора, необходимо, чтобы элемент смешанного договора представлял собой определенную совокупность обязанностей[4].

Данную точку зрения развивает и Ю.В. Романец, который делает вывод, что элемент поименованного договора, входящего в состав смешанного договора, должен обладать всеми конститутивными признаками соответствующего поименованного договора[5]. Похожую точку зрения высказывает и Е.В. Татарская, понимающая под элементом договора «предмет договора в совокупности с особенностями субъектного со-

[1] См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга 1: Общие положения. М., 2002. С. 301.

[2] *Огородов Д.В., Челышев М.Ю.* Смешанные договоры в частном праве: отдельные вопросы теории и практики // Законодательство и экономика. 2005. № 10.

[3] Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Н.Н. Агафонова, С.В. Артеменков, В.В. Безбах и др.; Под ред. В.П. Мозолина, М.Н. Малеиной. М.: НОРМА, 2004; СПС «КонсультантПлюс».

[4] *Брагинский М.И.* Общее учение о хозяйственных договорах. Минск, 1967. С. 40.

[5] *Романец Ю.В.* Система договоров в гражданском праве России. М., 2004. С. 74.

става договорного правоотношения», определяющими «его выделение в качестве типа (вида) в системе договорных обязательств»[1].

Представляется, что мнения последних авторов заслуживают серьезного внимания. Безусловно, есть очевидная связь между понятиями элемента договора и конститутивных, квалифицирующих признаков тех или иных договоров. Как уже отмечалось нами в главе о непоименованном договоре, каждый тип поименованных договоров характеризуется тем, что обладает определенными квалифицирующими признаками, которые в большинстве случаев фиксируются в соответствующих нормах данного специального законодательного режима. Различия в таких признаках обусловливают и различия между типами (видами) договоров. Тем не менее в контексте тематики смешанных договоров остается открытым вопрос: необходимо ли присутствие в договоре *всех* таких квалифицирующих признаков нескольких поименованных (или непоименованных) договорных конструкций, для того чтобы договор мог быть квалифицирован в качестве смешанного договора, либо же достаточно, чтобы в договоре смешивались элементы, содержащие лишь некоторые из таких признаков? Этот вопрос особенно интересен, принимая во внимание использование в определении смешанного договора словосочетания «элементы различных договоров», из которого можно сделать вывод о том, что речь идет о присутствии в смешанном договоре именно отдельных черт и признаков разных поименованных договоров, но не всех их сразу. Иными словами, речь идет не обязательно о «договорах в договоре».

Данный вопрос время от времени встает в судебной практике.

С одной стороны, существуют решения, из которых можно сделать вывод о том, что элемент смешанного договора должен обладать всеми конститутивными признаками соответствующего поименованного договора. В этой связи интерес представляет дело, рассмотренное МКАС при ТПП РФ. Согласно договору одна сторона обязалась осуществить финансирование строительства и пусконаладочных работ линий связи, а другая сторона обязалась осуществить указанное строительство и пусконаладочные работы и в счет возврата полученных в виде финансирования денежных средств сдать в аренду другой стороне линию связи сроком на один год. По мнению истца, данный договор являлся смешанным договором, содержащим элементы договора займа и аренды. Однако МКАС не согласился с указанным выводом, указав, что предусмотренная договором структура финансирования полностью не укладывается в дефиницию договора займа и к ней не могут применяться

[1] См.: *Татарская Е.В.* Правовая природа смешанных договоров // Российская юстиция. 2010. № 4.

какие-либо нормы о договоре займа. По мнению арбитража, данный договор является непоименованным и к отношениям сторон должны применяться положения заключенного договора, а при их недостаточности – общие положения обязательственного права ГК РФ[1]. Схожий подход в отношении подобного договора отражен и в некоторых решениях арбитражных судов[2].

Если проанализировать данные решения в контексте рассматриваемой тематики, то можно попытаться реконструировать логику судов таким образом. Среди ключевых квалифицирующих признаков договора займа, вытекающих из его дефиниции (ст. 807 ГК РФ), выделяется то, что заем предоставляется на условиях возвратности: «...указанный объект передается в собственность с обязательством заемщика вернуть *такую же* сумму денег или равное количество других полученных вещей того же рода и качества». Как видно, отсутствие этого центрального квалифицирующего признака займа в спорном договоре и послужило основанием для выводов судов о невозможности квалификации соответствующего элемента договора в качестве элемента договора займа, а всего договора – в качестве смешанного. Здесь отсутствовал признак возвратности, поскольку возврат полученных средств не осуществлялся, вместо чего инвестор удовлетворялся за счет представления ему имущественного права аренды. На этом основании договор был признан не смешанным, а непоименованным.

С другой стороны, суды иногда признают смешанным договор, элементы которого не обладают всеми конститутивными признаками соответствующего поименованного типа договора. Например, судебно-арбитражная практика признала смешанным договор об обмене товаров на эквивалентные по стоимости услуги как содержащий элементы договоров купли-продажи и возмездного оказания услуг[3]. Данный вывод поддерживается и в доктрине[4]. Нетрудно заметить, что в случае с элементом купли-продажи отсутствует один из центральных конститутив-

[1] Решение МКАС при ТПП РФ от 14 июня 2005 г. по делу № 120/2004.

[2] Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 20 мая 2010 г. по делу № А11-4888/2009 (договор, по которому предусматривалось финансирование строительства корпуса рынка, а возврат полученных средств должен был осуществляться путем заключения договора аренды нежилого помещения в данном рынке сроком на шесть лет, был квалифицирован судом не как смешанный, а как непоименованный).

[3] См. п. 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69 «Обзор практики разрешения споров, связанных с договором мены» // Вестник ВАС РФ. 2003. № 1.

[4] В.В. Витрянский пишет, что когда «вместо расчетов за товары, работы, услуги предусматриваются выполнение работ, оказание услуг, передача исключительных прав и т.п., сделки должны квалифицироваться как смешанные договоры». См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: договоры о передаче имущества. М.: Статут, 2005. С. 259.

ных признаков данного договора, отличающий его от договора мены и заключающийся в денежной форме встречного предоставления. Тем не менее отсутствие одного из ключевых признаков договора купли-продажи в данном случае не воспрепятствовало квалификации спорного договора в качестве смешанного с элементами договора купли-продажи.

Если анализировать данную проблему по существу, следует признать, что подход, который признает смешанным договор, в котором совмещаются те элементы различных поименованных договоров, которые отражают все их квалифицирующие признаки, является слишком узким и малопригодным для практических целей. При таком подходе многие договоры, которые наша доктрина традиционно относит к смешанным договорам (например, договор оказания услуг в обмен на поставку товара), не могут быть признаны смешанными в силу того, что в них комбинируемые элементы разных договоров отражают не все квалифицирующие признаки последних.

Представляется, что если уйти от попыток поиска всех квалифицирующих признаков соответствующего договора в каждом элементе смешанного договора, а использовать иной, более гибкий подход, можно сформировать более адекватное определение категории «элемент смешения» и понятие смешанного договора в целом. На наш взгляд, такой подход состоит в том, что для констатации наличия в контракте элементов другого договора достаточно, что в рамках заключенного договора выделяются обязательства, обладающие хотя бы и не всеми, но рядом квалифицирующих признаков другого поименованного или непоименованного договора. Но наличия каких квалифицирующих признаков достаточно, чтобы включенное в договор обязательство рассматривалось как привнесенное в результате смешения элементов других договоров?

Думается, основная модель определения элементов смешения состоит в выделении всех вытекающих из заключенного сторонами договора обязательств и последующем соотнесении этих обязательств с обязательствами, которые в силу соответствующих квалифицирующих норм *имеют решающее значение* для квалификации известных поименованных (или непоименованных) видов договоров, принимая во внимание не только единство или близость их формальной правовой структуры, но и близость их целей и природы.

Центральный аспект данного подхода – категория исполнения, имеющего решающее значение для той или иной договорной модели. Ведь именно в обязательстве, исполнение которого имеет решающее значение для квалификации договора, и проявляются направленность конкретного поименованного договора и его основные индивидуальные черты. Так, например, применительно к большинству возмездных двусторонних договоров денежное обязательство хотя и выступает ча-

сто одним из квалифицирующих признаков соответствующего договора (например, обязательство по оплате для договора купли-продажи), но не является в нашем понимании обязательством, исполнение которого имеет решающее значение для квалификации договора. Денежное обязательство нельзя отнести к таковым, поскольку уплата денежной суммы есть встречное предоставление, типичное для многих заключаемых в современном гражданском обороте гражданско-правовых договоров. К тому же исполнение, за которое причитается оплата, требует, как правило, специальных навыков, ресурсов либо связано с дополнительным риском и обычно получает намного более серьезное внимание со стороны законодателя, чем встречное денежное обязательство. В этой связи подавляющее большинство норм, составляющих правовой режим соответствующего поименованного договора, как правило, посвящено регламентации вопросов, связанных именно с неденежным обязательством, имеющим решающее значение для такого двустороннего возмездного договора (по поставке товаров, оказанию услуг, выполнению работ, предоставлению имущества в аренду и т.п.).

В конечном счете вся квалификация договора в качестве смешанного и направлена на определение наиболее подходящего правового режима для этого договора. Такой режим проще найти в регулировании поименованного договора, в котором то обязательство, которое закреплено в спорном договоре, является решающим и определяющим для отделения данного договора от других поименованных договорных конструкций.

Таким образом, если в конкретном заключенном договоре совмещаются обязательства, которые одновременно имеют решающее значение для тех или иных поименованных или непоименованных договоров разного типа, можно говорить о смешении элементов разных договоров.

Термин «исполнение, имеющее решающее значение» («characteristic performance») широко используется в международном частном праве при определении права, применимого к договору, в отсутствие соответствующего соглашения сторон[1]. Под исполнением, имеющим решающее значение для договора в контексте международного частного права, обычно понимается обязательство, которое «дает договору его имя» и «за которое причитается оплата»[2]. Как отмечается зарубежными авторами, данный критерий «отражает существующую типологию до-

[1] См. ст. 1211 ГК РФ, п. 2 ст. 4 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам.

[2] См.: The Report on the convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris. 1980. OJ C-282/01.

говоров»[1] и «имеет свои корни в континентальном договорном праве, классифицирующем договоры на типы»[2]. Думается, что этот же критерий представляет собой определенную ценность и для режима смешанных договоров. Несмотря на внешние различия проблематики (в одном случае – определение понятия элемента смешанного договора, в другом – определение права страны, наиболее тесно связанной с исполнением договора), данные проблемы имеют глубинные сходства. В обоих случаях налицо коллизия закона. В случае со смешанными договорами существует потенциальная коллизия при выборе применимого к соответствующему элементу смешанного договора режима того или иного поименованного договора. Применительно же к сфере международного частного права также существует коллизия различных правовых режимов, правда, уже на более высоком регулятивном уровне. Однако существа проблемы наличие или отсутствие иностранного элемента не затрагивает: в обоих случаях необходимо найти наиболее подходящий правовой режим для соответствующего договора (или его части).

Тем не менее если критерий всех квалифицирующих признаков оказывается слишком жестким, то критерий «решающего исполнения», взятый в отдельности, – слишком мягким и вряд ли может быть достаточным при определении элементов смешения. Дело в том, что одно и то же обязательство может возникать ради достижения различных целей и в рамках зачастую принципиально разной структуры прав и обязанностей в целом, что не может не сказываться на применимом правовом режиме. Напомним, что типизацию договорных моделей предопределяет не одно лишь только различие в «обязательстве, опосредующем решающее исполнение», а целый комплекс квалифицирующих признаков. Мы не можем использовать их все, так как в элементе смешения, как правило, всегда будут отсутствовать некоторые из них. И все же избежать качественного сопоставления степени близости элемента смешения с той или иной «материнской» поименованной договорной моделью, ее целями и структурой прав и обязанностей, из нее вытекающих, в ряде случаев, видимо, невозможно.

Это связано с тем, что одно и то же исполнение иногда может иметь центральное значение для целого ряда поименованных договоров. Например, обязательство по передаче вещи в собственность может быть основным и «решающим» обязательством для большого числа различных договоров (купли-продажи, дарения, мены и т.п.). Мы не можем признать договор смешанным, не определив, элементы каких конкрет-

[1] *Plender R.* The European contracts convention. London, Sweet and Maxwell. 1991. P. 110; *Lipstein K.* Characteristic performance – A new concept in the Conflict of laws in matters of contract for the EEC // Northwestern Journal of International Law and Business. Vol. 3. 1981. P. 404.

[2] *Diamond A.* Conflict of laws in the EEC // Current Legal Problems. Vol. 32. 1979. P. 155.

но договоров смешиваются. Именно поэтому для квалификации смешанного договора помимо выявления договора, в отношении которого соответствующее обязательство, согласованное сторонами, имеет решающий характер, необходим учет и целого ряда иных факторов (таких, как близость целей определенных обязательств и природы договора в целом). При наличии нескольких поименованных или непоименованных договоров, в которых решающее значение имеет исполнение того же самого обязательства, которое предусмотрено и сторонами спорного договора, соответствующий элемент смешения следует относить к той «материнской» договорной модели, в которой данное обязательство реализует ту же или близкую экономическую цель и которая является ближайшей с точки зрения правовой природы договора в целом.

Кроме того, вряд ли стоит надеяться на то, что анализ всех этих факторов позволит сделать уверенный выбор абсолютно во всех случаях. Поэтому следует признать, что в наиболее сложных случаях суд вправе относить соответствующий элемент к той из нескольких теоретически применимых поименованных моделей, регулятивный режим которой может предложить наиболее адекватный сути заключенного смешанного договора набор правовых норм.

Алгоритм выявления элементов смешения и некоторые примеры

С учетом сделанных выше замечаний для квалификации договора в качестве смешанного можно было бы предложить применять к заключенному договору следующий алгоритм анализа.

Во-первых, суду следует убедиться в том, что договор с учетом его содержания не вписывается полностью в ту или иную поименованную договорную модель. В противном случае договор следует признать поименованным, и проблема разрешается сама собой. Например, договор, в рамках которого арендодатель наряду с предоставлением в аренду транспортного средства оказывает услуги по управлению и технической эксплуатации, целиком «охватывается» рамками поименованного договора аренды транспортного средства с экипажем (§ 3 (1) гл. 34 ГК РФ) и не является смешанным договором в этой связи (что, впрочем, не исключает применение некоторых правил об оказании услуг по аналогии закона).

Во-вторых, если договор не может быть квалифицирован как поименованный, необходимо определить основные обязательства сторон, экономические цели исполнения таких обязательств и выявить правовую природу договора в целом.

В-третьих, необходимо выяснить, не существует ли среди поименованных или устоявшихся в практике непоименованных договоров

такая договорная модель, в рамках которой исполнение хотя бы одного из основных выделенных в договоре обязательств было закреплено в качестве квалифицирующего признака и имело бы решающее значение для данной договорной модели в целом.

В-четвертых, если в результате таких претендентов на «усыновление» элемента смешения оказывается несколько, следует сопоставить единство или близость той экономической цели, ради которой данное обязательство согласовано в спорном договоре, и той цели, которая обычно предполагается типичной для включения этого же обязательства в определенный поименованный или непоименованный договор.

В-пятых, если в результате этих этапов анализа все равно остается несколько претендентов, предпочтение отдается той поименованной договорной конструкции, которая имеет наиболее близкую правовую природу. При сопоставлении правовой природы конкретного договора и некой поименованной или непоименованной договорной модели необходимо сопоставлять всю вытекающую из договора и правового регулирования той или иной договорной модели структуру прав и обязанностей сторон.

В-шестых, в сложных случаях выбора между «претендентами» целесообразно оценить конкурирующие правовые режимы на предмет выявления самого прагматически оптимального из них применительно к данному конкретному элементу. Если регулятивный режим, вытекающий из одной квалификации элемента, оказывается более приемлемым с политико-правовой точки зрения, чем другой, то суду, исчерпавшему все иные методы выбора, не остается ничего иного, кроме как осуществлять его на основе сугубо прагматических соображений.

Проиллюстрируем действие данного подхода на примере классического смешанного договора, в котором товар обменивается на услуги:

1) такой договор явно не охватывается ни одной поименованной договорной моделью;

2) в таком договоре можно выделить следующие «основные» обязательства: по передаче имущества в собственность и по оказанию услуг. Причем в экономическом плане данные обязательства направлены на совершение типичного рыночного обмена, взаимное предоставление разнородных экономических благ;

3) обязательство по оказанию услуг, очевидно, имеет решающее значение для поименованного в ГК РФ договора возмездного оказания услуг (является основным из нескольких квалифицирующих признаков такого договора);

4) в то же время обязательство по передаче имущества в собственность характерно для нескольких поименованных договорных типов (в первую очередь договора займа, договора дарения, договора мены и до-

говора купли-продажи). Соответственно формальная природа обязательства, имеющего решающее значение для соответствующего поименованного договора, здесь нам не может помочь осуществить окончательный выбор, и на помощь приходит критерий экономической цели. На основе этого критерия легко исключить возможность отнесения этого элемента смешения к модели дарения, цель которой состоит в одарении контрагента, а не во взаимовыгодном обмене благами[1];

5) при выборе между моделями займа, мены или купли-продажи, которые опосредуют передачу имущества в собственность в целях взаимовыгодного обмена, необходимо провести анализ близости правовой природы договоров и всей структуры прав и обязанностей сторон в целом. С учетом отсутствия в спорном договоре обязанности по возврату того же количества товара и наличия встречного исполнения в виде передачи иного экономического блага очевидно, что модели купли-продажи и мены ближе к спорному договору, чем модель займа;

6) выбор между куплей-продажей и меной можно осуществить разве что на основе сугубо прагматических соображений и в некотором смысле относительно произвольно. С учетом того, что в силу п. 2 ст. 567 ГК РФ к договору мены субсидиарно применяются правила о купле-продаже, а сами специальные нормы о мене не несут в большинстве своем ценного регулятивного потенциала в отношении заключенного сторонами договора, на основе этих прагматических соображений разумно признать, что обязательство по передаче вещи в собственность в рамках спорного договора является элементом купли-продажи, что предполагает применение соответствующих специальных правил о купле-продаже. Такое решение означает, в частности, что норма ст. 570 ГК РФ, согласно которой право собственности по общему правилу резервируется за стороной договора мены, которая передала вещь первой, до момента встречной передачи вещи другой стороной, к заключенному договору, по всей видимости, не применяется.

Использование такого рода методики для определения элементов смешения имеет ряд преимуществ. Во-первых, она хотя и кажется сложной, но в полной мере соответствует сложности самой проблемы, являясь намного более определенной, чем некоторые предлагаемые в доктрине и рассмотренные выше простые дефиниции элемента смешения («условия, права и обязанности сторон» или «разные условия нескольких договоров, относящиеся к одним и тем же лицам»).

Во-вторых, предлагаемая методика удобна для правоприменительной деятельности: обязательство, имеющее решающее значение для то-

[1] См. абз. 2 п. 1 ст. 572 ГК РФ, в котором говорится: «При наличии встречной передачи вещи или права либо встречного обязательства договор не признается дарением».

го или иного поименованного договора, в подавляющем большинстве случаев будет содержаться в его законодательной дефиниции. Практически любой поименованный договор обладает исполнением, которое среди различных его квалифицирующих признаков будет иметь решающее значение для выделения такого договора[1].

В-третьих, она обладает достаточной гибкостью, позволяя выходить из тупиковых ситуаций, когда соответствующий элемент со всей очевидностью должен относиться к определенному поименованному типу договора, но в то же время в этом элементе отсутствует один из конститутивных признаков такого договора (как это имело место в отношении фактора оплаты в рассмотренном выше договоре, по которому товар меняется на услуги).

В-четвертых, она позволяет разрешать сложные коллизии, когда имеется несколько договорных моделей, к которым теоретически можно отнести спорный элемент смешанного договора.

При этом надо признать, что этот алгоритм, как мы видим, предполагает значительную степень судебного усмотрения. Но, думается, решить интересующую нас здесь проблему посредством некой абсолютно механической дедукции просто невозможно.

Смешанные договоры и договоры с «зеркальными» встречными предоставлениями

Иногда в практике делового оборота встречаются двусторонние возмездные договоры, в которых одна из сторон осуществляет неденежное предоставление, характерное для одного из поименованных договоров, а другая вместо обычно предусмотренной в рамках данной поименованной договорной модели оплаты обязуется осуществить встречное предоставление того же типа (товары в обмен на товары, услуги в обмен на услуги, работы в обмен на работы, взаимная передача интеллектуальных прав, взаимное предоставление различных объектов в аренду и т.п.). В качестве примера такого договора можно привести встречающийся на практике договор, по которому каждая из сторон обязуется размещать рекламу другой стороны на подконтрольных ей ресурсах (например, в печатных изданиях, на сайтах в сети «Интернет» и т.п.).

Конечно, стороны могли бы в таких ситуациях заключать два однотипных договора с классическим денежным обязательством, а впоследствии осуществлять зачет. Но это не всегда соответствует интере-

[1] Пожалуй, единственным исключением является договор мены, где исполнения с обеих сторон идентичны по своей значимости. Тем не менее для целей определения наличия в квалифицируемом договоре признаков смешанного договора данное исключение вряд ли является существенной помехой.

сам сторон. Принцип свободы договора не оставляет другого выбора, кроме как признать допустимость такого рода договоров, некоторые из них сейчас поименованы в ГК РФ. Например, в Кодексе имеются специальные нормы о договоре мены, а ст. 614 ГК признает договором аренды и такой договор, арендная плата по которому представляет собой встречное предоставление имущества в аренду. Многие другие подобные договоры с «зеркальными» по своей природе объектами обмена остаются «неприкаянными». Соответственно, отталкиваясь от очевидной для нас идеи о допустимости таких договоров, мы задаемся техническим вопросом о том, стоит ли относить такие договоры к категории смешанных, непоименованных или выводить их в отдельную категорию договоров.

С одной стороны, отнесение такого рода договоров к категории смешанных не укладывается всецело в рамки законодательной дефиниции смешанного договора, так как в данном случае смешиваются элементы не разных договоров, а одной и той же договорной модели, в то время как закрепленное в действующем законодательстве определение смешанного договора предполагает комбинацию элементов именно разных договорных моделей.

С другой стороны, признание таких договоров непоименованными, как это делают некоторые авторы[1], также не вполне логично, если учесть, что это препятствует применению специальных норм законодательства о том договоре, элементы которого смешиваются. В частности, такой подход отсекает возможность как минимум автоматического применения специальных норм о порядке исполнения того типа обязательств, который стороны предусматривают в договоре. Такой результат не представляется разумным с практической точки зрения. Поэтому, думается, было бы более рационально в условиях существующей дефиниции смешанного договора вслед за отдельными авторами[2] признать такие договоры особой категорией договоров (договорами обменного типа или договорами с «зеркальными» встречными предоставлениями) и применять к ним нормы о смешанном договоре с необходимыми адаптациями по аналогии. Это будет означать, что к таким договорам будут применяться *напрямую* специальные нормы законодательства о данной договорной модели с одним важным, вытекающим из его существа уточнением: к «зеркальным» встречным предоставлениям применяется соответствующая часть специальных норм, регулирующих исходную поименованную договорную модель. В принципе не исключена возможность применения к таким договорам и положения ст. 568

[1] См.: *Батлер Е.В.* Непоименованные договоры. М., 2008. С. 97.

[2] *Татарская Е.В.* Правовая природа смешанных договоров // Российская юстиция. 2010. № 4.

ГК РФ из главы о договоре мены, закрепляющего презумпцию равноценности встречных предоставлений. Поскольку выраженное в данной статье решение универсально и не зависит от характера обмениваемых благ, применение данного положения в порядке аналогии не будет противоречить существу рассматриваемого смешанного договора.

§ 4. Подходы к правовому регулированию смешанных договоров

Общая характеристика законодательного решения

В соответствии с п. 3 ст. 421 ГК РФ к отношениям сторон по смешанному договору применяются *в соответствующей* части правила о договорах, элементы которых содержатся в нем, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа договора.

Как видно, российский подход к смешанным договорам отражает хорошо известную теорию комбинированного регулирования в качестве базовой презумпции. В то же время указание в законе на то, что данная презумпция опровергается, когда это вытекает из существа договора, дает основания при необходимости реализовывать в контексте российского права иные подходы к регулированию смешанного договора.

Здесь в первую очередь следует выделить «принцип поглощения», который столь популярен в Англии и США, распространен в ряде европейских стран и, на наш взгляд, должен применяться к некоторым видам смешанных договоров.

Кроме того, формулировка п. 3 ст. 421 ГК РФ допускает исключение применения специальных норм о конкретных поименованных договорах и без того, чтобы регулирование смешанного договора было поглощено режимом лишь одного из поименованных договоров, элементы которых в договоре смешаны. Так, например, в некоторых случаях может применяться принцип «взаимного устранения», когда нормы разных правовых режимов, вступая в неразрешимый конфликт применительно к заключенному смешанному договору, взаимоустраняют друг друга.

Помимо этого, как мы покажем далее, в некоторых случаях даже в отсутствие неразрешимого «конфликта режимов» применение соответствующей специальной нормы хотя и не «вытесняется» специальными нормами о другом элементе договора, но может приводить к результатам, явно противоречащим цели и сути заключенного договора или соображениям справедливости и иным очевидным политико-правовым критериям. В такого рода ситуациях суд должен быть наделен правом исключить применение специальной нормы и применить общие положения о договорах и обязательствах, используя тем самым «принцип исключения».

Далее мы попытаемся в общих чертах рассмотреть действие указанных принципов регулирования смешанного договора и привести соответствующие примеры.

Принцип комбинирования

Итак, базовый, действующий по общему правилу метод регулирования смешанных договоров согласно российскому ГК РФ состоит в комбинированном применении к такому договору норм, регулирующих те договорные типы, элементы которых стороны смешали в своем договоре. К соответствующим правам и обязанностям, относящимся к каждому из смешанных элементов, применяются специальные нормы, релевантные соответствующим «материнским» договорным моделям.

Некоторые дореволюционные авторы ставили такой способ регулирования смешанных договоров под сомнение[1]. Как мы видели, не во всех странах он является доминирующим подходом к выбору применимого законодательного режима. Тем не менее он закреплен в п. 3 ст. 421 ГК РФ, поддерживается, пожалуй, большинством современных российских авторов[2] и признается приоритетным в последних по времени актах международной унификации договорного права (ст. II.-1:107 DCFR). Помимо этого сугубо догматического аспекта следует отметить, что с политико-правовой точки зрения хотя такой подход и не всегда приводит к оптимальным результатам, он, будучи взят в качестве базовой опровержимой презумпции, оказывается более адекватным, чем любая иная альтернатива[3].

Поясним этот тезис.

Во-первых, разработка специального набора норм применительно к каждой возможной комбинации элементов поименованных договоров просто невозможна.

Во-вторых, применение к смешанным договорам общих положений об обязательствах и договорах с применением специальных норм лишь по аналогии закона стирает грань между смешанными и непоименованными договорами. Но гораздо важнее то, что такой подход неоправданно затрудняет доступ суда к чаще всего вполне адекватно применимому блоку специальных императивных и диспозитивных норм. Например, было бы неразумно отказаться применять детально разработанные правила о купле-продаже в отношении исполнения

[1] *Таль Л.С.* Положительное право и неурегулированные договоры // Юридические записки Демидовского юридического лицея. Вып. III (XII). Ярославль, 1912. С. 434.

[2] См., напр.: *Брагинский М.И.* Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 75.

[3] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition / Ed. by C. von Bar and E. Clive. Vol. I. 2009. P. 155.

обязательства по передаче товара в рамках договора, в котором в обмен на этот товар другая сторона окажет услуги. Применение специальных норм по аналогии закона могло бы заполнить этот регулятивный вакуум лишь в отдельных случаях в силу самого исключительного характера этого инструмента. Общие же нормы об обязательствах и договорах могут просто не соответствовать специфике конкретной договорной конструкции.

В-третьих, поглощение всего договора специальными нормами о поименованном договоре, относящемся лишь к одному из смешанных элементов, намного чаще, чем принцип комбинирования, будет приводить к абсолютно невразумительным политико-правовым результатам. Достаточно представить себе применение, например, специальных норм о купле-продаже к элементу смешанного договора, состоящему в оказании услуг, и те экзотичные результаты, которые при этом будут получены.

Таким образом, установление принципа комбинирования в качестве базовой презумпции просто не имеет альтернатив.

Это не значит, что принцип комбинирования идеален. Как мы дальше покажем, он также дает сбои. Тем не менее выбор в пользу принципа комбинирования в качестве базовой презумпции предопределен тем, что, судя по всему, он приводит к неудачным с политико-правовой точки зрения результатам реже, чем иные альтернативы. Тот факт, что этот принцип был благоразумно установлен российским законодателем в качестве *опровержимой* презумпции, дает надежду на то, что хотя и не во всех, но как минимум во многих случаях, когда его применение будет приводить к неадекватным результатам, суды догадаются эту презумпцию легитимно опровергнуть и найти иной путь к регулированию спорного вопроса.

В основе принципа комбинирования лежит идея о том, что правовое регулирование не должно различаться в ситуациях, когда стороны оформили свои обязательства в виде нескольких самостоятельных договоров и когда они объединили такие обязательства в один договор-документ. Ведь зачастую смешанный договор представляет собой не что иное, как прием юридической техники, посредством которого стороны, исходя из соображений удобства оформления своих отношений, заключают один договор, в котором объединены единой экономической целью разнородные обязательства. Просто нелогично, чтобы воля законодателя на установление неких императивных и диспозитивных правил могла бы быть столь легко проигнорирована одним лишь фактом смешения неких урегулированных моделей под «шапкой» одного договора как документа. Имеет смысл проиллюстрировать применение принципа комбинирования на конкретных примерах.

Так, если имело место некачественное исполнение смешанного договора, включающего в себя элементы поставки и подряда, необходимо определить, с каким именно элементом связано данное нарушение. Если договор предусматривал поставку и монтаж торгового павильона, а причиной недостатков являлись конструктивные особенности поставленного товара (например, отсутствие достаточного теплоизоляционного слоя), но не действия по его монтажу, то должны применяться положения ст. 475 ГК РФ, которые в отличие от положений ст. 723 Кодекса позволяют требовать возмещения понесенных расходов на устранение недостатков третьими лицами независимо от того, предусмотрено ли такое право в договоре[1]. Соответственно, если бы причиной недостатков выступало ненадлежащее выполнение работ по монтажу (например, были оставлены щели, обусловившие пониженную температуру в данном павильоне), должны были бы применяться не вполне разумные, на наш взгляд, но прямо закрепленные в ст. 723 ГК РФ положения, согласно которым покупатель (в данной части договора выступающий как заказчик) не вправе устранять дефект посредством привлечения третьих лиц и требовать компенсации понесенных расходов без указания на то в договоре.

Другой пример. Срок исковой давности по соответствующему требованию, вытекающему из договора, который комбинирует элемент транспортной экспедиции с оказанием других услуг, должен по общему правилу определяться в соответствии с правилами, применимыми к тому элементу, в связи с которым данное требование возникло. Если, например, оно возникло в связи с неисполнением обязательств именно по транспортной экспедиции, то подлежит применению специальный сокращенный срок исковой давности, предусмотренный для договора данного типа[2].

Ограничения принципа комбинирования

Как мы видим, принцип комбинирования, закрепленный в ГК РФ в качестве базовой модели нахождения в систематике отдельных видов договоров нужного специального регулирования, может действи-

[1] См.: Постановление ВАС РФ от 26 января 1999 г. № 6150/98, а также п. 16 Обзора практики разрешения споров по договору строительного подряда (Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 24 января 2000 г. № 51).

[2] См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16 января 2003 г. № Ф04/132-1966/А45-2002. В другом деле суд указал, что, «поскольку убытки были связаны с обязательствами в рамках элемента договора возмездного оказания услуг, суд правомерно не применил сокращенный срок исковой давности, предусмотренный ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности» (см.: Постановление ФАС Московского округа от 4 мая 2009 г. № КГ-А40/3576-09 по делу № А40-57214/08-22-490).

тельно применяться с успехом и предоставлять адекватный источник регулирования сложным отношениям сторон смешанного договора. В то же время вполне очевидно, что возможности этого метода далеко не безграничны.

Во-первых, в некоторых случаях единовременное применение к одному договору норм о разных поименованных договорах невозможно в силу очевидного конфликта регулятивных режимов[1]. В такого рода случаях суды вынуждены отходить от принципа комбинирования, применяя принцип поглощения (т.е. применяя лишь один из двух конфликтующих режимов).

При этом принцип поглощения может приводить к поглощению законодательным режимом лишь одного поименованного договора, причем как всего договора в целом (тотальное поглощение), так и отдельных частей договорных отношений (точечное поглощение). Так, например, общее правило, применяемое к договору, в котором смешиваются элементы договоров, относительно которых закон устанавливает разные требования к порядку заключения или форме сделки, заключается в том, что смешанный договор должен быть заключен в той форме, которая является наиболее строгой из всех, установленных в отношении соответствующих элементов[2]. Применение к этому вопросу принципа комбинирования просто невозможно. Думается, что в данном случае использование принципа поглощения к вопросу о форме или порядке заключения договора вместо принципа комбинирования является достаточно рациональным, так как применение здесь принципа ком-

[1] На эту проблему уже обращалось внимание в современной литературе (см.: *Романец Ю.В.* Система договоров в гражданском праве России. М., 2001. С. 75, 76; *Брагинский М.И.* Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 68, 69).

[2] Так, например, если правила о договоре, составляющем один из элементов смешанного договора, предусматривают необходимость нотариальной формы или государственной регистрации такого договора, то соответствующие требования должны быть соблюдены в отношении формы и порядка заключения всего смешанного договора. Впервые такой подход достаточно четко был отражен в п. 13 Информационного письма ВАС РФ от 16 февраля 2001 г. № 59 (Обзор практики разрешения споров, связанных с применением Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»). Здесь ВАС РФ указал, что «поскольку заключенный сторонами смешанный договор, содержащий элементы купли-продажи предприятия как имущественного комплекса, подлежащего государственной регистрации, и договора поставки оборудования, устанавливает единую совокупность обязательств, то такой смешанный договор подлежит государственной регистрации, при отсутствии которой он должен признаваться незаключенным». Впоследствии ВАС РФ еще раз подтвердил данную позицию, указав, что если норма договора устанавливает обязательную государственную регистрацию договора аренды недвижимости, это требование распространяется и на смешанный договор, содержащий элементы договора аренды недвижимости (см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 1 марта 2005 г. № 12102/04).

бинирования просто логически невозможно. При этом в данном случае принцип поглощения применяется лишь к данным процедурным или формальным аспектам заключения договора, в то время как права и обязанности сторон смешанного договора могут продолжать регулироваться посредством принципа комбинирования.

Но как суд должен определять, какой режим должен выступать в качестве «поглотителя»? В примере с формой и порядком заключения договора ответ был найден судебной практикой достаточно просто: более строгая форма или процедура заключения договора поглощают менее строгие. Но в иных случаях, касающихся регулирования содержания договорных отношений, нахождение ответа на этот вопрос не происходит столь легко.

Искомый критерий обнаруживается в случаях, когда имеет место очевидное неравенство смешанных элементов с точки зрения их важности для реализации общей воли сторон. Как мы видели из опыта зарубежных стран, в таком случае режим, относящийся к доминирующему элементу, может точечно или полностью вытеснить конфликтующий режим «миноритарного» элемента.

Тем не менее вполне понятно, что далеко не всегда заключенный сторонами смешанный договор включает элементы, имеющие явно неравноценную важность. Например, предположим, что стороны заключили смешанный договор, в котором первая сторона обязуется оказать услуги, а вторая сторона – выполнить работы. Возникает резонный вопрос: какими нормами следует руководствоваться подрядчику (он же заказчик услуг), если он желает отказаться от договора: нормами ГК РФ о договоре подряде, которые в развитие общего принципа о недопустимости немотивированного отказа от исполнения договора (ст. 309 ГК) не предусматривают право подрядчика на беспричинный отказ от договора, либо нормой Кодекса, дающей заказчику в договоре возмездного оказания услуг право на такой отказ (ст. 782 ГК)? В силу того, что два взаимоисключающих регулятивных режима не могут применяться к вопросу об отказе от договора в целом одновременно, суд вынужден делать выбор.

Если бы элемент услуг в этом договоре был очевидно миноритарным по сравнению с элементом подряда, суд мог бы отдать предпочтение режиму подряда. Но в рассматриваемом примере очевидна равноправная комбинация элементов. Не давая окончательный ответ на этот вопрос, отметим, что разрешение подобной коллизии возможно путем поглощения режима расторжения тем из конкурирующих режимов, который является в данном случае наиболее адекватным с политико-правовой точки зрения. Допускаем, что с учетом того, что заказчик работ (он же исполнитель) по такому договору в силу закона имеет право

на немотивированный отказ от договора в силу ст. 717 ГК РФ, было бы разумно считать, что данное право должно иметься и у подрядчика (заказчика услуг). Следовательно, возможно, наилучшим решением является применение к вопросу о праве последнего на немотивированный отказ режима возмездного оказания услуг.

Наконец, в некоторых подобных случаях, когда ни один из вышеприведенных критериев не позволяет найти режим, который должен поглотить регулирование спорного вопроса и вытеснить тем самым конфликтующий режим, нельзя исключить и то, что иногда может оказаться целесообразным принять «соломоново решение» и заблокировать возможность применения обоих конкурирующих положений, сославшись на существо смешанного договора. Применяя данный принцип взаимного устранения, суд получает возможность определить права и обязанности сторон в соответствии с общими положениями обязательственного права как наиболее сбалансированными и нейтральными либо, констатировав пробел в законе, вынести решение по аналогии права или посредством апелляции к принципам разумности, справедливости и добросовестности (ст. 6 ГК РФ).

Как мы видим, при возникновении неразрешимого противоречия режимов суд вынужден отступать от механического применения принципа комбинирования и использовать принцип поглощения, выбирая «режим-поглотитель» на основании тех или иных критериев, или вовсе исключать применение обоих конфликтующих правил (принцип взаимного устранения).

Во-вторых, в некоторых случаях комбинированное применение норм, относящихся к регулированию разных договорных моделей, может и не приводить к неразрешимому противоречию, но влечь явно несправедливый результат либо вступать в явное противоречие с целями договора. Отчасти такая вероятность связана с тем, что предусмотренный в отношении конкретного поименованного договора правовой режим тесно связан с той структурой прав и обязанностей, которая из него вытекает. При переносе этого регулирования в договор, в котором имеются только один из элементов этой структуры либо же иные «инородные» для такой модели элементы, может возникнуть ситуация политико-правовой неприемлемости применения принципа комбинирования. Соответственно суды при анализе применимости специальных норм должны оценивать цели законодательного регулирования и комплекс политико-правовых факторов. В случаях, когда такой анализ указывает суду на несправедливость применения соответствующей нормы, суд опять же, сославшись на существо смешанного договора, может применить «принцип поглощения» (отдав предпочтение при регулировании вопроса, относящегося к одному элементу договора, нормам, закреп-

ленным в законе применительно к поименованному договору и «делегировавшим» в смешанный договор другой элемент), а в некоторых случаях просто точечно заблокировать применение неадекватной нормы (используя тем самым принцип исключения).

Использование принципа поглощения здесь чаще всего будет уместно при очевидной непропорциональности смешиваемых элементов, при которой в данной ситуации разумно подчинить договор в целом или регулирование спорного вопроса режиму, свойственному доминирующему элементу. На это уже обращалось внимание в российской литературе[1].

Примером может служить договор о поставке сложного технического оборудования с условием об обучении сотрудников покупателя принципам работы с этим оборудованием. После заключения данного смешанного договора, содержащего элементы договоров купли-продажи и оказания услуг, поставщик может попробовать воспользоваться правом на беспричинный отказ от оказания услуг на основании ст. 782 ГК РФ, предложив вместо этого компенсировать покупателю возникающие в связи с этим убытки. Применение принципа комбинирования приведет к признанию за поставщиком такого права, так как он пытается реализовать его именно применительно к той части договора, которая касается оказания услуг. Однако данный элемент является настолько миноритарным по отношению к основному обязательству по поставке оборудования, что применение в данной части нормы ст. 782 ГК РФ из законодательного режима договора оказания услуг могло бы вступить в явное противоречие с волей сторон и целью договора и могло бы поставить покупателя в крайне сложное положение, вплоть до того, что заблокировало бы возможность нормального использования купленного за значительную сумму оборудования. Думается, что в подобном случае, хотя и отсутствует некий неразрешимый конфликт законодательных режимов, могло бы как минимум обсуждаться применение принципа поглощения. Его применение означало бы, что законодательный режим договора поставки, не допускающий беспричинный отказ от договора, именно в данном аспекте распространился бы и на ту часть смешанного договора, которая касается оказания услуг[2].

---

[1] *Быков А.Г.* Система хозяйственных договоров // Вестник МГУ. Сер. XII: Право. М., 1974. № 1. С. 7 (цит. по: *Брагинский М.И.* Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 63).

[2] В одном деле заключенный договор был квалифицирован судом как смешанный, содержащий в себе условия как договора возмездного оказания услуг, так и непоименованного договора. При этом применение к отношениям сторон правил ст. 782 ГК РФ об одностороннем отказе от исполнения договора возмездного оказания услуг было признано противоречащим существу заключенного сторонами смешанного договора (см.: Постановление ФАС Уральского округа от 26 апреля 2010 г. № Ф09-2729/10-С5).

Но в некоторых случаях будет уместно применение не принципа поглощения, а исключение применения отдельной специальной нормы, привлекаемой в силу принципа комбинирования к регулированию соответствующего элемента смешанного договора. Когда такая норма, применяясь в контексте смешанной структуры прав и обязанностей, вступает в очевидный конфликт с целью договора и соображениями политики права, суд может ее исключить, точечно ограничив принцип комбинирования.

В качестве примера можно привести договор подряда, который предусматривает предоставление заказчиком оборудования, необходимого для выполнения работ, в аренду подрядчику на период и для целей выполнения работ. В данном случае очевидно, что элемент аренды является подчиненным, миноритарным по отношению к элементу подряда. В этой связи механическое применение всех норм об аренде к такому элементу без учета сопоставления важности элементов смешения могло бы в некоторых случаях вступить в очевидное противоречие с целью всего договора. Предположим, что срок аренды в договоре противоречит правилам ст. 190 ГК РФ (например, рассчитан до окончания выполнения работ по договору, т.е. привязан к обстоятельству, которое неизбежно не наступит). На данную ситуацию (заключение договора бессрочной аренды) рассчитана императивная норма п. 2 ст. 610 ГК РФ, в соответствии с которой каждая сторона бессрочного договора аренды вправе отказаться от договора, заранее предупредив другую сторону. Однако использование этого основания для расторжения договора аренды в контексте смешанного договора до завершения работ может существенно подорвать основную цель данного договора, выраженную в подрядном элементе, и серьезно дисбалансировать договорные правоотношения. Думается, что в таких случаях как минимум заслуживает обсуждения возможность отказа в применении п. 2 ст. 610 ГК РФ со ссылкой на существо смешанного договора[1].

[1] Надо отметить, что подобные споры встречаются в российских судах. В этой связи показательно дело, в котором суд признал незаконным расторжение Комитетом по управлению государственным имуществом договора со ссылкой на п. 2 ст. 610 ГК РФ, поскольку это нарушило законные права инвестора, гарантированные ему действующим законодательством. По данному договору инвестор был обязан реализовать инвестиционный проект по проектированию и реконструкции здания под административные цели на предоставленном ему в аренду земельном участке. Суд квалифицировал спорный договор как смешанный, содержащий элементы договора аренды и инвестиционного договора. Было установлено, что инвестор выполнил все условия инвестиционного договора, поэтому прекращение аренды на основании п. 2 ст. 610 ГК нарушает законные права инвестора, гарантированные ему действующим законодательством. Как указал суд, «ссылка КУГИ на пункт 3 статьи 421 ГК РФ не принимается судом кассационной инстанции, поскольку из существа договора не следует возможности применения к его части, содержащей элементы договора аренды, правил об указанном договоре в отрыве

Кроме того, суды, видимо, должны быть готовы более интенсивно, чем обычно, применять принцип исключения в отношении смешанных договоров с крайне тесно сплетенной и интегрированной структурой взаимодействия элементов, при которой использование одного элемента без другого для достижения общей цели сторон в принципе невозможно, крайне затруднительно или не практикуется, а высокая степень их интеграции повышает вероятность того, что сепаратное применение к каждому элементу отдельного блока специальных норм о разных поименованных договорах будет неадекватным. Например, думается, что в случае заключения договора гражданина и кинотеатра о демонстрации фильма в 3D в предоставленных кинотеатром на время просмотра специальных очках применение многих правил об аренде к элементу предоставления в пользование 3D-очков просто неразумно, что может потребовать их исключения в отступление от презумптивного принципа комбинирования.

Таким образом, применение к разным элементам смешанного договора специальных правил о различных договорах может быть заблокировано не только неразрешимым конфликтом двух законодательных режимов, но и в силу того, что применение принципа комбинирования будет явно противоречить цели смешанного договора, выраженной в выбранной сторонами уникальной совокупности прав и обязанностей, и не соответствовать политике права (например, соображениям справедливости).

Все это наталкивает на мысль о том, что выбранный российским законодателем подход к регулированию смешанного договора в общем и целом является верным. В п. 3 ст. 421 ГК РФ принцип комбинирования устанавливается как общее правило, но суду дается право от него отойти и использовать иные подходы к регулированию отношений сторон, когда того требует существо договора (иными словами, очевидные политико-правовые соображения). В случае неразрешимого конфликта режимов принцип комбинирования, как было проиллюстрировано выше, неприменим, а в ситуации политико-правовой неприемлемости применения специальных норм к новой, смешанной структуре прав и обязанностей, этот принцип может быть ограничен судом во имя справедливости и здравого смысла. Соответственно было бы большой ошибкой закреплять принцип комбинирования императивно, не давая судам «свободы маневра», и российский законодатель этой ошибки не совершает.

от норм Закона № 39-ФЗ и Закона об инвестициях» (Постановление ФАС Северо-Западного округа от 29 января 2010 г. по делу № А56-41851/2008).

Соотношение договорных условий и применимого к смешанному договору законодательного регулирования

Положения п. 3 ст. 421 ГК РФ формально допускают возможность отхода от принципа комбинирования не только в случаях, когда это соответствует существу договора, но и тогда, когда это предусмотрено соглашением сторон («*если иное не вытекает из соглашения сторон*»). Из этой фразы prima facie может быть сделан вывод о том, что российское законодательство позволяет сторонам смешанного договора «опрокинуть» специальное правовое регулирование, применимое к соответствующим частям договора, установив в договоре иное.

Можно ли признать такое толкование этой нормы уместным с учетом того, что она «отсекает» применение к соответствующим частям смешанного договора специального регулирования, не делая различия между диспозитивными и императивными нормами?

При буквальном и системном прочтении данной нормы нам не остается ничего иного, кроме как признать, что закон дает контрагентом ничем не ограниченное право исключить как диспозитивные, так и императивные нормы о договорах, элементы которых смешиваются. Право сторон исключить применение к соответствующим частям договора специальных законодательных режимов с точки зрения формальной логики странно ограничивать лишь диспозитивными нормами, поскольку последние в силу их природы могут быть изменены соглашением сторон смешанного договора и в отсутствие на то специального разрешения. В противном случае утрачивается всякий смысл включения данной оговорки в п. 3 ст. 421 ГК РФ, и ее роль сводится лишь к повторению положений, закрепленных в следующем пункте данной статьи о праве сторон отойти от норм, установленных диспозитивными правилами.

Но элементарный политико-правовой анализ подсказывает, что предоставление сторонам столь полной свободы уклонения от применения императивных норм только на основании того, что стороны заключили смешанный договор, абсолютно неприемлемо. На это указывается и, как мы видели, в зарубежном праве (например, DCFR) и в российской науке[1]. Неограниченная возможность сторон смешанного договора отступать от любых специальных императивных норм, применимых в силу принципов комбинирования или поглощения, давала бы простор для множества злоупотреблений и обхода императивных норм посредством искусственного использования смешанных договоров.

[1] См.: *Брагинский М.И.* Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 59–60; *Огородов Д.В.*, *Челышев М.Ю.* Смешанный договор и вопросы теории правового регулирования // Законодательство и экономика. 2007. № 3.

Тем более вряд ли можно допустить столь свободное отступление сторон не от отдельных признанных применимыми специальных императивных норм, а от всего специального режима той или иной договорной модели, применимого на основании изложенных выше принципов комбинирования или поглощения к соответствующему элементу смешения. В части, касающейся набора диспозитивных норм, содержащегося в исключенном сторонами законодательном режиме, который должен применяться в силу принципов комбинирования или поглощения, такое проявление автономии воли может быть терпимо. Сама природа диспозитивных норм делает доступной возможность их «оптового» отклонения. Но столь же легкий уход от всего комплекта императивных норм, входящих в специальный законодательный режим соответствующего поименованного договора, вряд ли можно признать допустимым. Так, стороны смешанного договора не могут применительно к императивным нормам своей волей отменить принцип комбинирования, установив, например, что к их договору, в котором смешиваются элементы купли-продажи и оказания услуг, правила ГК РФ о возмездном оказании услуг не применяются, или указав, что их договор в целом подчиняется исключительно режиму купли-продажи. Признание такой радикальной автономии воли стимулировало бы стороны искусственно комбинировать элементы разных договоров и тем самым обходить применимые к соответствующим частям договора комплексы специальных императивных норм одним лишь выбором применимого режима.

Этот вывод можно проиллюстрировать следующим примером из судебной практики. В одном судебном решении ссылка в смешанном договоре с элементами поставки и подряда на то, что он заключен в соответствии с гл. 37 ГК РФ («Подряд»), была квалифицирована судом как намерение сторон по-иному определить правовое регулирование такого договора. Как следствие к спорным отношениям сторон были применены именно нормы о договоре подряда, а не купли-продажи, и суд отказал в начислении процентов по ст. 395 ГК РФ на сумму аванса, предусмотренных п. 4 ст. 487 ГК РФ за неисполнение обязанности по передаче предварительно оплаченного товара. Было отмечено, что данные положения не подлежат применению, так как они не имеют отношения к договору подряда, нормами о котором регулируется данный смешанный договор. Претензий к такому решению вопроса у нас не имеется в силу того, что закрепленное в п. 4 ст. 487 ГК РФ правило является диспозитивным. Но суд вряд ли мог последовать столь же далеко за осуществленным сторонами выбором применимого ко всему договору режима, если бы спорный вопрос касался исключения не диспозитивной, а императивной нормы из законодательного режима договора

купли-продажи, применимого к соответствующему элементу смешанного договора в силу принципа комбинирования.

Таким образом, с точки зрения политики права условия договора, отступающие от признанных применимыми в силу принципов комбинирования или поглощения императивных норм, а также прямые указания в смешанном договоре на выбор или исключение того или иного специального режима не могут быть признаны допустимыми в той мере, в которой этот выбор приводит к уходу от применения соответствующих императивных норм.

Как же примирить буквальное прочтение обсуждаемой нормы и вышеприведенные политико-правовые опасения, связанные с выходом автономии воли за разумные пределы? Представляется, что такой компромисс возможен. Не вызывает сомнений тот факт, что сторонам смешанного договора должна быть предоставлена достаточно широкая свобода при определении своих прав и обязанностей по смешанному договору. Этот тезис справедлив хотя бы потому, что, как мы показали выше, нормы о различных договорах, формирующих элементы смешанного договора, могут противоречить друг другу, а комбинированное применение не противоречащих друг другу режимов может создавать несбалансированное регулирование смешанного договора или расходиться с основной его целью. И эта свобода не всегда должна заканчиваться там, где стороны сталкиваются с применением к смешанному договору не диспозитивных, а императивных норм. Их императивность могла быть вполне оправданна в контексте соответствующего материнского поименованного договора, но может утратить свое политико-правовое оправдание в условиях иной структуры прав и обязанностей, выраженной сторонами в смешанном договоре.

В этой связи, разделяя в целом опасения Д.В. Огородова и М.Ю. Челышева в отношении необходимости ограничения свободы сторон смешанного договора уклоняться от применимых к соответствующим элементам специальных норм, позволим себе не согласиться с категорическим утверждением этих авторов о том, что стороны в принципе не вправе исключить специальные императивные нормы[1]. Как мы покажем далее, в некоторых случаях политика права не препятствует тому, чтобы стороны такого договора могли исключить применение и специальных императивных норм.

Каков же предлагаемый нами компромисс? На наш взгляд, общим подходом необходимо решительно признать невозможность для сторон своим соглашением отойти от того решения, которое предписыва-

[1] *Огородов Д.В., Челышев М.Ю.* Смешанный договор и вопросы теории правового регулирования // Законодательство и экономика. 2007. № 3.

ется признанной применимой в силу принципов комбинирования или поглощения специальной императивной нормой. В то же время в ряде случаев из этого правила должны быть сделаны исключения. О каких случаях идет речь?

Во-первых, о тех случаях, когда имеют место коллизии между применимыми императивными нормами о различных элементах смешанного договора. Если такие нормы относятся к практически равноправным элементам смешения, принцип поглощения проблему не решает. И тогда, как ранее отмечалось, суд вынужден осуществлять политико-правовой выбор той нормы, которая является наиболее адекватной и справедливой в конкретном договорном контексте. Но было бы нелогично возлагать такое бремя на суды в ситуации, когда стороны сами, предвосхищая такую коллизию, оговорили в контракте соответствующие условия. Как минимум в некоторых случаях суд может отдать приоритет именно воле сторон.

Во-вторых, о ситуациях, в которых суду становится очевидно, что в контексте новой, предусмотренной сторонами в смешанном договоре структуры прав и обязанностей отпадает политико-правовая необходимость ограничения свободы договора (в том числе в целях защиты слабой стороны, публичных интересов, интересов третьих лиц). Raison d'être императивности соответствующей нормы, возможно, был очевиден в контексте структуры прав и обязанностей «материнской» договорной модели, но может быть утрачен при переносе этой нормы в абсолютно новую структуру прав и обязанностей смешанного договора. В подобных случаях было бы разумно предоставить суду возможность отдать приоритет воле сторон и признать «конвертацию» нормы из императивной в диспозитивную[1].

При этом не следует забывать, что презюмироваться должно сохранение императивного статуса нормы при ее переносе в контекст сме-

[1] Так, например, в одном из дел суд признал недопустимым односторонний отказ от смешанного договора, сочетающего в себе элементы договоров подряда, агентирования и возмездного оказания услуг, в порядке ст. 782 ГК РФ, *поскольку условия договора предусматривают расторжение договора до полного исполнения сторонами своих обязательств исключительно по решению суда или по письменному соглашению сторон*. В данном случае в конфликте ст. 782 ГК РФ, которая согласно доминирующей судебной практике считается императивно закрепляющей безусловное право на немотивированный отказ от договора оказания услуг, с одной стороны, и договорной оговорки, исключающей такой отказ в контексте смешанного договора, с другой стороны, суд отдал приоритет автономии воли. Данный пример иллюстрирует тезис о том, что не всякая норма, являющаяся императивной в контексте режима «материнского» договора, должна неминуемо сохранять свой императивный статус в отношении смешанного договора. См.: Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28 мая 2010 г. № 17АП-4608/2010-ГК по делу № А60-62895/2009, оставленное в силе постановлением ФАС Уральского округа от 31 августа 2010 г. № Ф09-6791/10-С5.

шанного договора. Обратное может быть доказано, но требует приведения каких-либо весомых аргументов. При отсутствии веских политико-правовых оснований сомневаться в адекватности новой структуре прав и обязанностей заключенного смешанного договора тех целей ограничения свободы договора, которые изначально стояли за соответствующей императивной нормой в исходном режиме, суду стоит придерживаться отмеченной презумпции, что вытекает из здравого смысла и соображений стабильности и предсказуемости права. С учетом этого необходимо признать, что норму п. 3 ст. 421 ГК РФ, согласно которой применение к смешанному договору соответствующих специальных норм исключается, если это предусмотрено договором, следует понимать безусловно отсылающей лишь к нормам диспозитивным. При этом перекрытие договорными условиями признанных применимыми специальных императивных норм также возможно, но в исключительных случаях и при наличии весомых политико-правовых аргументов.

В завершение нужно отметить, что лишение нормы императивного статуса при ее переносе к контекст смешанного договора следует отличать от ее исключения, которое может следовать из применения принципа поглощения или иных инструментов исключения принципа комбинирования, о которых речь шла выше. В первом случае норма остается применимой, но превращается в диспозитивную, т.е. позволяет сторонам оговорить иное. Во втором же случае норма целиком исключается. Думается, что выбор суда между двумя этими вариантами может быть предопределен разным уровнем политико-правовой неприемлемости применения соответствующей специальной нормы. Например, некоторый уровень неадекватности применения соответствующей специальной императивной нормы к смешанному договору может быть терпим, но не настолько, чтобы сохранить императивный статус, имеющийся у данной нормы в «материнском» режиме. В то же время иногда неприемлемость нормы может быть настолько очевидна, что ее следует исключить вовсе, применив в данной части принципы поглощения или исключения.

§ 5. Вопросы разграничения смешанных и непоименованных договоров

Рассмотрев основные вопросы, связанные с правовым регулированием смешанных договоров, необходимо остановиться на вопросе о критериях разграничения смешанных и непоименованных договоров. Как уже отмечалось, на ранних стадиях развития договорного права данный вопрос, судя по доступным нам источникам, не стоял на повестке дня. Он приобрел актуальность лишь в условиях существования

развитой системы поименованных договоров, закрепленной на законодательном уровне. Такая система стала бурно развиваться и оформляться в позитивном праве лишь в период экономического либерализма, который характеризовался не только торжеством принципа pacta sunt servanda, но и интенсификацией специального законодательного регулирования отдельных поименованных договоров. При таких обстоятельствах непоименованным договорам оставалось все меньше места, и на смену тематике юридической силы непоименованных договоров, столь актуальной в период Средневековья, приходят вопросы о квалификации и правовом регулировании смешанных договоров.

Тем не менее, как мы показали в предыдущей главе, абсолютно сбрасывать со счетов непоименованные договоры не стоит. Во многих случаях заключения сторонами нестандартных договоров обязательства, составляющие их содержание, действительно можно безболезненно «уложить» в рамки нескольких существующих поименованных договорных конструкций. Однако означает ли это, что все нетипичные договоры, заключаемые в гражданском обороте, являются смешанными и абсолютно непоименованных договоров практически нет в природе? Представляется, что подобный вывод был бы абсолютно неверен. Набор поименованных договорных моделей в законодательстве любой страны всегда отстает от потребностей оборота[1]. Поэтому отрицание существования непоименованных договоров равнозначно утверждению, что современное искусство обречено на комбинирование стилей и приемов, выработанных в рамках прежних школ.

Для подтверждения этого тезиса достаточно вспомнить о таких обсуждавшихся в главе о непоименованных договорах примерах, как соглашение о конфиденциальности, опционный договор, а также ряд других непоименованных договоров, которые вряд ли могут быть квалифицированы как смешанные.

Тем не менее вопрос о соотношении смешанных и непоименованных договоров действительно стоит достаточно остро.

Эта актуальность обусловлена не столько тем, что ГК РФ разграничивает данные конструкции, сколько тем, что такое разграничение подразумевает абсолютно разные подходы к правовому регулированию заключенного договора.

Как мы видели, в случае заключения непоименованных договоров к отношениям сторон применяются положения общей части обязательственного и договорного права, в то время как нормы об отдельных видах поименованных договоров могут применяться только в порядке

[1] *Брагинский М.И.* Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М., 2007. С. 43.

аналогии закона или как реакция на попытку злоупотребления правом в виде обхода закона. Это означает, что как диспозитивные, так и императивные нормы, регулирующие отдельные виды договоров, не применяются к непоименованным договорам автоматически. Они могут применяться к отношениям сторон лишь в качестве исключения.

В то же время смешанные договоры, наоборот, по общему правилу предполагают прямое применение к ним специальных императивных и диспозитивных норм о договорах, составляющих элементы смешанного договора. В некоторых случаях суд в исключение из этого правила такие нормы может и не применять, но общее правило носит вполне ясный характер.

Таким образом, можно прийти к выводу, что свобода усмотрения сторон в определении договорных условий смешанного договора значительно более ограниченна, нежели при заключении договора непоименованного. Это связано с тем, что если к непоименованному договору оказываются по общему правилу применимыми лишь общие императивные нормы договорного права, то к смешанному договору применяются как общие, так и специальные императивные нормы. В условиях, когда действующая до сих пор жесткая императивность всех норм договорного права, не оговаривающих прямо право сторон оговорить иное, приводит к значительному увеличению числа специальных императивных норм, это различие имеет принципиальную важность для степени свободы автономии воли сторон. Чем чаще правовая система готова видеть в любой нестандартной договорной конструкции смешанный договор, тем больше применимых к этому договору императивных норм и тем меньше степень автономии воли сторон, и наоборот.

В этой связи крайне важно не допускать как неоправданного «затягивания» истинно непоименованного договора в рамки конструкции смешанного договора, так и ничем не обоснованного придания статуса непоименованного договору, лишь творчески комбинирующему элементы разных поименованных договорных моделей.

На основании какого же критерия мы можем разграничить данные формы девиации от стандартных договорных конструкций?

Из всего вышесказанного применительно к понятию элемента смешения вытекает вывод о том, что для разграничения непоименованных и смешанных договоров решающую роль играет вопрос о том, относятся ли основные обязательства сторон к тем, которые имеют решающее значение для разных договоров, хотя бы один из которых является поименованным. Если да, то договор носит скорее всего смешанный характер, если нет, то с большой долей вероятности непоименованный.

Попробуем проиллюстрировать применение данного критерия на следующих примерах.

Несмотря на то что обязательства, составляющие основной предмет соглашения о конфиденциальности, упоминаются в законодательном режиме договоров подряда (ст. 727 ГК РФ), НИОКР (ст. 771 ГК РФ) и некоторых других поименованных договоров, они не могут быть отнесены к категории обязательств, имеющих решающее значение для таких договоров. Данное обязательство в целом ни в коей мере не подчеркивает индивидуальность данных договоров и тем более не относится к числу их квалифицирующих признаков. Кроме того, многие из этих специальных норм, упоминающие обязательство по обеспечению конфиденциальности, являются диспозитивными и могут быть исключены договором, что лишь подчеркивает, что соответствующие правила не являются обязательным элементом правовых режимов данных поименованных договоров. Соответственно соглашение о конфиденциальности имеет смысл интерпретировать не как смешанный, а как непоименованный договор.

Аналогичная по сути ситуация и с договором вексельного кредита. На основании одной из вариаций договора под таким названием банк выдает заемщику собственные векселя, а тот, использовав их как суррогатное средство платежа в своих взаимоотношениях со своими кредиторами, по прошествии некоторого времени уплачивает банку денежный номинал этих векселей и проценты. Как отмечает В.В. Витрянский, в таком договоре (в момент его заключения) на стороне банка нет вексельного обязательства перед заемщиком (данное обязательство возникает позже из факта выдачи векселей) банк принимает на себя обязательство выдать векселя, суммарная номинальная стоимость которых и составит размер «кредита», предоставляемого заемщику. Это договорное обязательство не является решающим и квалифицирующим для какого-либо поименованного договора. Что же касается обязательства на стороне заемщика, то оно также не может быть признано классическим обязательством по возврату займа по той причине, что оно состоит в уплате банку номинальной стоимости выданных заемщику векселей, а не в возврате полученной от займодавца денежной суммы (займа). В конечном счете В.В. Витрянский делает, по-видимому, справедливый вывод о том, что в данном случае «речь идет об обязательствах, образующих предмет самостоятельного непоименованного договора» и соответственно об ошибочности квалификации такого договора как смешанного[1].

К другому решению мы приходим при анализе крайне распространенного в обороте дистрибьюторского договора. Как известно, данный вид договора пока не получил законодательной «прописки» в рос-

[1] См.: *Брагинский М.И.*, *Витрянский В.В.* Договорное право. В 5 т. Т. 1: Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. М.: Статут, 2006. С. 514.

сийской систематике поименованных договоров. Поэтому отсутствует единообразие в его правовой квалификации[1]. Поскольку содержание конкретного дистрибьюторского договора может различаться, предположим, что он будет включать в себя следующие составляющие: а) предоставление дистрибьютору прав на использование товарного знака и иных средств индивидуализации производителя; б) обязательства по осуществлению дистрибьютором маркетинговой и рекламной деятельности, иногда финансируемой сторонами на долевых началах; в) базовые условия закупки и поставки товаров; г) обязательства поставщика воздержаться от поставки одноименного товара в данный регион самостоятельно или через других дистрибьюторов; д) обязательства дистрибьютора воздержаться от продаж продукции конкурентов производителя; е) обязательства по обеспечению конфиденциальности. Также в данном примере мы исходим из того, что такой договор признается законным с точки зрения норм действующего антимонопольного законодательства о «вертикальных соглашениях».

Как видно, приведенный выше дистрибьюторский договор включает в себя обязательства, которые могут быть соотнесены с обязательствами, имеющими решающее значения для определенных поименованных договорных конструкций (п. «а», «б»). Обязательства по предоставлению прав на использование товарного знака и иные средства индивидуализации характеризуют исполнение, имеющее решающее значения для лицензионного договора или договора франчайзинга. Обязательства по осуществлению маркетинговой или рекламной деятельности опосредуют собой исполнение, имеющее решающее значение для договора возмездного оказания услуг. Однако если финансирование таких действий осуществляется на долевых началах обеими сторонами, такое обязательство будет уже ближе к обязательствам из договора о совместной деятельности. Базовые условия поставки товаров могут быть квалифицированы как отражающие элементы договора поставки. Что же касается обязательств, составляющих п. «г», «д» и «е», то они не могут быть отнесены к обязательствам, имеющим решающее значение для каких-либо поименованных в законе соглашений, и могут быть характерны для тех или иных непоименованных договоров (например, об эксклюзивности и конфиденциальности).

В этих условиях очевидно, что дистрибьюторский договор носит вполне отчетливый смешанный характер. К соответствующим обязательствам, интегрированным в такой договор, будут применяться те императивные и диспозитивные нормы, которые регулируют соответ-

[1] Обзор судебной практики см.: *Борисова А.Б.* Дистрибьюторский договор // Журнал российского права. 2005. № 3; *Руденко А.В.* О дистрибьюторском договоре // Юрист. 2006. № 8.

ствующие «материнские» поименованные и непоименованные договоры. Применительно к элементам «материнских» поименованных договоров это нормы специальные; применительно к элементам «материнских» непоименованных договоров это общие нормы обязательственного права. В итоге к каждому элементу смешения по общему правилу будут применяться различные правовые нормы. Думается, отсутствуют убедительные основания для квалификации такого договора целиком в качестве непоименованного и «отсечения» всего того багажа диспозитивных и императивных норм, которые притягиваются к данному договору за счет включенных в него соответствующих разнородных элементов.

Как мы видим, вопрос о разграничении непоименованных и смешанных договоров не является легким, но, вооружившись предложенными нами выше критериями, его можно во многих случаях успешно разрешить, тем самым предопределив то, какими нормами (преимущественно общими или преимущественно специальными) такой договор будет регулироваться.

РАЗДЕЛ III. СУДЕБНЫЙ EX POST КОНТРОЛЬ УСЛОВИЙ ДОГОВОРА

Глава 1. Развитие общих механизмов судебного ex post контроля справедливости содержания договора в зарубежном праве

§ 1. Общие замечания

Закат эпохи laissez-faire и усиление патерналистской ориентации экономической политики на обеспечение справедливости оборота потребовали от правовой надстройки двух принципиальных изменений. С одной стороны, необходимым стало введение большого количества императивных законодательных и прецедентных норм, ограничивающих в патерналистских целях свободу договора ex ante. С другой стороны, возникла острая необходимость формирования дополнительных механизмов, позволяющих судам контролировать справедливость договорных условий ex post в случаях отсутствия подходящих императивных норм. XX в. знаменовал собой значительное расширение практики судебного контроля справедливости договорных условий.

Разумеется, неизбежным следствием такой тенденции стало некоторое снижение предсказуемости и стабильности договорных отношений. В то же время она внесла в договорное право дополнительную гибкость, создавая условия для обеспечения справедливого разрешения споров и позволяя принимать во внимание различные обстоятельства, которые в период классического договорного права считались ирелевантными или как минимум менее значимыми. Причем основной акцент в этой новой создаваемой в XX в. системе интенсивного ex post контроля справедливости содержания договоров делался на защите слабой стороны договора.

Долгое время в позитивном праве не существовало общих правовых норм, специально ориентированных на обеспечение судебного контроля справедливости договорных условий и защиты слабой стороны договора. В законодательстве ряда развитых стран в XIX в. встречались

нормы о недействительности условий, противоречащих публичному порядку или добрым нравам, которые в силу своей природы делегировали судам определенную степень усмотрения при установлении границ автономии воли. Но, как правило, прямого и общего правила, которое выводило бы вне закона договорные условия только на том основании, что они являются несправедливыми, гражданские кодификации не предусматривали.

В тех редких случаях, когда правовые системы развитых стран в XIX в. считали возможным патерналистские ограничения договорной свободы, они обходились точечными законодательными ограничениями ex ante, в остальных случаях полагаясь на использование судами для таких целей уже сложившихся институтов договорного права в несколько расширенной их интерпретации. В некоторых случаях суды аргументировали свое решение о запрете того или иного условия, используя достаточно искусственные ссылки на наличие пороков воли (обмана, принуждения и т.п.). Часто в этих целях использовались также и приемы толкования договоров: суды иногда стремились хотя бы отчасти компенсировать несправедливость условия за счет достаточно вольного его толкования против той стороны, к выгоде которой оно было направлено. В частности, в некоторых странах практиковалось толкование договора по принципу contra proferentem (т.е. путем толкования условий договора против стороны, их разработавшей)[1]. Наконец, иногда, хотя и по сравнению с XX в. относительно редко, судами использовались имеющиеся в ряде гражданских кодификаций ссылки на добрые нравы и публичный порядок.

Знаменитый английский судья Лорд Деннинг в этой связи замечал, что «суды хотя и находились под властью идола под названием «свобода договора», которому они поклонялись и которого превозносили, но при этом прятали под мантией секретное оружие, используемое ими для нанесения ударов ему в спину»[2]. Тем не менее в XIX в. суды всячески старались скрыть патерналистский характер принимаемых ими решений об ограничении свободы договора[3]. В прямую атаку на идею свободы договора под патерналистскими лозунгами о справедливости условий и защите слабой стороны договора суды XIX в. шли достаточно редко.

[1] Как отмечает Ф. Кесслер, некоторые суды иногда демонстрировали крайне активное манипулирование этим принципом толкования даже в тех случаях, когда спорное условие и не содержало никакой неоднозначности вовсе. См.: *Kessler F.* Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract // 43 Columbia Law Review. 1943. P. 633.

[2] *George Mitchell* (*Chesterhall*) Ltd. V. Finney Lock Seeds Ltd [1983] QB 284.

[3] *Nebbia P.* Unfair Contract Terms in European Law: A Study in Comparative and EC Law. Oxford and Portland; Oregon, 2007. P. 28.

При этом в практическом плане отсутствие в позитивном праве инструментов прямого контроля справедливости договорных условий и необходимость использования лицемерной аргументации и искусственного искажения смысла классических доктрин договорного права при желании проявить милосердие и защитить слабую сторону договора значительно затрудняли реализацию таких политико-правовых установок судами. А идеологический фон, когда подобный патернализм в целом не считался нормальным и желательным, только закреплял эту сдержанную позицию.

По мере популяризации идей о политико-правовой желательности защиты слабой стороны договора подобные меры скрытого контроля справедливости договорных условий некоторое время были способны отчасти решать проблему возникшего трения между сложившейся в эпоху laissez-faire догматикой и резко меняющимся к началу XX в. социально-экономическим и идеологическим базисом. Но, как и любые подобные фикции в праве, эти меры скрытого патернализма могли носить лишь временный характер и восполнять разрыв между догматикой права и назревающими изменениями в его политике на переходном этапе. Востребованное в новых условиях более широкое применение такого скрытого патернализма не только вносило непредсказуемость в правоприменительную деятельность, но и искажало функции уже сложившихся институтов договорного права. В силу этого назрела необходимость в разработке и закреплении в позитивном праве норм, санкционирующих и регламентирующих прямой ex post контроль справедливости договорных условий судами.

Решающую роль в формировании системы мер интенсивного ex post контроля справедливости договорных условий сыграли несколько факторов.

Во-первых, следует отметить колоссальное расширение сферы рыночного оборота. Если в прежние эпохи господства натурального хозяйства свободный оборот был достаточно незначителен и во многом замкнут внутри узких групп профессиональных торговцев, а основная масса экономических благ распределялась вне рынка (внутри общины, в виде феодальных повинностей и т.п.), то в новых условиях в свободный оборот оказались включены практически все граждане либо непосредственно, либо через миллионы различных юридических лиц. Этот процесс включил в свободный оборот, осуществляемый посредством «горизонтальных» договорных связей, стороны с абсолютно разными рыночной властью, социальным происхождением, уровнем образования, профессионализмом и навыками. Появление огромных корпораций (включая транснациональные), зачастую имеющих огромную рыночную власть, а также полноценная монополизация некоторых рынков усугу-

били проблему неравенства даже среди коммерческих участников оборота. В результате крайне обострилась вечная проблема разрыва между фактическим неравенством возможностей и подразумеваемым классическим договорным правом формальным равенством сторон договора. Классический пример – реальное соотношение переговорных сил между среднестатистическими работодателем и работником. Подавляющее число договоров стало заключаться не между профессиональными купцами или производителями с сопоставимыми профессиональной компетенцией, рыночной властью и иными переговорными возможностями, а между лицами с принципиально разными возможностями, знаниями, профессионализмом, рыночной властью и т.п. Игнорировать эту проблему неравенства переговорных возможностей современные правопорядки не могут.

Во-вторых, описанный в т. 1 книги комплекс социально-экономических, идеологических и политических причин заставил суды более внимательно отнестись к очевидному дисбалансу переговорных возможностей сторон трудовых контрактов, которые до этого попадали в сферу регулирования классического договорного права с его абсолютизацией договорной свободы. Принятие отдельных законодательных актов, вводивших некоторые ex ante ограничения договорной свободы в этой сфере, могло снять данное напряжение лишь отчасти. Все новые и новые законы вводили максимальную продолжительность рабочей недели, минимальный уровень заработной платы, некоторые гарантии безопасности условий труда. Но законодатель не успевал реагировать на все возрастающее давление политики права на сферу автономии воли сторон в трудовых отношениях. В результате оказалась востребованной делегация соответствующей функции патерналистской защиты рабочих от несправедливых договорных условий судам, которые на примере рассмотрения конкретных споров могли бы оперативно реагировать на запросы социального государства и гармонизации классовых интересов, точечно пресекая отдельные злоупотребления договорной свободой.

В-третьих, в рамках описанного выше процесса взрывного расширения сферы рынка появилась фигура потребителя как субъекта, выступающего в качестве стороны подавляющего числа гражданско-правовых договоров. Игнорировать сбои в теории рационального выбора, устойчиво характеризующие его поведение, в современных условиях было бы просто невозможно и политически неблагоразумно. Соответственно договорное право вынуждено активно вторгаться в потребительские отношения с целью недопущения недобросовестной эксплуатации этих сбоев со стороны коммерсантов.

В-четвертых, для юридического обеспечения этой «договорной революции» и взрывного роста числа заключаемых контрактов в XX в. про-

изошло тотальное распространение стандартизированных договоров, заключаемых по модели присоединения и исключающих возможности ведения переговоров. Это только усугубило проблему невозможности равноправного ведения переговоров и еще более отдалило от реальности те архетипы свободного контрактирования, которые были заложены в основу современной модели консенсуального договора как результата согласования двух воль в поиске Парето-оптимальной аллокации ресурсов.

В результате традиционные подходы «классического» договорного права, имеющие в основе идею индивидуального согласования сторонами условий договора, стали входить в диссонанс с реальностью одностороннего навязывания одним из контрагентов договорных условий своему партнеру и практикой подписания договора без прочтения и детального изучения его текста. И как следствие «колорит, так часто придаваемый индивидуальностью сторон в старомодных индивидуально согласованных договорах, исчезает и договор, заключенный на стандартных условиях, становится отражением идеи деперсонализации современного торгового оборота»[1].

В-пятых, в XX в. обострилась проблема монополизации экономики, и во многих странах утвердилось намеченное еще в классической экономической теории представление о необходимости сдерживания переговорных преимуществ монополистов, пользуясь которыми те могут зачастую беспрепятственно навязывать своим контрагентам крайне несправедливые условия договоров.

В-шестых, катастрофические потрясения XX в., разрушение социальной стратификации и коллективных гарантий безопасности и стабильности, вовлечение в горизонтальный и свободный оборот всего разнородного в своих знаниях, способностях и умениях населения (включая малообразованных и вовсе необразованных граждан) еще более обострили проблему ситуативного неравенства переговорных возможностей и заключения по существу кабальных договоров. Такие договоры, заключаемые в результате осознанной и предельной эксплуатации одной стороной бедственного положения контрагента, его слабоволия, неопытности или зависимости, зачастую опосредовали обмен, хотя и освещенный формальным согласием сторон (т.е. скорее всего влекущий некоторое Парето-улучшение), но распределяющий выгоды от сделки вопиюще неравноправно. Главное, что вызывало моральный протест, это не сама несбалансированность распределения общего экономического «излишка» от сделки, а расчетливая эксплуатация одной из сто-

[1] *Kessler F.* Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract // 43 Columbia Law Review. 1943. P. 631.

рон тех слабостей переговорных позиций другой стороны, которые, исходя из все возрастающих в своем значении в начале XX в. ценностей коллективной солидарности, взывали к милосердию и взаимовыручке. Когда такие кабальные сделки заключались в XIX в., позитивное право находилось под влиянием доминирующих в элитах идеалов laissez-faire и индивидуальной ответственности за собственный выбор. Так как в то время правовая политика учитывала преимущественно ценности и убеждения буржуазной элиты, относительно сдержанная реакция права на проблему кабальных сделок была вполне понятна. Но на волне демократизации и социализации правовой политики позитивное право не могло столь толерантно относиться к такого рода сделкам.

С учетом этих и ряда других отмеченных в т. 1 книги причин становится понятно, почему внимание судов, законодателей и представителей научной доктрины в течение XX в. было приковано к проблеме формирования доктрины ex post контроля справедливости договорных условий. Несмотря на то что право XIX в. выработало ряд механизмов, позволяющих не обеспечивать некоторые договоры судебной защитой в силу пороков воли (в случаях их заключения под влиянием обмана, угрозы, заблуждения, неспособности осознавать в полной мере значение своих действий на момент заключения договора и т.д.), эти механизмы оказались, очевидно, недостаточными в новых условиях. Поддержание же свободы договора в том понимании, которое ей придавалось во времена экономического либерализма, т.е. безотносительно к содержанию договора, стало восприниматься как делегирование монополистам, работодателям или крупным торговым сетям права на произвольное определение и диктат условий договора[1].

В этой связи неудивительно, что в условиях обострения проблемы неравенства реальных переговорных возможностей возникла необходимость отступления от принципа формального и юридического равенства[2]. Неравенство переговорных возможностей стало рассматриваться в качестве главного фактора, легитимирующего контроль судов над договорными условиями[3].

Как следствие правовые системы большинства правопорядков, осознавая невозможность ex ante закрепления всех необходимых ограничений в законодательстве, пошли по пути распределения ответственности за защиту слабой стороны договора между законодательством, устанав-

[1] *Slawson D.* Binding Promises. Princeton University Press, 1996. P. 38.

[2] Ю.В. Романец справедливо отмечает, что в таких условиях необходимо установление справедливого юридического неравенства, адекватно уравновешивающего фактическое неравенство (см.: *Романец Ю.В.* Принцип справедливого равенства субъектов правоотношения между собой // Журнал российского права. 2010. № 7).

[3] *Niglia L.* Transformation of Contract in Europe. Kluwer Law International. 2003. P. 28.

ливающим наиболее очевидные ex ante запреты, и судами, вмешивающимися тогда, когда закон молчит, но политика права требует введения соответствующего ограничения.

В целом на настоящий момент можно условно выделить следующие основные инструменты судебного ex post контроля справедливости договорных условий, получившие широкое распространение в XX в.

1. Закрепленное в позитивном праве универсальное правило о возможности не применять любое явно несправедливое условие любого договора с учетом конкретных обстоятельств, таких, например, как несопоставимость переговорных возможностей, профессионализм сторон и т.п. (США, Голландия, Скандинавские страны).

2. Использование столь же универсальной версии судебного ex post контроля справедливости договорных условий за счет ссылок на принципы добрых нравов, публичный порядок и конституционные ценности социального государства (Германия).

3. Нормы об оспаривании сделок, заключенных на явно несбалансированных условиях или с явно несоразмерным встречным предоставлением в связи со злоупотреблением обстоятельствами или умышленной эксплуатацией одной из сторон стечения тяжелых обстоятельств, неопытности, легкомыслия или слабоволия другой стороны (в том или ином сочетании – Германия, Голландия, Италия, Скандинавские страны).

4. Непризнание судом явно несправедливого условия стандартизированного договора или договора, чьи условия не были предметом индивидуального согласования (Германия, Голландия, отчасти Англия).

5. Непризнание судом явно несправедливого условия, включенного в потребительский договор (Франция, потребительское право ЕС).

6. Специально санкционированный в позитивном праве контроль справедливости отдельных видов условий[1].

Право большинства европейских стран, как правило, склоняется к использованию для целей борьбы с несправедливостью договорных условий целого арсенала различных инструментов (многокомпонентная модель ex post контроля справедливости). В то же время право ряда других стран (в первую очередь США) тяготеет к использованию для обеспечения единой цели единого же инструмента (унитарная модель).

Далее мы попытаемся проанализировать этот зарубежный опыт более подробно. При этом в силу ограниченности размеров исследования

[1] Так, специальный инструментарий судебного контроля размера договорной неустойки свойственен в той или иной форме большинству правопорядков. Справедливость цены договора в ряде стран контролируется судами на основе доктрин laesio enormis и производных от нее (например, в Австрии, применительно к некоторым видам договоров во Франции). В Англии существует специальный инструментарий судебного контроля договорных условий об ограничении или исключении ответственности.

мы будем вынуждены довольствоваться анализом права лишь некоторых наиболее, как нам кажется, важных с компаративной точки зрения стран.

Также следует заметить, что мы вынуждены лишь самым общим образом описывать использование в зарубежном праве для целей контроля справедливости договорных условий антимонопольного инструментария. Статья 102 Договора о функционировании Европейского союза (ранее – ст. 82 Договора об учреждении Европейского сообщества), а вслед за этим договором и национальное законодательство большинства европейских стран[1], равно как и ст. 10 Закона о защите конкуренции РФ, предусматривают механизмы ограничения свободы договора в случаях, когда имеет место злоупотребление одним из контрагентов своим доминирующим положением на рынке (abuse of dominance). В рамках европейского и российского права антимонопольные органы и суды могут, в частности, ограничить возможности доминирующей стороны устанавливать завышенные цены или навязывать контрагенту иные несправедливые условия. Эти инструменты, безусловно, соответствуют формату ex post контроля и направлены не столько на противодействие ограничению конкуренции, сколько на патерналистскую опеку слабой стороны договора. Тем не менее в силу публично-правовой специфики данной проблематики и ограниченности формата настоящей работы мы вынуждены вывести детальный анализ этих вопросов «за скобки».

§ 2. Германия, Голландия и Скандинавские страны

Немецкая модель

Германия является одной из первых стран в Европе, где суды в современный период развития договорного права применили активный и «творческий» подход к контролю справедливости договорных условий. Первоначальные попытки судебного контроля над справедливостью условий договора в XX в. предпринимались в Германии с опорой на положения п. 1 § 138 ГГУ, который устанавливает недействительность сделки, противоречащей добрым нравам; п. 2 этого же параграфа, устанавливающего ограничения свободы договора применительно к кабальным условиям, навязанным стороне в силу стечения тяжелых обстоятельств, легкомыслия, слабоволия или неопытности в делах; § 242, содержащего требование соблюдения принципа добросовестности при исполнении обязательства.

[1] См., напр.: Закон о противодействии ограничению конкуренции Германии (ст. 19, 20), Закон о конкуренции Нидерландов (ст. 24), Закон о защите конкуренции Швеции (ст. 19), Коммерческий кодекс Франции (ст. L420-2 и L420-3).

Как уже отмечалось, само появление в ГГУ таких оценочных норм, и особенно нормы о кабальности сделки, изначально было рассчитано на крайне ограниченное применение. Но уже с 1920-х гг. «революция судебного правотворчества» привела к значительной интенсификации использования данных оценочных норм для ограничения договорной свободы. Эта практика приобрела еще большую интенсивность во второй половине XX в. и была многократно «освящена» Верховным и Конституционным судами ФРГ.

Здесь можно привести характерный пример. В 1993 г. немецкая судебная практика отошла от принципа свободы договора применительно к договорам поручительства, заключаемым банками с поручителями, являющимися близкими родственниками заемщика в условиях, когда такое поручительство будет несправедливо, обременительно и несоразмерно доходам поручителя (решение Конституционного суда по делу Bűrgschaft). Этот введенный в рамках судебного правотворчества запрет был обоснован ссылками на § 138 и 242 ГГУ и на структурное неравенство переговорных возможностей сторон[1].

Другой пример из немецкого же права (решение по делу Handelsvertreter 1990 г.) касается договора между поставщиком и агентом, в котором была предусмотрена обязанность агента воздерживаться от работы с конкурентами. Немецкие суды с учетом особенной жесткости данного условия в конечном счете признали его ничтожным со ссылкой на нарушение конституционных прав агента на свободную профессиональную деятельность. При этом Конституционный суд, рассматривавший это дело, указал, что при таком неравенстве переговорных возможностей, при котором одна из сторон может диктовать условия договора контрагенту, договорное право само по себе не может обеспечить баланс интересов сторон. Соответственно, на взгляд Суда, это создает основания для введения законодателем соответствующих императивных норм, ограничивающих свободу договора, а в случае пассивности законодательства эту функцию должны выполнять суды, толкующие частноправовую догму и нормы о добрых нравах и добросовестности через призму конституционных ценностей[2]. Тем самым Конституционный суд «освятил» использование оценочных норм ГГУ о добрых нравах и добросовестности в целях патерналистского ограничения договорной свободы и защиты слабой стороны договора.

[1] Подробный анализ этого громкого дела см.: *Zimmermann R.*, *Whittaker S.* Good Faith in European Contract Law. 2000. P. 30; *Cherednychenko O.O.* Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions. 2007. P. 3, 4.

[2] Цит. по: *Cherednychenko O.O.* Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions. 2007. P. 90, 91.

Подобных примеров можно привести достаточно много[1]. Немецкие суды второй половины XX в. не ограничивали себя в желании предоставить патерналистскую защиту потребителям, работникам или иным слабым сторонам договоров (включая в некоторых случаях и коммерсантов).

При этом немецкие суды к концу XX в. перестали создавать видимость того, что, ограничивая свободу договора, они лишь механически применяют некие логические инструменты или догмы, и начали прямо указывать, что такие решения являются результатом сложного диалектического поиска баланса различных противоречащих друг другу политико-правовых ценностей и интересов[2].

Что касается правила ГГУ о кабальных сделках, которое признает ничтожность[3] сделки, подразумевающей явно диспропорциональные встречные предоставления в связи с умышленной эксплуатацией одной стороной своих преимуществ, вытекающих из трудного положения, неопытности, легкомыслия или слабоволия другой стороны, то его применение происходит в основном только в самых вопиющих случаях. В литературе указывается, что договор из-за этих случаев несопоставимости переговорных возможностей признается ничтожным только тогда, когда он настолько существенно несправедлив, что это *переходит все границы разумности и оправданности*[4]. При рассмотрении споров о признании ничтожным кабального договора суды анализируют все обстоятельства дела, и в первую очередь степень неравенства переговорных возможностей, умысел сильного контрагента, направленный на эксплуатацию слабости переговорных позиций другой стороны, а также степень несправедливости договорных условий.

Доктрина кабальности, реализованная в п. 2 § 138 ГГУ, предусматривает контроль лишь соразмерности встречных предоставлений и не нацелена на анализ справедливости иных договорных условий. При этом, вводя данную норму, немецкий законодатель вполне осознанно отказался вслед за доктриной laesio enormis вводить некие пороговые пропорции неэквивалентности встречных предоставлений. Тем не менее на практике иногда отличие цены договора от рыночного уровня более чем на 100% является достаточным для возникновения реальной угро-

[1] Подробный обзор данной практики см.: *Kenny M.*, *Devenney J.*, *O'Mahony L.F.* Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable. 2010. P. 9–13.

[2] *Niglia L.* The Transformation of Contract in Europe. 2003. P. 6.

[3] Здесь следует обратить внимание на то, что ГГУ подразумевает ничтожность такой сделки, а не ее оспоримость, как это имеет место в ГК Нидерландов (ст. 3:44) или ГК РФ (ст. 179).

[4] *Beale H.*, *Hartkamp A.*, *Kotz H.*, *Tallon D.* Cases, Materials and Text on Contract Law. 2002. P. 466.

зы применения судом данной доктрины[1]. При этом при окончательной квалификации договора в качестве кабального суды принимают в расчет и множество иных факторов (помимо явно нерыночного уровня цены), включая коммерческий или некоммерческий характер сделки, обеспеченность соответствующих обязательств, наличие достаточных альтернатив на рынке, знание эксплуатирующей стороны о соответствующих обстоятельствах, вынуждающих слабую сторону пойти на явно непропорциональный обмен, и т.п.

При этом в литературе отмечается, что немецкие суды в ситуации, которая связана с оспариванием эквивалентности встречных предоставлений и соответственно подпадает скорее под действие нормы о кабальности, часто предпочитают применять более общую норму о противоречии договора добрым нравам (п. 1 § 138 ГГУ). Это связывается со сложностью доказывания тех критериев кабальности, которые заложены в п. 2 § 138 ГГУ[2].

Из каких же источников немецкие суды черпают те стандарты и ценности, которыми они наполняют содержание таких оценочных критериев, как добросовестность, добрые нравы или кабальность? Безусловно, речь идет о внутреннем субъективном ощущении справедливости и общественной морали в целом[3]. Но этот субъективизм в некоторой степени ограничивается и направляется доминирующими в обществе политико-правовыми установками, а также теми стандартами, которые зафиксированы в Конституции и оказывают «косвенное горизонтальное воздействие» на догматику частного права в рамках феномена конституциализации частного права Германии[4]. В результате, как уже отмечалось, вышеуказанные оценочные нормы ГГУ о добрых нравах, добросовестности и кабальности воспринимаются в современной Германии как «порталы», посредством которых текущие политико-правовые установки и конституционные ценности вторгаются в прежде автономную систему частного права и при необходимости корректируют применение таких догматических конструкций, как свобода договора[5].

Кроме того, от анархии и произвола немецкую судебную практику уберегает и сама иерархическая структура судебной системы. Страх пересмотра своего решения вышестоящими судами вынуждает судей сдерживать свои субъективные оценки справедливости и ориентиро-

[1] *Markesinis B.*, *Unberath H.*, *Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. 2006. P. 250.

[2] Ibid. P. 251.

[3] General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification / Ed. by S. Grundmann and D. Mazeaud. 2006. P. 53.

[4] Ibid. P. 49, 50.

[5] *Markesinis B.*, *Unberath H.*, *Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. 2006. P. 38, 248.

ваться на те стандарты, которые доминируют в обществе и могут быть признаны убедительными вышестоящими судами.

Эти и ряд других факторов в значительной степени «объективизируют» судебное усмотрение, хотя конечно же не устраняют полностью риски дестабилизации судебной практики[1]. Тем не менее данные риски, судя по всему, признаются немецким правом приемлемыми и компенсируемыми теми преимуществами, которые такая гибкая система правоприменения обеспечивает. Это поддерживает дальнейшее победное шествие практики применения оценочных норм о добросовестности и добрых нравов при ограничении договорной свободы в пользу слабой стороны договора.

При оценке практики немецких судов по контролю справедливости договорных условий в литературе выделяется два основных и тесно взаимосвязанных элемента. Первый сориентирован на оценку персонального фактора и процедуры заключения договора, например, на учет сопоставимости переговорных возможностей, доступа сторон к релевантной информации, неопытности, непрофессионального статуса или зависимого положения одного из контрагентов и тому подобных обстоятельств. Второй же элемент носит содержательный характер и относится к анализу справедливости договорных условий как таковых. Эти два элемента носят взаимодополняющий друг друга характер. При яркой выраженности первого суд может быть менее требователен, чем при оценке второго, и наоборот, вплоть до того, что при особо вопиющей несправедливости содержания договора суд может презюмировать наличие некого процедурного дефекта[2]. Как будет продемонстрировано далее, близкий двухзвенный тест с середины XX в. используют и американские суды.

Несмотря на значительные успехи судебной практики в применении такого рода инструментов, на определенном историческом этапе немецкому законодателю стало очевидно, что важность проблематики неравенства переговорных возможностей и контроля справедливости договорных условий заслуживает специального законодательного признания и регулирования. Кроме того, многие выведенные судеб-

[1] Некоторые немецкие юристы выражают в этом контексте определенные опасения в отношении того, что конституциализация частного права и все расширяющаяся практика использования оценочных норм немецкими судами дестабилизируют устоявшуюся догматику частного права (см.: *Schlechtriem P.*, *Freiburg A.-L.-U.* The Functions of General Clauses, Exemplified by Regarding German Laws and Dutch Law // General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification / Ed. by S. Grundmann and D. Mazeaud. 2006. P. 53–55).

[2] См.: *Lurger B.* The «Social» Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness // Towards a European Civil Code. 3-rd ed. 2004. P. 289; *Markesinis B.*, *Unberath H.*, *Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. 2006. P. 254ff.

ной практикой ранее ex post ограничения свободы договора требовали фиксации на уровне законодательных императивных норм ex ante.

Такая необходимость стала окончательно очевидна к 1970-м гг. в условиях значительного повышения уровня жизни широких масс населения и «взрывного» развития потребительского рынка. Отдельные «точечные» судебные решения в этих условиях все чаще казались недостаточными. Поэтому назрела необходимость законодательной реформы.

Немалую роль в инициировании подготовки проекта соответствующего закона сыграл и тот факт, что в Германии в 70-х гг. прошлого века идеология социального государства окончательно утвердилась в качестве официальной. В этой связи судебный контроль справедливости договорных условий договора при неравенстве переговорных возможностей и защита слабой стороны стали рассматриваться как важные инструменты проведения социальной политики государства[1].

При этом при разработке модели специального законодательства о судебном контроле справедливости договорных условий немецкий законодатель оказался перед выбором в отношении того, как ограничить сферу применения такой патерналистской меры, как отмена несправедливых условий добровольно заключенных договоров. С учетом того, что в основе разработанного законопроекта лежала накопившаяся судебная практика применения норм ГГУ о добрых нравах и добросовестности, которая в большинстве случаев касалась договоров, заключенных на продиктованных одной из сторон стандартных условиях, законодатель решил привязать вводимую систему контроля над содержанием договоров именно к такому способу заключения договоров. Это было неудивительно, учитывая то, насколько серьезный вызов бросала такая договорная практика устоявшимся представлениям о порядке заключения договора, лежащим в основе классического договорного права. В 1970-х гг. тематика стандартизированных договоров занимала умы правоведов и судей всего цивилизованного мира.

Выдержка из следующего решения Верховного суда Германии того времени демонстрирует то, какие серьезные вопросы ставила практика стандартизации договорной работы перед судами и насколько серьезно, на взгляд немецких юристов того времени, эта практика подрывала политико-правовые основания договорной свободы в условиях гегемонии идеалов социального государства. В решении отмечено, что «ис-

[1] *Niglia L.* Transformation of Contract in Europe. Kluwer Law International. 2003. P. 50, 51. Тесная взаимосвязь идей социального государства и проведения данной законодательной реформы часто отмечается в немецкой литературе. См.: *Schlechtriem P.* Grundgesetz und Vertragsordnung // 40 Jahre Grundgesetz. Der Einfluss des Verfassungsrecht auf die Entwicklung der Rechtsordnung. Heidelberg. 1990. S. 53.

пользование стандартных условий означает контроль одной стороны над свободой договора, и такая сторона обязана, разрабатывая подобные условия, заботиться и о разумной защите интересов своих будущих контрагентов. Если же она заботится только о своих интересах, то тем самым злоупотребляет свободой договора, которая ограничена требованиями § 242 ГГУ. В результате стандартные условия теряют юридическую силу, если они носят неожиданный или обременительный для другой стороны характер, защищают интересы одной стороны в ущерб другой и противоречат принципам справедливости... Сторона, которая подчинила себя действию стандартных условий, разработанных другой стороной, может быть признана согласившейся только на те из них, которые соотносимы с понятиями справедливости...»[1]. Такая мотивировка смотрелась бы крайне необычно в эпоху laissez-faire, но в новых условиях представлялась вполне логичной.

В результате этой открытой еще в начале XX в. Саллейлем, но ставшей в 1970-х гг. крайне актуальной и все более очевидной взаимосвязи между возможными злоупотреблениями договорной свободой и практикой заключения договоров на стандартных условиях при разработке законодательной реформы в Германии акцент был сделан именно на стандартизированных договорах. Такой метод позволил немецким судам взять под особый контроль справедливость большинства потребительских и трудовых договоров, при заключении которых чаще всего имеется существенный разрыв переговорных возможностей и одна из сторон фактически лишена шансов вести сколько-нибудь результативные переговоры по условиям договора, а также некоторую часть сугубо коммерческих договоров, заключаемых путем присоединения к стандартным условиям.

В ФРГ 9 декабря 1976 г. был принят Закон о регулировании общих условий сделок (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB-Gesetz*), вступивший в силу 1 апреля 1977 г. После проведения в 2002 г. реформы обязательственного права данный Закон был формально отменен, а его положения с некоторыми модификациями были инкорпорированы в новую редакцию ГГУ (§ 305–310).

Здесь нужно обратить внимание на несколько важных аспектов, имеющих значение для ограничения сферы применения данного Закона.

Во-первых, в силу § 305 подвергаемое данному интенсивному контролю условие должно либо (1) носить стандартный характер, т.е. быть разработано одной из сторон с целью неоднократного использования и предложено другой стороне к подписанию[2], либо (2) хотя и не но-

[1] BGH. 4 June 1970. BGHZ 17, 1.

[2] В одном из судебных решений указано, например, что намерения использовать соответствующие условия в трех различных договорах достаточно для того, чтобы рассма-

сить стандартный характер, но быть подготовлено одной из сторон заранее и включено в потребительский договор (п. 3 § 310). Изначально Закон предполагал лишь контроль справедливости стандартизированных условий, но в результате реформы 2002 г. произошло расширение сферы контроля за рамки сугубо стандартизированных условий при том, что договор заключается с потребителем. Эта новелла была введена в результате имплементации Директивы ЕС 1993 г. о несправедливых условиях потребительских договоров (далее – Директива ЕС 1993 г.).

Во-вторых, критерий стандартности ограничен указанием на то, что контролю подвергаются только те стандартные условия или условия потребительского договора, которые не были предметом индивидуального согласования. Условия, выступавшие предметом детальных переговоров между сторонами («индивидуально согласованные условия»), были выведены из сферы действия данного механизма судебного контроля, поскольку это вступало бы в противоречие с основной идеей данного законодательства, направленного только на патерналистскую опеку слабой стороны договора, лишенной возможности существенно влиять на содержание договора. При этом соответствующее условие считается индивидуально согласованным, если другая сторона имела реальную возможность влияния на его существо. Простого разъяснения другой стороне содержания спорного условия или предоставления ей возможности внесения «косметических» изменений в его текст недостаточно для того, чтобы оно стало рассматриваться в качестве индивидуально согласованного[1].

В-третьих, в Германии предусмотренный рассматриваемыми нормами ГГУ режим контроля над содержанием договоров распространяется не только на договоры с потребителями, но и на договоры между предпринимателями. Большой массив судебной практики, составившей в свое время основу для принятия AGB-Gesetz, состоял из споров по договорам между предпринимателями. Конечно, на стадии подготовки его проекта вопрос о целесообразности распространения его положений на сугубо коммерческие сделки был предметом дискуссий. При этом одним из решающих аргументов в пользу положительного решения данного вопроса было нежелание закреплять дальнейшее разделение в рамках договорного права на две части: одну, посвященную

тривать их в качестве стандартных (см.: BGH NJW 2002, 138. Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck. München, 2005. S. 409). При этом для квалификации договорного условия в качестве стандартного, согласно судебной практике, достаточно наличия хотя бы намерения использовать разработанные условия многократно в будущем (см.: BGH ZIP 1986, 698, 699). Доказательства фактической неоднократности использования условий предъявлять не обязательно, если будет установлена нацеленность самих условий на многоразовое применение.

[1] BGH NJW 1992, 2759.

сделкам с потребителями, а другую – сугубо коммерческим договорам. Возобладал «обобщающий» подход, в рамках которого механизм судебного контроля над справедливостью договорных условий получил распространение и в отношении сугубо коммерческих сделок[1]. Правда, при этом, как мы далее покажем, ряд положений общего режима контроля справедливости стандартных условий к коммерческим договорам формально не применяется, что посылает судам однозначный сигнал использовать этот патерналистский инструментарий в отношении сделок между коммерсантами намного более осторожно.

В-четвертых, данный режим не применяется к договорам в сфере корпоративного, семейного, наследственного права, а также к некоторым иным частноправовым соглашениям, но при этом применяется с незначительными модификациями к трудовым договорам (п. 4 § 310 ГГУ).

В-пятых, в рассматриваемых нормах речь не идет о необходимости стандартизации *всего* договора или об отсутствии у контрагента какого-либо влияния на *все* его условия. Под интенсивный контроль справедливости подпадают именно заранее разработанные, индивидуально не согласованные стандартные условия и индивидуально не согласованные условия потребительских договоров, которые вполне могут сочетаться в конкретном договоре с рядом нестандартизированных или даже индивидуально согласованных условий. Наличие в договоре таких условий никак не препятствует применению режима ex post контроля справедливости к содержащимся в таком договоре стандартным условиям.

В результате в Германии формируется следующая сфера применения данного законодательства об интенсивном контроле справедливости договорных условий. Под особый судебный контроль берутся (1) разработанные заранее индивидуально не согласованные и стандартные (т.е. рассчитанные на неоднократное применение) условия договоров, заключенных между коммерсантами, а также (2) заранее разработанные и при этом индивидуально не согласованные (хотя и нестандартизированные) условия потребительского договора.

Следует подробнее остановиться на том, как «работает» предусмотренный этим законодательством механизм контроля справедливости условий договора.

Первое, что здесь необходимо отметить, это его поэтапный характер применения. После того, как дан положительный ответ на вопрос о том, является ли спорное условие попадающим в сферу применения данного законодательства, суд, руководствуясь специальными «критериями инкорпорации», устанавливает, стало ли такое условие частью

[1] *Niglia L.* Transformation of Contract in Europe. 2003. P. 52, 53.

договора[1]. Применительно к потребительским договорам п. 2 и 3 § 305 ГГУ достаточно подробно описывает то, при каких условиях соответствующие стандартные положения договора считаются инкорпорированными и каким образом они должны доводиться до сведения контрагента. При этом данные достаточно строгие требования, направленные на обеспечение надлежащего доведения до контрагента содержания договорных условий, не применяются к стандартным условиям договоров между коммерсантами.

На этом же этапе суд также оценивает, насколько указанное условие может рассматриваться в качестве «неожиданного». В соответствии с § 305c стандартные условия, которые с учетом обстоятельств, в том числе и внешнего оформления договора, являются настолько неожиданными, что другая сторона не могла ожидать встречи с таким условием в договоре, не становятся частью договора. В таком случае это условие не имеет юридической силы независимо от того, насколько оно справедливо.

Установив на основании данных критериев, что соответствующее условие стало частью договора, суд переходит к следующему этапу – оценке справедливости содержания спорного условия по существу (§ 307 ГГУ).

Критерии содержательной несправедливости спорного условия содержатся в § 307 ГГУ. Согласно данной статье общий критерий несправедливости условия состоит в оценке того, влечет ли договор вопреки требованиям доброй совести (*Treu und Glauben*) чрезмерное ущемление интересов (*unangemessene Benachteiligung*) одной из сторон (п. 1 § 307 ГГУ). И далее следует конкретизация этого общего критерия. Здесь указывается на то, что если не доказано иное, следует полагать, что содержание спорных условий является чрезмерно ущемляющим, если оно (1) несовместимо с существенными принципами, лежащими в основе той диспозитивной нормы, от которой условие отклоняется, либо (2) настолько ограничивает существенные права и обязанности, вытекающие из природы договора, что это ставит под угрозу достижение цели договора (п. 2 § 307 ГГУ).

Первый критерий означает, что немецкое право не допускает значительное ухудшение положения присоединяющейся стороны по сравнению с основной идеей соответствующей диспозитивной нормы закона. Существенной идее, заложенной в диспозитивной норме, придается применительно к договорным условиям, подпадающим под действие предусмотренного данным законодательством режима, *относительное императивное* значение[2]. В основе такого подхода – взгляд на совокуп-

[1] *Шапп Я.* Система германского гражданского права. М., 2006. С. 301.
[2] Там же. С. 306.

ность диспозитивных предписаний ГГУ как на сбалансированный с точки зрения интересов обеих сторон свод правовых норм, подлежащих применению в большинстве ситуаций. Поэтому если спорные условия договора существенно отклоняются от подобных предписаний, необходимы веские причины, обосновывающие справедливость такого отхода, чтобы суд все же признал условие действительным[1].

Иными словами, в договорах, заключенных на стандартных условиях или с потребителем, диспозитивные нормы закона становятся для судов своего рода ориентирами для оценки справедливости договора. Если спорное условие отклоняется от диспозитивной нормы достаточно существенно и в ущерб интересам присоединяющейся стороны, оно начинает предполагаться недопустимым, если только сторона, разработавшая это условие, не докажет его адекватность и справедливость в конкретных обстоятельствах. Как правило, момент, когда спорное условие начинает существенно ухудшать положение присоединяющейся стороны, определяется судом путем сравнительного взвешивания (*Abwägung*) оснований, говорящих в пользу установленного законом диспозитивного правила, и аргументов, которые сторона, предложившая соответствующие условия для включения в договор, может привести в пользу их справедливости и адекватности. Одним из факторов, которые суды могут учесть, является разумная потребность в рационализации договорной практики[2]. В результате условие будет признано несправедливым в том случае, когда существенной идее соответствующей диспозитивной нормы невозможно противопоставить соразмерные потребности рационализации договорной работы или иные убедительные доводы, указывающие на разумность данного условия.

Что же касается второго критерия несправедливости (ограничение вытекающих из природы договора существенных прав и обязанностей, которое ставит под угрозу достижение цели этого договора), то он применяется в отношении случаев, когда условия договора не отступают от диспозитивных норм, а дополняют их. Этот критерий, в частности, имеет важное значение в отношении непоименованных договоров, которые не получили специального законодательного закрепления в ГГУ[3]. В отсутствие под рукой у суда законодательных диспозитивных норм в качестве своего рода эвристических ориентиров для оценки справедливости спорного условия ему не остается ничего иного, кроме как анализировать содержание договора как таковое.

---

[1] *Marsh P.D.V.* Comparative Contract Law. P. 302; *Markesinis B.*, *Unberath H.*, *Johnston A.* The German Law of Contract. P. 164.

[2] *Шапп Я.* Система германского гражданского права. М., 2006. С. 306.

[3] Там же. С. 307.

При этом согласно норме п. 1 § 307 ГГУ несправедливость договора может следовать не только из его несправедливого содержания как такового, но и из неясности изложения условия в договоре. Сторона, разрабатывающая условия договора, должна формулировать их в тексте договора таким образом, чтобы обеспечить ясность и обозримость прав и обязанностей сторон[1]. Сформулированные с учетом таких требований условия должны выявлять экономические невыгоды и обременения другой стороны, в частности скрытые элементы цены. Если условие не проходит тест на прозрачность, суд может положить это в основу своего решения о признании условия несправедливым.

Здесь крайне важно отметить, что названные выше критерии несправедливости применяются неодинаково к разным договорным условиям. Согласно п. 3 § 307 ГГУ контроль содержательной справедливости условий применяется только к тем условиям, которые изменяют или дополняют общие и специальные диспозитивные нормы законодательства. Немецким судам данные нормы не предоставляют право оценивать условия договора, определяющие основной предмет договора, а также то, насколько заключенный договор справедлив с точки зрения эквивалентности встречных предоставлений сторон[2]. Некоторые вопиющие случаи неэквивалентности встречных предоставлений могут подпасть под действие норм п. 1 и 2 § 138 (о добрых нравах и кабальных сделках). Но сама природа данных норм и судебная практика их применения показывают, что такой контроль должен носить экстраординарную природу и требует наличия целого ряда дополнительных условий, позволяющих осуществлять судебный контроль справедливости цены (например, признаков кабальности или(и) многократного отрыва цены от рыночного уровня). В то же время сфера действия рассматриваемых нами норм ст. 305–310 ГГУ предполагает достаточно интенсивный, рутинный надзор за содержанием договоров, который неуместен применительно к условиям о предмете и цене договора. Такая дифференциация патернализма вполне понятна с экономической точки зрения: как мы показывали в т. 1 настоящей работы, такие условия договора, как основной предмет договора или его цена, могут быть, как правило, адекватно оценены контрагентом даже тогда, когда он присоединяется к уже заранее составленной проформе договора.

Но здесь ГГУ делает одну важную оговорку. Условия договора, определяющие размер цены либо основной предмет договора (описание товара или услуги), могут все же стать предметом такого интенсивного ex post контроля справедливости в том случае, когда при их формулиро-

[1] BGH NJW 2001, 2014.

[2] *Markesinis B.*, *Unberath H.*, *Johnston A.* The German Law of Contract. P. 175.

вании было не соблюдено требование прозрачности. В случае неясности даже такие центральные условия договора могут быть признаны недействительными на основании § 307 ГГУ. Более того, как отмечается в литературе, принцип прозрачности был во многом нацелен на ценовую определенность договоров[1].

Ввиду достаточно абстрактного характера вышеописанных критериев несправедливости договорных условий, заложенных в § 307 ГГУ, задача судов была облегчена законодателем посредством включения в закон перечней подлежащих контролю конкретных условий, содержащихся в § 308, 309.

Первый перечень (часто именуемый «серым списком») состоит из «подозрительных» условий, в отношении которых обычно возникают высокие риски нарушения принципа справедливости. Применительно к данным условиям судам предоставляется право признавать или не признавать их действительность с учетом оценки их справедливости в контексте конкретного их содержания. Здесь упоминаются условие, предусматривающее право стороны, формулирующей условия, беспричинно отказаться от исполнения договора, не носящего длящийся характер (п. 3 § 308 ГГУ)[2]; условие, предусматривающее несоразмерно высокую компенсацию за реализацию другой стороной своего права на отказ от договора (п. 7 § 308 ГГУ)[3], а также целый ряд иных подобных условий.

Одновременно в ГГУ подробно перечисляются те условия договоров, которые являются недействительными ex ante («черный» список). Эти нормы не опосредуют ex post контроль, а представляют собой обычные специально рассчитанные для применения в отношении потребительских договоров императивные запреты[4].

---

[1] *Шапп Я.* Система германского гражданского права. М., 2006. С. 307.

[2] В одном из решений суд указал, что хотя § 321 ГГУ и дозволяет отказ от договора в случаях серьезного ухудшения финансового положения другой стороны после заключения договора, стандартное условие договора аренды медицинского оборудования, предоставляющее арендодателю право на отказ от договора без предупреждения арендатора при ухудшении его финансового положения, является недействительным, поскольку ставит арендатора в чрезмерно невыгодное положение (BGH, DB 1990, 2367).

[3] К примеру, стандартное условие договора аренды оборудования, предоставляющее арендодателю при досрочном расторжении арендатором договора право на получение всей ожидаемой выгоды от договора, было признано судом явно несправедливым и недействительным, поскольку по сути освобождало его от обязанности минимизировать свои убытки путем продажи или повторной сдачи оборудования в аренду (BGH, DB 1990, 2463).

[4] В частности, ГГУ относит к таким ex ante запрещенным условиям условия, лишающие присоединяющуюся сторону права на зачет по неоспоренному требованию либо по требованию, установленному в качестве имеющего законную силу; исключающие или ограничивающие ответственность стороны, использующей стандартные условия, за грубую неосторожность; устанавливающие чрезмерно короткий срок на заявление другой стороны о скрытых недостатках; перекладывающие бремя доказывания определенных об-

Эти «черный» и «серый» списки в силу ГГУ формально применяются только в отношении индивидуально не согласованных договоров с потребителями (п. 1 § 310). Поэтому, например, условие, запрещенное в «черном» списке, не является ex ante ничтожным, если оно включено в стандартизированный договор, заключенный между коммерсантами. Однако в силу того же пункта применительно к непотребительским договорам суд может признать условие, находящееся в таких списках, недействительным на основании общих закрепленных в § 307 ГГУ критериев несправедливости с учетом обычаев и практики делового оборота. Как отмечается, немецкие суды иногда применяют по аналогии данные списки в качестве своего рода ориентиров и при оценке справедливости стандартизированных договоров между предпринимателями[1].

Следует отметить важную особенность немецкого механизма контроля над справедливостью договорных условий. Она как минимум до 1990-х гг. заключалась в абстрактном подходе судов к такой оценке. Спорное условие следовало анализировать с точки зрения его соответствия абстрактным критериям справедливости: например, степени отклонения от «идеала», заложенного в диспозитивных нормах законодательства, посвященного данному типу договора, или наличия схожих «зеркальных» прав или средств защиты у присоединяющейся стороны (*Waffengleichkeit, Aequivalenzprinzip*)[2]. Такой тип контроля именуется в немецкой доктрине индивидуально-обобщающим или типизирующим (*überindividuell-generalisierende, typisierende Betractungsweise*)[3]. Он характеризуется высокой степенью формальности, ограничивая степень судебного усмотрения при рассмотрении данной категории дел. Суды при оценке справедливости соответствующего условия должны ориентироваться не столько на поиск ситуативной справедливости ad hoc, сколько на формирование на примере рассмотрения конкретного спора ограничений свободы договора в дополнение к условиям, имеющимися в «черном» и «сером» списках[4]. Такая модель подразумевала оценку условия договора в контексте иных договорных условий, но должна бы-

стоятельств на другую сторону, если данные обстоятельства входят в сферу ответственности использующей стандартные условия стороны, и многие другие.

[1] BGHZ 90, 273; BGH NJW 1996, 389. Подробнее см.: *Marsh P.D.V.* Comparative Contract Law. P. 304; *Markesinis B.*, *Unberath H.*, *Johnston A.* The German Law of Contract. P. 177.

[2] *Nebbia P.* Unfair Contract Terms in European Law: A Study in Comparative and EC Law. Oxford and Portland, Oregon, 2007. P. 161.

[3] *Ulmer P.*, *Brandner H.*, *Hensen H.* (eds.) AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Köln, 1993. S. 435; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 57th ed. München, 1998. S. 2396. Из судебной практики см., напр.: BGH 08.01.1986. NJW 1986, 2102, 2103; BGH 01.07.1987. NWJ 1987, 2575, 2576.

[4] *Niglia L.* Transformation of Contract in Europe. Kluwer Law International. 2003. P. 167; *Nebbia P.* Unfair Contract Terms in European Law: A Study in Comparative and EC Law. Oxford and Portland; Oregon, 2007. P. 62.

ла отсекать иные обстоятельства заключения данного договора (например, анализ переговорных возможностей сторон конкретного договора, профессионализм сторон и т.п.). Попытки некоторых судей признать условие несправедливым, используя в качестве обоснования специфику обстоятельств заключения конкретной сделки, подвергались критике в немецкой литературе как привносящие чрезмерную неопределенность в правоприменительную деятельность[1].

Этот абстрактный подход позволял сформировать на уровне судебной практики достаточно легко применяемые в дальнейшем прецеденты. Суд просто признавал то или иное спорное условие (возможно, с учетом его соотношения с некоторыми иными условиями договора) несправедливым и ничтожным, не включая в ratio decedendi значительный объем контекст-ориентированных факторов. При условии закрепления такого запрета в практике высших судов это позволяло в дальнейшем нижестоящему суду достаточно легко и механически применять этот запрет, не сопоставляя все эти внешние по отношению к данному условию факторы, имевшие место в прецедентном деле, с обстоятельствами конкретного спора. Оборотной стороной данного преимущества, как не сложно догадаться, была некоторая негибкость и возникновение ситуаций, когда выработанное на основе некого прецедентного дела ex post ограничение свободы договора применялось в дальнейшем в контексте конкретной структуры прав и обязанностей или иных обстоятельств заключения другого договора без достаточных политико-правовых оснований (ошибки «первого типа»).

В конечном счете данный абстрактный подход был отвергнут как минимум применительно к потребительским договорам. Это произошло в связи с имплементацией в Германии положений Директивы ЕС 1993 г. Согласно п. 3 § 310 ГГУ при оценке справедливости потребительского договора судом должны учитываться все сопутствующие заключению договора обстоятельства. Это изменение привело к отходу от прежней абстрактной модели оценки справедливости условия как такового и потребовало от судей учета индивидуальных особенностей каждой сделки, что, безусловно, снижало потенциальную применимость конкретного судебного решения в качестве прецедента к другим подобным случаям, но обеспечивало более гибкий анализ справедливости условий.

Если суд, руководствуясь установленными в законе критериями, признал соответствующее спорное условие неинкорпорированным в договор или несправедливым, оно соответственно не является частью договора или является ничтожным. При этом в оставшейся части дого-

[1] *Ulmer P.*, *Brandner H.*, *Hensen H.* (eds.) AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Köln, 1993. S. 448, 450; *Medicus D.* Abschied der Privatautonomie im Schuldrecht? Köln, 1994.

вор остается действительным, а соответствующие права и обязанности определяются положениями закона. Таким образом, на место «выпавшего» договорного условия «заступают» общие или специальные диспозитивные нормы ГГУ. Суд не изменяет несправедливое условие таким образом, чтобы поднять его до соответствующих стандартов справедливости. Немецкое право не признает право суда корректировать содержание оспоренного условия.

В исключительных случаях, когда признание соответствующего условия недействительным создает неприемлемые трудности для одной из сторон, договор может быть признан недействительным в целом (§ 306 (3) ГГУ).

При этом следует отметить, что предоставление судам широких возможностей по ex post контролю справедливости индивидуально не согласованных стандартных условий и условий, навязанных потребителю, отнюдь не исключило практику непосредственного применения в тех же целях общих норм о добросовестности (§ 242), добрых нравах (п. 1 § 138) и кабальности (п. 2 § 138) применительно к договорам, не подпадающим под специальное регулирование норм § 305–310 ГГУ. Там, где последние неприменимы, суд в случаях особой, вопиющей несправедливости содержания договора и при наличии явного разрыва переговорных возможностей может также ограничить автономию воли, руководствуясь этими общими оценочными «корректорами».

В результате в немецком праве возникают как минимум два уровня интенсивности судебного контроля справедливости договорных условий. Такой контроль применительно к стандартным условиям или условиям потребительских договоров является достаточно рутинным элементом рассмотрения судебных споров. По сравнению с практикой применения этого специального законодательного режима ограничение судами договорной свободы в отношении иных договоров на основе норм о добросовестности, добрых нравах и кабальности остается феноменом экстраординарным.

В итоге формируется дифференциация степени допустимого патернализма применительно к стандартизированным и потребительским договорам, с одной стороны, и иным договорам (например, индивидуально согласованным договорам между предпринимателями или между гражданами) – с другой.

В завершение следует отметить, что помимо вышеотмеченных инструментов судебного контроля справедливости договора в немецком праве существует и ряд иных сугубо специальных доктрин, дающих суду право ограничивать договорную свободу в этих целях. Так, например, немецкое гражданское законодательство допускает на основании ходатайства должника снижение судом чрезмерной неустойки, обещанной

к уплате лицом, не являющимся коммерсантом. Согласно ГГУ (§ 343) при несоразмерности неустойки суд имеет право снижать ее «до соответствующего размера» с учетом степени нарушения имущественных и не имущественных интересов кредитора. При этом для точного понимания сложившегося в Германии режима ни в коем случае не следует забывать, что согласно принятому в тот же период времени и действующему до сих пор Германскому торговому уложению (далее – ГТУ) в отношениях между профессиональными предпринимателями снижение неустойки не дозволяется (§ 348). В то же время наличие специального предписания о неснижении неустойки в ГТУ не означает, что коррекция размера неустойки в сугубо коммерческих контрактах в принципе невозможна. В редких случаях явной и «вопиющей» несоразмерности неустойки она, как и любое иное условие договора, теоретически может быть подвергнута судебному контролю путем применения положений о добросовестности сторон и добрых нравах (§ 138 и 242 ГГУ)[1].

Наконец, следует также иметь в виду, что Закон о противодействии ограничению конкуренции Германии (ст. 19, 20) предоставляет антимонопольным органам и судам возможности по ограничению договорной свободы в случаях злоупотребления доминирующим положением в форме навязывания лицом монопольных цен и иных условий, существенно отличающихся от тех, которые имели бы место в конкурентных условиях.

Голландская модель

В *Голландии* был разработан в общем и целом схожий с немецким многокомпонентный инструментарий контроля справедливости договорных условий.

Во-первых, в Гражданском кодексе Нидерландов (далее – ГКН) предусмотрено достаточно детальное законодательное регулирование механизмов ex post контроля справедливости стандартизированных условий договора. Соответствующий раздел ГКН содержит 13 достаточно объемных статей (6:231–6:243). В них раскрывается понятие стандартных условий договора, содержатся критерии несправедливости условия договора, положения о порядке инкорпорирования стандартных условий в договор, в том числе о необходимости их предварительного раскрытия, перечни условий, которые являются изначально ничтожными («черный» список), и условий, которые могут быть признаны таковыми по результатам их оценки судом («серый» список). Как мы видим, круг вопросов, охватываемых ГКН, во мно-

[1] Principles of European Contract Law. Part I and II / Prepared by the Commission on European Contract Law; Ed. by O. Lando and H. Beale. 2000. P. 456.

гом аналогичен тому, который содержится в ГГУ. Это объясняется, в частности, тем, что главным «источником вдохновения» при разработке соответствующих положений ГКН были положения немецкого AGB-Gesetz[1].

Однако существуют и некоторые особенности голландского подхода к защите от несправедливости стандартных условий договора, аналогов которым нет в немецком законодательстве.

1. Первое отличие состоит в описании субъектов, которым данный режим предоставляет защиту от несправедливости договорных условий. Этот режим рассчитан в первую очередь на договоры с потребителями, содержащие стандартные условия. В то же время этот режим применим и к стандартизированным договорам, заключенным с предприятиями малого бизнеса (ст. 6:235 ГКН). Остальные же предприниматели (компании, насчитывающие более 50 работников в штате либо обязанные публиковать свою отчетность) не могут оспаривать справедливость навязанных им стандартных условий со ссылкой на данный законодательный режим. Таким образом, голландское законодательство в отличие от немецкого режима исключает автоматическое применение соответствующих норм к договорам, в которых несправедливые условия были навязаны крупным компаниям.

Интересным является также и иное положение, аналогов которому нет в немецком законодательстве, согласно которому основания для признания стандартных условий недействительными не могут быть приведены теми лицами, которые многократно используют те же или схожие условия в своей договорной практике (ст. 6:235 (3) ГКН).

2. Критерии несправедливости стандартного условия заложены в ст. 6:233 ГКН: стандартное условие договора считается несправедливым, если оно чрезвычайно обременительно для другой стороны. При этом согласно ГКН при оценке справедливости судом должны приниматься во внимание природа договора, остальные условия договора, обстоятельства, послужившие причиной включения подобного условия в договор, обоюдные интересы сторон и иные обстоятельства дела. Таким образом, несправедливость условия устанавливается с учетом конкретной обстановки заключения договора, а не путем абстрактной оценки условий договора, как это предполагалось изначально в Германии. Как мы видели, в нормах § 305–310 ГГУ такой контекст-ориентированный подход был закреплен лишь при проведении реформы 2002 г. и как минимум при буквальном прочтении применим только в отношении потребительских договоров.

[1] *Hartkamp A., Tillema M.* Contract Law in the Netherlands. The Hague: Kluwer Law International, 1995. P. 92.

3. ГКН содержит еще одно интересное положение, отсутствующее в ГГУ. Речь идет о ст. 6:244, предоставляющей определенную защиту предпринимателю, осуществляющему розничную деятельность и дублирующему в контрактах с конечными потребителями стандартные условия, которые в свою очередь были «навязаны» ему его поставщиком. Если некоторые из подобных стандартных условий, используемых в отношениях с конечными потребителями, были признаны недействительными как чрезвычайно обременительные, то на эти условия не может ссылаться и контрагент данного предпринимателя, выступающий истинным «автором» таких условий. Тем самым ограничения договорной свободы, введенные судами в отношении потребительских договоров, могут «по цепочке» привести к блокированию аналогичного условия и в конкретном сугубо коммерческом договоре.

4. Еще одна интересная особенность голландского законодательства, отличающая его от немецкого режима, состоит в том, что несправедливое условие не считается ничтожным по определению. Оно может быть лишь оспорено стороной, против которой условие направлено в рамках трехлетнего срока давности. Это неудобство отчасти компенсируется тем, что согласно ст. 3:49–3:51 ГКН по общему правилу любая оспоримая сделка может быть признана недействительной как посредством подачи иска, так и путем одностороннего заявления управомоченной стороны. Кроме того, согласно п. 4 ст. 6:235 ГКН срок давности начинает течь не с момента заключения договора, а с момента, когда на данное условие контрагент, подготовивший текст заключенного договора, впервые сослался. Таким образом, стандартное договорное условие по голландскому праву может быть признано несправедливым только при наличии волеизъявления потерпевшей стороны.

5. Согласно ГКН условия, оказавшиеся в «сером» списке несправедливых условий, презюмируются несправедливыми (ст. 6:237 ГКН).

В ГГУ данный презумптивный статус элементов «серого» списка, во-первых, прямо не закреплен.

Во-вторых, все остальные условия, не подпадающие под вышеописанный специальный режим судебного контроля стандартизированных условий, также могут быть не признаны судом по причине их несправедливости. Здесь проявляется важная особенность голландского законодательства. Как мы помним, немецкое законодательство позволяет судам осуществлять ex post контроль и нестандартизированных, и непотребительских договоров под прикрытием принципов добрых нравов, добросовестности и режима кабальности. Но универсальной законодательной нормы, оформляющей право суда ограничить договорную свободу из-за несправедливости договорного условия применительно к любому договору, в немецком законодательстве нет, что, впрочем,

как мы видели, не сильно ограничивает немецкие суды. Голландский же законодатель такую норму кодифицировал.

В силу прямого указания в ГКН судам дано право «не признавать применимыми» любые договорные условия, нарушающие принципы разумности и добросовестности (п. 2 ст. 6:248)[1]. Верховный суд Голландии особо подчеркнул, что данное положение носит общий характер и возможность его использования ни в коей мере не перечеркивается наличием специального регулирования стандартных условий договора[2]. Что помогает судам выявить неразумность и недобросовестность договора? Как уже отмечалось в т. 1 книги, голландские суды, реализуя идею конституциализации частного права, наполняют эту норму о добросовестности договорных условий конституционными ценностями, подразумевающими идеалы защиты слабой стороны договора[3]. Кроме того, при применении ст. 6:248 ГКН суды могут использовать соответствующие критерии, закрепленные в режиме контроля стандартных условий и потребительских договоров, в качестве своего рода ориентиров для оценки[4].

В-третьих, ГКН в дополнение к общей норме ст. 6:248 и специальному режиму контроля справедливости стандартизированных условий предусматривает еще и аналог немецкой доктрины кабальности (ст. 3:44 ГКН). Согласно п. 4 данной статьи злоупотребление обстоятельствами при совершении сделки приводит к ее оспоримости (посредством подачи иска или одностороннего заявления в течение трехлетнего срока давности). При этом злоупотребление обстоятельствами имеет место тогда, когда «одна сторона знала или должна была знать, что другая сторона совершает сделку под влиянием особенных обстоятельств, таких как обстоятельства чрезвычайного характера, состояние зависимости, неосмотрительность, болезненное пристрастие, искаженное состояние сознания или неопытность, и тем не менее спровоцировала другую сторону совершить такую сделку, в то время как владение информацией об этих обстоятельствах должно было удержать ее от этого».

Если немецкая доктрина кабальности в силу п. 2 § 138 ГГУ распространяется лишь на контроль соразмерности встречных предоставлений, то норма ст. 3:44 ГКН не знает такого ограничения и примени-

[1] The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary / Ed. by D. Busch, E.H. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas, W.M. Schrama. Nijmegen, 2002. P. 216.

[2] Johannes Maria Bramer v. Hofman Beheer B.V. & Colpro B.V. 14 June 2002 COO/315 HR.

[3] *Cherednychenko O.O.* Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions. 2007. P. 124, 125.

[4] *Hartkamp A., Tillema M.* Contract Law in the Netherlands. The Hague: Kluwer Law International, 1995. P. 95.

ма к контролю любых договорных условий. При этом если немецкий режим кабальности охватывает лишь такие ситуации неравенства переговорных возможностей, которые спровоцированы неопытностью, легкомыслием, слабоволием или стечением тяжелых обстоятельств, то голландская доктрина злоупотребления обстоятельствами имеет несколько больший охват.

С учетом вышесказанного, думается, не следует преувеличивать значение того факта, что сфера контроля справедливости стандартизированных договоров согласно ГКН несколько более ограниченна по сравнению с немецкой моделью (предоставление защиты только потребителям и мелким коммерсантам и только применительно к стандартизированным условиям). То, что голландское право «не добирает» в нормах о стандартных условиях договоров, может быть компенсировано de lege lata положениями ст. 6:248 ГКН, которые вводят универсальный инструмент для коррекции договорной свободы в патерналистских целях, а также достаточно широкой по охвату нормой ст. 3:44 о «злоупотреблении обстоятельствами».

В-четвертых, ГКН предусматривает и специальные инструменты судебного контроля справедливости отдельных видов договорных условий. В частности, согласно ГКН договорная неустойка может быть снижена судом по ходатайству должника, в случае если справедливость со всей очевидностью требует этого (ст. 6:94 ГКН). До принятия нового ГК в Голландии аналогичный результат в особо вопиющих случаях достигался за счет использования категории добросовестности[1].

И наконец, в-пятых, не стоит забывать о том, что голландское антимонопольное законодательство (ст. 24 Закона о конкуренции Нидерландов) предусматривает доктрину злоупотребления доминирующим положением и соответственно дает возможность контрагентам-монополистам защищаться от навязывания несправедливых условий посредством их ex post отмены.

Таким образом, как и в Германии, голландское законодательство предусматривает целый набор инструментов судебного контроля справедливости договорных условий, возглавляемый максимально универсальной нормой ст. 6:248 ГКН о недействительности недобросовестных и неразумных условий.

Скандинавская модель

Как известно, договорное право Скандинавских стран (Финляндии, Швеции, Норвегии и Дании, но особенно первых трех из них)

[1] *Chorus J.*, *Gerver P.-H.*, *Hondius E.*, *Koekkoek A.* (eds.). Introduction to Dutch Law. 1999. P. 130.

в значительной степени унифицировано и развивается достаточно синхронно.

Как и во многих других странах Европы, в странах скандинавского региона в послевоенные годы утвердилась политика социального государства. При этом здесь данная политика проводилась как нигде более интенсивно.

Каковы же инструменты ex post контроля справедливости договора, характерные для скандинавских правопорядков?

Во-первых, скандинавское право предусматривает своеобразную версию доктрины злоупотребления обстоятельствами. Речь идет о § 33 Закона о контрактах[1]. В финской версии Закона о контрактах согласно данной статье договор не подлежит судебной защите, если он был заключен при таких обстоятельствах, при которых соображения чести и добросовестности должны были удержать любого, знающего об этих обстоятельствах, от того, чтобы ссылаться на договор. При этом знание об этих обстоятельствах другой стороной договора презюмируется. По своей универсальности данная норма похожа на голландский вариант доктрины «злоупотребления обстоятельствами» и значительно шире немецкого института кабальности. Это касается и охвата релевантных причин неравенства переговорных возможностей (любые относящиеся к процедуре заключения договора и извиняющие непризнание сделки в суде обстоятельства, а не только нужда, легкомыслие, слабоволие или неопытность), и подлежащих контролю условий (любые условия, а не только соразмерность встречных предоставлений).

Во-вторых, учитывая то, что забота о менее защищенных участниках оборота и слабой стороне договора, в частности, является неотъемлемым элементом социальной политики, неудивительно, что потребительское законодательство начало развиваться в Скандинавских странах достаточно рано. К концу 1970-х гг. такие Скандинавские страны, как Швеция или Финляндия, имели потребительское законодательство, которое предусматривало право специального суда блокировать путем судебных запретов использование компаниями тех или иных несправедливых условий в договорах с потребителями на будущее[2].

В-третьих, согласно § 36, внесенному в национальные законы о контрактах[3] в 1970–1980-е гг. (в Дании – с 1975 г., в Швеции – с 1976 г.,

[1] Подробнее см.: *Zimmermann R.*, *Whittaker S.* Good Faith in European Contract Law. 2000. P. 55ff.

[2] *Silverglade B.A.* Regulating Contract Terms in the United States and Sweden: A Comparative Analysis of Consumer Protection Law and Policy // 2 Boston College International and Comparative Law Review. 1979. P. 484ff.

[3] Договорное право Скандинавских стран в значительной степени унифицировано. С первой трети XX в. в Скандинавских странах действуют национальные законы о контрактах, с некоторыми текстуальными модификациями воспроизводящие единые под-

в Финляндии – с 1982 г., в Норвегии – с 1983 г.), скандинавские суды получили право не признавать неразумные и недобросовестные условия любого договора[1].

Текст нормы § 36 в национальных законах о контрактах в сущности совпадает, хотя определенные текстуальные отличия заметны. Так, например, согласно финской версии при оценке несправедливости договора принимаются во внимание содержание договора в целом, положение сторон, обстоятельства, существовавшие на момент заключения договора и после этого, а также иные обстоятельства, которые имеют значение для рассмотрения дела. В шведской же версии появляется уточнение о том, что суды при оценке справедливости должны принимать в расчет необходимость защиты потребителя и иной слабой стороны договора[2]. В датском законе данная норма наиболее лаконична, но в целом отражает ту же самую идею[3].

Во всех скандинавских юрисдикциях положение § 36 подлежит применению к любым условиям договора, как индивидуально согласованным, так и стандартным, а также к любым договорам, в том числе и сугубо коммерческим. Более того, в силу прямой оговорки в финском Законе о контрактах, сделанной с явным намерением подчеркнуть отличие скандинавского права от немецкого и голландского в этом аспекте, суды имеют право на основании данной статьи контролировать справедливость и условия о размере цены договора (п. 3 § 36).

Та симпатия, с которой скандинавские правопорядки (как минимум с момента включения § 36 в национальные законы о контрактах) относятся к судебному ex post контролю справедливости договоров, проявляется и в последствиях выявления несправедливых условий. Здесь они сформулированы наиболее широко, что предоставляет судам максимально возможный уровень дискреции. Так, например, в силу п. 1, 2 § 36 финской версии Закона суды имеют полномочия отказывать в приведении в исполнение несправедливых условий или всего договора в целом, а также корректировать содержание как самого спорного условия, так и иных договорных условий. Аналогичное положение о коррекции несправедливого условия было в 1990-е гг. внесено в датский Закон

ходы к вопросам договорного права. В Швеции, Норвегии и Дании такие законы были приняты в 1915–1918 гг., а в Финляндии – в 1929 г. Отсюда и совпадение нумерации статей национальных законов о контрактах.

[1] Финский вариант этого закона на английском языке см. в Интернете на сайте: http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1929/en19290228.pdf

[2] Текст данной статьи шведского Закона о контрактах см.: *Bernitz U.* Swedish Standard Contracts Law and the EC Directive on Contract Terms. 2009. P. 19 (http://www.scandinavianlaw.se/pdf/39-1.pdf).

[3] Текст датского Закона о контрактах на английском языке см. в Интернете на сайте: http://www.sprog.asb.dk/sn/Danish%20Contracts%20Act.pdf

о контрактах[1]. Как мы видели, право на коррекцию содержания договоров не характерно для немецкого права.

В 1990-е гг. после имплементации в Скандинавских странах – членах ЕС (Швеция, Дания, Финляндия) положений европейской Директивы о несправедливых условиях договора 1993 г. потребительское законодательство этих стран было несколько обновлено[2]. В частности, такие страны, как Финляндия, включили в свой Закон о защите потребителей специальный блок норм (гл. 4 Закона), уточняющих применение общего правила § 36 Закона о контрактах к судебному контролю справедливости именно потребительских договоров[3]. Но в целом это обновление носило скорее технический характер, так как здесь ранее сложилась достаточно эффективная система судебного контроля справедливости договорных условий и условий потребительских договоров в частности. Скандинавские страны сформировали один из наиболее эффективных инструментариев защиты прав потребителей и слабой стороны договора[4].

В результате в таких Скандинавских странах, как Швеция, Дания и Финляндия, сложилась следующая комбинация общих инструментов контроля справедливости договорных условий. Во-первых, предусматривается возможность оспаривания несправедливых условий договора, при заключении которого имело место злоупотребление обстоятельствами. Во-вторых, действует предусмотренный потребительскими законами публично-правовой по своей природе механизм блокирования практики использования отдельными компаниями несправедливых условий договоров с потребителями посредством вынесения судебного запрета на будущее. В-третьих, признается частноправовой инструментарий судебного непризнания или изменения несправедливых условий потребительского договора в конкретном споре (например, гл. 3 финского Закона о защите потребителей). В-четвертых, у суда есть право не признать или модифицировать в принципе несправедливое условие любого договора на основании § 36 Закона о контрактах.

Кроме того, не стоит забывать о том, что скандинавское право предусматривает снижение чрезмерной неустойки, а также знает и целый ряд других специальных инструментов контроля справедливости договорных условий. Например, национальное антимонопольное законодательство предусматривает недопустимость злоупотребления доми-

[1] *Nielsen R.* Contract Law an Denmark. 2011. P. 43.

[2] EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis / Ed. by Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke. 2007. P. 343, 359; *Bernitz U.* Swedish Standard Contracts Law and the EC Directive on Contract Terms. 2009. P. 13ff (http://www.scandinavianlaw.se/pdf/39-1.pdf).

[3] Текст закона на английском языке см. в Интернете на сайте: http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1978/en19780038.pdf.

[4] *Bernitz U.* Swedish Standard Contracts Law and the EC Directive on Contract Terms. 2009. P. 15 (http://www.scandinavianlaw.se/pdf/39-1.pdf).

нирующим положением при заключении договора путем навязывания несправедливых договорных условий (например, ст. 19 Закона о защите конкуренции Швеции, ст. 6 действовавшего на момент написания настоящей книги Закона об ограничении конкуренции Финляндии).

По широте соответствующих инструментов контроля справедливости, легкости, с которой законодатели готовы ограничивать свободу договора в патерналистских целях, и, видимо, интенсивности практики судебного контроля справедливости договорных условий Скандинавские страны, судя по всему, являются лидерами на европейском континенте. Это положение вещей выглядит вполне логично, учитывая общую идеологию скандинавской экономико-правовой модели с ее особенным акцентом на идеалах социальной солидарности и справедливости и защиты слабых участников рыночного оборота[1].

Некоторые промежуточные компаративные замечания в отношении немецкой, голландской и скандинавской моделей

В принципе, если сопоставить немецкую, голландскую и скандинавскую модели контроля справедливости договорных условий, мы найдем значительно больше сходных черт, чем отличий.

Во всех этих странах правовая система использует для судебного контроля справедливости договорных условий разнородные институты, подразумевающие различные процедурные условия патернализма, различные виды контролируемых условий и разную степень интенсивности такого контроля (многокомпонентная модель).

Во всех указанных странах суды вправе подвергать контролю справедливость договорных условий, включенных в стандартные и(или) потребительские договоры. Тут, правда, имеются некоторые технические отличия при выборе между специальным режимом контроля потребительских и стандартизированных договоров. Некоторые Скандинавские страны берут под особую опеку именно потребительские договоры. В Германии и Голландии же ситуация усложняется за счет появления специальных правил о контроле стандартизированных договоров.

Во всех этих странах существуют специальные правила судебного контроля справедливости сделок, при заключении которых одна из сторон злоупотребила своими переговорными преимуществами. Это не отменяет того, что данные инструменты несколько различаются по сфере

[1] О связи феномена интенсивного судебного контроля справедливости договоров с ориентацией Скандинавских стран на ценности социального государства см.: *Мосс Дж. К.* Влияние национальной юридической традиции на гармонизацию договорного права: Пример добросовестности при исполнении договоров // Человек и его время: Жизнь и работа Августа Рубанова. М., 2006. С. 311.

своего применения. В Голландии и Скандинавских странах доктрины злоупотребления обстоятельствами оказываются несколько шире, чем институт кабальных сделок, предусмотренный в п. 2 § 138 ГГУ.

Во всех указанных странах суды также вправе контролировать справедливость договоров, заключаемых лицами, занимающими доминирующее положение на рынке. Везде допускается снижение договорной неустойки.

При этом во всех указанных странах у суда есть право контролировать справедливость договора и в тех случаях, которые не подпадают под эти специальные режимы контроля. В Голландии и Скандинавских странах это право суда опирается на наличие в законодательстве универсального инструмента для коррекции несправедливых договорных условий, в то время как в Германии отсутствие столь же четкой «делегирующей нормы» закона сполна компенсируется творческим и сверхактивным применением судами общих принципов добрых нравов и добросовестности (Германия).

Несколько иная ситуация долгое время сохранялась и во многом сохраняется во французском и английском праве.

§ 3. Франция и Англия

Французская модель

Французское право традиционно относилось с очень большим подозрением к свободе судебного усмотрения при оценке содержания частных сделок, как и вообще к широкой судебной дискреции в целом.

В ФГК содержится общий запрет на согласование условий, противоречащих добрым нравам и публичному порядку. Согласно данному ограничению обязательство, основание (causa) которого противоречит этим принципам, является недействительным (ст. 1133 ФГК). При этом ссылка на добрые нравы какого-то самостоятельного значения во французском праве не имеет, а сами добрые нравы рассматриваются как элемент публичного порядка. Понятие же публичного порядка во французском праве до последнего времени идеалы защиты слабой стороны договора и справедливости договорных условий не включало. По описанию Морандьера, сфера, включаемая в рамки концепции публичного порядка, была долгое время крайне ограниченной. Проблематика публичного порядка поднималась в отношении соглашений, подрывающих государственный строй, нарушающих правила гражданского состояния и правосубъектности граждан и противоречащих некоторым другим фундаментальным политико-правовым ценностям. В сфере же сугубо имущественных отношений

со ссылкой на данную норму запрещались только договоры, ограничивающие свободу труда и торговли[1].

Несмотря на то что, судя по некоторым источникам, в последнее время во французской доктрине постепенно развивается такая интерпретация нормы о публичном порядке, которая включает в эту концепцию социально-экономический элемент защиты слабой стороны договора[2], нормы ФГК о добрых нравах и публичном порядке не стали источником активизации практики интенсивного судебного контроля справедливости договорных условий, подобно тому, как это имело место в Германии применительно к норме о добрых нравах. Во Франции ссылка на публичный порядок и добрые нравы редко используется в патерналистских целях для блокирования судами просто несправедливых договорных условий, не затрагивающих основы общественной нравственности и публичные интересы. Это происходит лишь в крайне редких, «вопиющих» случаях[3].

При этом, судя по доступным нам источникам, в последнее время наблюдается тенденция к более активному использованию судами применения в целях защиты слабой стороны договора от несправедливых условий некоторых других норм ФГК[4]. В частности, французские суды в некоторых делах при вопиющей диспропорции встречных предоставлений признавали сделки недействительными со ссылкой на отсутствие каузы (ст. 1131 ФГК)[5]. Кроме того, французская судебная практика знает примеры достаточно искусственного применения для целей патерналистского контроля справедливости договора и защиты от кабальных условий, навязываемых слабовольному, неопытному или оказавшемуся в бедственном положении контрагенту, «доктрины обмана»[6]. Не имея под рукой законодательно признанной доктрины кабальности сделок и любых иных норм, направленных прямо на защиту стороны с низким

[1] *Де ла Морандьер Л.Ж.* Гражданское право Франции. Т. 2. С. 261.

[2] *Nicholas B.* The French Law of Contract. 2nd ed. Oxford, 2002. P. 129, 130.

[3] См.: *Beale H.*, *Hartkamp A.*, *Kotz H.*, *Tallon D.* Cases, Materials and Text on Contract Law. Oxford, 2002. P. 296, 297; General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification / Ed. by S. Grundmann and D. Mazeaud. 2006. P. 3, 4.

[4] General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification / Ed. by S. Grundmann and D. Mazeaud. 2006. P. 23–39.

[5] Примеры судебных решений, использующих доктрину каузы сделки для контроля справедливости договорных условий, см.: *Beale H.*, *Hartkamp A.*, *Kotz H.*, *Tallon D.* Cases, Materials and Text on Contract Law. 2002. P. 136–140; *Kenny M.*, *Devenney J.*, *O'Mahony L.F.* Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable. 2010. P. 65–67; *Angelo A.H.*, *Ellinger E.P.* Unconscionable Contracts – A Comparative Study // 4 Otago L. Rev. 1977–1980. P. 310–317.

[6] *Цвайгерт К.*, *Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 15.

уровнем переговорных возможностей, и не решаясь активно использовать в этих целях норму ст. 1133 ФГК о добрых нравах, французские суды в ряде случаев искусственно привлекали для оправдания решения о недействительности сделки также и доктрину принуждения. Концепция морального принуждения описывает ситуацию, когда контрагент был принужден к заключению договора не другой стороной, а стечением тяжелых обстоятельств[1]. Как мы далее покажем, ситуация с относительной пассивностью судов в деле контроля справедливости договорных условий стала меняться в 1990-е гг. в отношении потребительских договоров. Тем не менее за рамками потребительских отношений во Франции до сих пор не сложилась устойчивая доктрина защиты слабой стороны договора от несправедливых договорных условий посредством активного судебного ex post контроля. В результате интенсивность судебного контроля справедливости договорных условий во Франции во второй половине XX в. значительно уступает тому, что в тот же период можно было наблюдать в немецком, голландском или скандинавском праве. Французское право остается гораздо более формальным и менее охотно делегирует судам право на ex post ограничение свободы договора по тем или иным политико-правовым резонам (особенно в патерналистских целях), чем то имеет место в последние десятилетия в Германии или Голландии с развитием там процессов конституциализации частного права и экспансией практики применения норм о добрых нравах и добросовестности в целях ex post контроля справедливости договорных условий[2].

Сказанное не значит, что французские юристы недооценивали проблематику неравенства переговорных возможностей и необходимость защиты слабой стороны договора. Но вплоть до 1990-х гг. французское право пыталось ответить на этот вызов силами законодателя или исполнительной ветви власти. Предоставление свободы в оценке справедливости договорных условий судам казалось слишком опасным для стабильности экономического порядка. Поэтому в работах французских правоведов середины XX в. часто не находится упоминаний о праве суда защищать слабую сторону договора. Такие авторы, как Рене Саватье, например, видели проблему фактического неравенства переговорных возможностей сторон, но считали, что ответ на этот вызов в основном состоит в принятии тех или иных законодательных новелл, ex ante ограничивающих свободу договора в трудовых отношениях, в сфере аренды жилья, в области процентных займов и т.п.[3]

[1] *Beale H., Hartkamp A., Kotz H., Tallon D.* Cases, Materials and Text on Contract Law. 2002. P. 468, 469.

[2] *Kenny M., Devenney J., O'Mahony L.F.* Unconscionability in European Private Financial Transactions: Protecting the Vulnerable. 2010. P. 73–75.

[3] *Саватье Р.* Теория обязательств. М., 1972. С. 191, 202–216.

Этот подход в полной мере проявился и во французском потребительском законодательстве, принятом, как и во многих других европейских странах, в 1970-е гг. В 1978 г. во Франции был принят Закон о защите и информировании потребителей товаров и услуг, известный в литературе как *Loi Scriviner* (далее – Закон 1978 г.)[1]. Положения о несправедливых условиях были включены в гл. 4 данного Закона и применялись к договорам, заключенным между «профессионалами», с одной стороны, и непрофессионалами или потребителями – с другой[2].

Примечательно, но тот факт, что именно во Франции впервые произошло доктринальное выделение договора присоединения, не привел к формированию во Франции специальных норм о контроле справедливости условий договора присоединения или стандартизированных условий[3]. Вместо этого Франция построила регулирование системы контроля справедливости договорных условий на основе субъектного состава сторон договора. В этом состоит первое принципиальное отличие этого принятого в 1970-е гг. французского законодательства о контроле справедливости договорных условий от появившегося в тот же период немецкого аналога.

Вторым принципиальным отличием французского Закона 1978 г. являлось то, что в нем была реализована попытка создания сугубо административного механизма контроля несправедливых условий (*clause abusive*). За Государственным советом (*Conseil d'Etat*) были закреплены полномочия издания декретов, запрещающих определенные условия потребительских договоров, имеющие несправедливый характер. Опасаясь риска чрезмерного вмешательства судов в договорную свободу сторон, закон не допускал право суда самостоятельно осуществлять оценку справедливости договорных условий ex post в соответствии с критериями несправедливости, заложенными в данном Законе. Суд мог признать недействительными лишь те условия, которые предварительно были ex ante заблокированы Советом. Помимо этого данным Законом была учреждена Комиссия по несправедливым условиям,

[1] Loi sur la protection et l'information des consommateurs des produits et des services (loi Scriviner). N 78-23. 10.01.1978.

[2] Включение в текст закона одновременно понятий «непрофессионал» (non professionel) и «потребитель» (consommateur) было обусловлено отсутствием консенсуса между сенаторами, предпочитавшими термин «потребитель», и депутатами нижней палаты парламента, которые полагали, что термин «непрофессионал» будет более ясным. Одновременное включение в текст закона обоих терминов представляло собой компромисс. См.: *Calais-Auloy J.*, *Steinmetz F.* Droit de la Consommation. Paris, 2000. P. 188, 189.

[3] См.: *Шашихина Т.В.* Новые типы договоров в современном гражданском праве Франции // Журнал российского права. 1998. № 3. С. 121; *Цыпленкова А.В.* Договор присоединения как особая категория гражданского права: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 30.

задачей которой являлось предоставление рекомендаций по вопросам определения круга несправедливых условий[1].

Таким образом, рассматриваемый механизм представлял собой характерную для французской регулятивной традиции попытку бюрократизации процесса регулирования. Замена ex post усмотрения судов на делегирование некому государственному органу полномочий по запрещению определенных несправедливых условий ex ante отражало традиционное для Франции опасение в отношении расширения судебного усмотрения. Напомним, что примерно таким же образом французский законодатель в первые годы после Революции попытался ограничить суды в праве самостоятельно толковать законы, заставив их обращаться со всеми своими сомнениями к законодателю[2].

И подобно тому как это имело место тогда, новая попытка ограничить судебное усмотрение, полностью заменив его на бюрократическое регламентирование ex ante, потерпела полное фиаско[3]. Государственный совет в целом осуществлял все это время достаточно активное правотворчество в области потребительских отношений на основе делегации ему законом крайне широкой компетенции в этой сфере. Но при этом за все это время Государственным советом были признаны ex ante недействительными лишь два вида несправедливых условий договоров с потребителями или непрофессионалами[4]. На большее правотворческого запала Государственного совета в этой сфере не хватило. Было очевидно, что суды более приспособлены к динамичному выявлению и оценке несправедливых условий в контексте содержания договора в целом, цели договора и иных конкретных обстоятельств.

Деятельность Комиссии была несколько более плодотворной. Ею был предложен ряд рекомендаций по вопросам несправедливости договорных условий, которые хотя и не были реализованы на уровне декретов Государственного совета и не превратились в четкие ex ante запреты, но привлекли внимание объединений предпринимателей, судей и других заинтересованных лиц к данной проблематике[5]. Вплоть

[1] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 27.

[2] Подробнее см.: *Карапетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011.

[3] *Niglia L.* Transformation of Contract in Europe. Kluwer Law International. 2003. P. 73.

[4] Государственный совет Франции запретил (1) условия, предоставляющие право предпринимателю в одностороннем порядке существенно изменять параметры предоставляемого товара (услуги), а также (2) условия, лишающие или ограничивающие право покупателя в договоре купли-продажи требовать возмещения убытков, причиненных неисполнением своих обязательств продавцом. Тексты Потребительского кодекса Франции и всех вышедших в его развитие декретов Госсовета на английском языке см. в Интернете на сайте: www.legifrance.gouv.fr

[5] *Nicholas B.* The French Law of Contract. 2nd ed. Oxford, 2002. P. 142.

до 1990-х гг. ничего подобного той интенсивности и самостоятельности, с которой справедливость потребительских договоров проверяли с 1970-х гг. немецкие суды в рамках режима контроля стандартных условий, во французской судебной практике не наблюдалось.

Ситуация изменилась лишь в 1991 г., когда Кассационный суд Франции наконец решился допустить возможность применения критериев несправедливости условий договора, содержащихся в Законе 1978 г., непосредственно судами без санкции со стороны Государственного совета[1]. Это преобразовало административный механизм контроля несправедливых условий договоров в частноправовой и превратило его из контроля ex ante в полноценный контроль ex post, сблизив французскую модель с правовым режимом контроля справедливости договорных условий в Германии. Французские суды получили право не признавать явно несправедливые условия потребительских договоров и договоров с «непрофессионалами».

В настоящее время положения *Loi Scriviner* воспроизведены в Потребительском Кодексе (*Code de la consummation*) 1993 г. (ст. L.132.1–L.132.5), который является кодификацией всех действующих во Франции законов, направленных на защиту прав потребителей. Судебная практика по ex post контролю несправедливых договорных условий в договорах с потребителями теперь опирается на соответствующие положения данного Закона.

Этот французский опыт характерен тем, что наглядно показал бесперспективность попыток в новых экономических условиях избежать контроля судами справедливости договорных условий ex post. Это обусловлено отсутствием гибкости в деятельности законодательных и исполнительных органов, косностью и бюрократичностью их деятельности, обусловливающими неспособность оперативно реагировать на многообразие возможных злоупотреблений, возникающих в современном динамичном гражданском обороте. Неизбежное падение бюрократической модели контроля справедливости договорных условий лишний раз подтвердило эффективность «синергии» законодательного регулирования и основанного на нем судебного контроля, конкретизирующего оценочные положения законодательства о справедливости договорных условий для каждого конкретного случая.

Потребительский кодекс в ст. L.132.1–L.132.5 закрепил ряд специальных норм о признании судом недействительными несправедливых условий договоров с потребителями и непрофессионалами.

1. Несправедливым признается условие, включенное в договор между предпринимателем и потребителем или «непрофессионалом» и со-

[1] Dècision Lorthioir, Cour de Cassation Civile lère 14.05.1991, Recueil de jurisprudence Dalloz // Jurisprudence 1991. 449.

здающее в ущерб последним существенный дисбаланс прав и обязанностей сторон.

2. Данный режим не распространяется на сугубо предпринимательские договоры, где каждый из контрагентов является «профессионалом». Понятие «непрофессионал» толкуется судами с учетом конкретных обстоятельств дела. Так, в одном из дел Кассационный суд признал применимыми правила Потребительского кодекса о недействительности несправедливых условий к компании, заключившей договор с поставщиком системы сигнализации из-за явной информационной асимметрии[1], в то время как в другом деле пришел к обратному выводу применительно к типографии, заключившей договор энергоснабжения с национальным энергетическим монополистом[2]. Как бы то ни было, судя по всему, применение судебной дискреции при оценке справедливости сугубо коммерческих договоров на основании норм Потребительского кодекса во французском праве значительно более ограничено, чем применение к коммерческим организациям правил о стандартных условиях ГГУ.

3. Некоторые несправедливые условия может признать ничтожным ex ante своим декретом Государственный совет. В остальных случаях спорное условие может быть признано судом ничтожным.

4. При оценке несправедливости спорного условия суд учитывает конкретные обстоятельства заключения договора, его содержание в целом, условия другого взаимосвязанного договора и другие факторы. Таким образом, во Франции был воспринят контекст-ориентированный подход к выявлению несправедливых условий.

5. Данный режим контроля справедливости не распространяется на условия об основном предмете договора и цене, если такие условия выражены ясным и понятным языком.

6. В Кодексе содержится неисчерпывающий перечень условий («серый» список), которые могут быть среди прочего оценены судом как несправедливые с учетом конкретных обстоятельств дела.

7. Условие, признанное несправедливым в контексте применения норм Потребительского кодекса, считается ничтожным ab initio и не

[1] Согласно данному решению (1987 г.) было признано, что агент по операциям с недвижимостью, заключивший договор на установку сигнализации в своем офисе, может рассчитывать на применение потребительского законодательства, поскольку заключенный договор находился за рамками его профессиональной компетенции. По мнению суда, агент, будучи специалистом в сфере операций с недвижимостью, не является специалистом в области охранных систем и потому не мог осознавать в полной мере условия договора и последствия их применения. Условие договора, ограничивающее ответственность исполнителя, было пересмотрено на основе норм потребительского законодательства о несправедливых условиях договора (Cour de Cassation Civile lère 28.04.1987. D. 1988. 1).

[2] *Beale H.*, *Hartkamp A.*, *Kotz H.*, *Tallon D.* Cases, Materials and Text on Contract Law. 2002. P. 25, 529.

требует подачи от «жертвы» ни односторонних заявлений (как в Голландии), ни тем более каких-либо исков.

Во французском ГК нет правил о кабальных сделках или сделках, заключенных посредством злоупотребления обстоятельствами, аналогичных нормам скандинавского, немецкого или голландского законодательства. ФГК в ст. 1112–1114 говорит лишь о возможности оспаривания договора, заключенного под принуждением (violence). В классическом понимании данной доктрины для оспаривания требуется некое активное действие со стороны одного из контрагентов, нацеленное на принуждение другого к заключению договора. Тем не менее, как уже отмечалось, иногда суды интерпретируют доктрину violence как допускающую оспаривание договора, вынужденно заключенного одним из контрагентов на крайне несправедливых условиях в силу стечения тяжелых обстоятельств, состояния личной зависимости или злоупотребления доверительными отношениями. Например, подобные решения выносились судами в отношении договоров, заключенных в ситуации, требующей неотложного спасения терпящего бедствие судна, а также трудовых договоров на крайне несправедливых условиях, например, договор, заключенный работником в силу острой нужды в деньгах, вызванной тяжелой болезнью его ребенка. Тем не менее, как отмечается в литературе, ни позиция научной доктрины, ни судебная практика в отношении допустимости столь расширительной интерпретации норм ФГК о принуждении до сих пор не устоялись, а суды в последние годы достаточно сдержанны в применении доктрины violence для оспаривания кабальных сделок[1]. Иначе говоря, здесь мы имеем еще одно проявление нежелания французской правовой системы делегировать судам широкую компетенцию по оценке справедливости заключенных договоров.

Следует также отметить, что некоторые конкретные виды договорных условий подчиняются специальному режиму контроля справедливости. Это относится прежде всего к условию о договорной неустойке. Как уже отмечалось в т. 1 книги, данное условие долгое время французские суды контролировать не могли в силу того, что в ФГК на волне возвышения идеологии laissez-faire был закреплен принцип неснижаемости неустойки. Но с 1975 г. французские суды получили право снижать несоразмерные неустойки, а с 1985 г. им было даровано право делать это даже без ходатайства должника (законы от 9 июля 1975 г. № 75-597 и от 11 октября 1985 г. № 85-1097). Сейчас этот инструмент ex post контроля урегулирован в абз. 2 ст. 1152 ФГК.

Современная французская судебная практика показывает, что в случае очевидности отсутствия каких-либо убытков у кредитора суд может

[1] Подробнее см.: *Nicholas B.* The French Law of Contract. Oxford, 2003. P. 108–110.

снизить размер неустойки до вовсе символичной суммы (например, до одного евро)[1]. Иногда Кассационный суд Франции в таких случаях вовсе аннулировал неустойку[2]. Таким образом, главное, что делает суд, это соизмеряет неустойку с тяжестью негативных последствий нарушения и убытками кредитора в первую очередь. Одновременно, как указывается в литературе, французские суды при принятии решения о снижении неустойки учитывают и другие факторы, такие как неравенство переговорных возможностей, финансовые возможности нарушителя, добросовестность в его поведении и др.[3] Тем не менее размер фактических убытков остается основным критерием: суд не может снизить неустойку ниже уровня фактических убытков кредитора. Более того, после реформы 1975 г. Кассационный суд иногда замечал, что суд не должен снижать неустойку даже до размера фактических убытков, так как это лишает неустойку смысла[4]. Детали подробно регламентированы в судебной практике Франции[5].

Воплощение такого подхода привело к некоторому размыванию основных отличий между неустойкой и общим режимом взыскания доказанных убытков. Как отмечалось в литературе, как только суд получает право модифицировать размер неустойки, он начинает его использовать независимо от истинной воли сторон, и единственным критерием, который де-факто остается в качестве ориентира, – это размер реальных убытков[6]. Такое развитие подвигло ряд французских цивилистов заявить, что реализация реформ 1975 и 1985 гг. привела к «смерти» института классического clause pénale[7]. Теперь размер неустойки является предметом судебного ex post контроля.

Кроме того, французское антимонопольное законодательство предусматривает недопустимость злоупотребления доминирующим положением и экономической зависимостью контрагента, в том числе при согласовании договорных условий (ст. L420-1 и L420-3 Коммерческого кодекса Франции). Согласно данному регулированию любой договор или договорное условие, возникшие в результате таких злоупотреблений, являются ничтожными (ст. L420-3).

---

[1] Cass. Com. 13 March 1979. Gaz. Pal. 1979 2, 243 (решение приводится по: Marsh P.D.V. Comparative Contract Law. England, France, Germany. 1996. P. 331).

[2] *Mattei U.* The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts // 43 The American Journal of Comparative Law. 1995. P. 436, 437.

[3] *Miller L.* Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study // 53 International and Comparative Law Quarterly. 2004. P. 91.

[4] Ibid. P. 91, 92.

[5] *Nicholas B.* The French Law of Contract. Oxford, 2002. P. 236.

[6] *Mattei U.* The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts // 43 The American Journal of Comparative Law. 1995. P. 437.

[7] Ссылки на ряд подобных статей см.: *Miller L.* Penalty Clauses in England and France: A Comparative Study // 53 International and Comparative Law Quarterly. 2004. P. 88.

В общем и целом можно отметить, что во французском праве реализована многокомпонентная модель судебного контроля справедливости договоров, но при этом французское право намного позже пришло к неизбежности предоставления судам широкой компетенции по ex post оценке справедливости договоров и до сих пор, судя по всему, реализует эту задачу менее интенсивно, чем немецкое, голландское или скандинавское право.

Английская модель

Механизм судебного контроля над справедливостью договорных условий, используемый в Англии, также значительно отличается от того, что можно наблюдать в немецком, голландском или скандинавском праве.

Во многом эта специфика связана с историческими особенностями развития английского договорного права в последние два века. До XIX в. английские суды (особенно суды справедливости) в ряде случаев осуществляли контроль справедливости договорных условий и цен договора в частности. Но к середине XIX в., по мере утверждения волевой теории и ценностей laissez-faire, судебный контроль справедливости условий договора хотя и не исчез, но стал значительно менее интенсивным. В этот период Англия являлась одной из стран, в которых идеалы экономического либерализма и свободы договора нашли наиболее благодатную почву. Поэтому принцип «святости договора» был одним из доминирующих на протяжении всего XIX в. Такой формализм в определенной степени компенсировался в рамках права справедливости, основная функция которого и состояла в том, чтобы защищать содержательную справедливость в случаях, когда формальное общее право этот аспект игнорировало. Но после слияния общего права и права справедливости в конце XIX в. этот ресурс обеспечения гибкости права был в значительной степени утрачен[1].

В первой половине XX в. неизбежность точечных ограничений договорной свободы стала достаточно очевидной. Но консенсус правового сообщества, как и во Франции, состоял в том, что такие ограничения, отступающие от сложившейся в общем праве идеологии договорной свободы, должны быть оформлены в виде специальных статутов. Делегирование широкой компетенции по ex post оценке справедливости договорных условий судам общего права не считалось естественным и необходимым.

Английское право в XX в. в целом крайне неохотно шло на расширение сферы судебного усмотрения в деле ограничения договорной

[1] General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification / Ed. by S. Grundmann and D. Mazeaud. 2006. P. 9, 61.

свободы и на формирование общих критериев несправедливости договорных условий. Даже когда в послевоенные годы в других европейских странах и США все мощнее разворачивалась тенденция делегирования судам функции по ex post контролю справедливости договорных условий, английские законодатели и суды не желали столь же открыто выступать против принципа свободы договора и вводить в оборот общие доктрины вроде недобросовестности условий, неравенства переговорных возможностей и т.д.

Некоторые подвижки наметились только к 1970-м гг., когда на волне возвышения идеологии государства «всеобщего благосостояния» английский законодатель решился расширить компетенцию судов по оценке справедливости договорных условий. Тем не менее сила инерции и нежелание расшатывать договорные связи привели к тому, что созданная система была достаточно фрагментарна и затрагивала лишь отдельные виды договорных условий. В результате регулирование проблематики судебного контроля справедливости договоров в английском праве нельзя назвать системным и последовательным. Прогресс в деле универсализации системы ex post контроля наметился только в 1990-е гг. под воздействием давления со стороны ЕС. Но данное законодательство распространилось только на судебный контроль потребительских договоров. Кроме того, принятие этого нового законодательства не устранило старое, что порождает некоторые пограничные конфликты и в целом некоторую несистемность регулирования данной проблематики.

Из каких же элементов сейчас состоит английская модель контроля справедливости договорных условий?

В 1974 г. был принят специальный закон о потребительском кредитовании (Consumer Credit Act). Согласно данному Закону (после обновления в 2006 г. – ст. 140A–140D, до этого – ст. 137–140) суды получили право ограничивать автономию воли в части несправедливых условий потребительского договора кредита. Согласно действующей редакции этого статута английский суд, в частности, получил право по заявлению или просьбе заемщика (или поручителя) не признавать те или иные условия договора или даже изменять их, если признает, что они порождают несправедливое по отношению к должнику правоотношение[1].

В том же году, когда вступил в силу немецкий Закон о регулировании общих условий сделок (в 1977 г.), в Англии был принят Закон о несправедливых условиях договора (*Unfair Contract Terms Act, UCTA*). Название этого Закона способно ввести в заблуждение, поскольку не соответствует в полной мере его содержанию[2]. В отличие от достаточно

[1] http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/14/section/19

[2] См., напр.: *Goode R.* Commercial Law. 3rd ed. Penguin Books, London, 2004. P. 97; *Beatson J.* Anson's Contract Law. P. 185.

широкой сферы действия (хотя и отнюдь не универсальной) немецкого Закона о регулировании общих условий сделок под действие английского закона со столь многообещающим названием подпадали только договорные условия, которые ограничивают (*limitation clauses*) или исключают ответственность (*exemption clauses*) контрагента.

Некоторые виды подобных оговорок данным Законом было запрещено включать в любые договоры (ex ante императивные нормы), в то время как другие могли быть признаны недействительными, если они были включены в договор с потребителем или в договор, заключенный на стандартных условиях, и не соответствовали требованиям разумности (инструменты ex post контроля).

Многие правила о контроле справедливости договорных условий закреплены в UCTA только в отношении отдельных видов договоров (в первую очередь договора купли-продажи) и не применяются к другим. Такие нормы иногда применяются судами по аналогии и к тем договорам, которые не подпадают в сферу действия закона[1]. Тем не менее эта пестрота регулирования лишь усугубляет фрагментарность данного Закона.

Несколько позднее, в 1994 г., был принят Закон о несправедливых условиях в договорах с потребителями (*Unfair Terms in Consumer Contract Regulations, UTCCR*). В 1999 г. он был заменен новым законом с аналогичным названием. Данный Закон был принят в связи с необходимостью имплементации в английское законодательство положений европейской Директивы о несправедливых условиях потребительского договора, принятой в 1993 г. Его основная идея – делегация судам права ограничивать свободу потребительских договоров в случае выявления в них явно несправедливых договорных условий.

Сфера действия Закона 1999 г. уже не ограничена контролем лишь условий, ограничивающих или исключающих ответственность, и распространяется на все остальные условия, кроме предмета договора (*main subject matter of the contract*) и размера цены. При этом данный Закон дает судам возможность контролировать справедливость только договоров с потребителями. Принятие этого Закона при сохранении UCTA и Закона о потребительском кредитовании повлекло существование в Англии нескольких различных правовых режимов контроля над несправедливыми условиями договора, действие которых создает традиционную для английского права пестроту и некоторую бессистемность регулирования, признаваемую в последнее время английскими юристами и провоцирующую разработку проекта реформы[2].

[1] Chitty on Contracts. P. 635, 680.

[2] Проект такого закона разработан законодательными комиссиями Англии и Шотландии: The Law Commission Consultation Paper No 166 and Scottish Law Commission Consultation Paper No 119. Unfair Terms in Contracts – A Joint Consultation Paper (2002).

При этом в английском праве фактор стандартизации условий имеет гораздо менее важное значение, чем в праве Германии или Голландии. UCTA лишь в части некоторых условий, ограничивающих или исключающих ответственность, связывает возможность контроля справедливости этих договорных условий с их стандартизированным характером[1]. UTCCR и Закон о потребительском кредитовании же в целом игнорируют стандартизированность договорных условий как самостоятельный критерий, привязывая контроль исключительно к потребительскому характеру контракта. Безусловно, большинство потребительских договоров носит стандартизированный характер. Но далеко не все стандартизированные договоры являются потребительскими. Соответственно многие стандартные договорные условия, включенные в непотребительские договоры, которые в силу аналогичного немецкого и голландского законодательства могли бы быть предметом интенсивного судебного контроля, выпадают из сферы контроля на предмет справедливости в английском праве.

Представляет интерес то, как английские суды интерпретируют понятие «потребитель», которое с учетом положений UCTA и особенно UTCCR имеет намного большее значение, чем критерий стандартности условий. Согласно UCTA в качестве потребителя может выступать не только физическое лицо, приобретающее товар исключительно для удовлетворения собственных бытовых нужд, но и предприниматель, если он в отличие от своего контрагента заключает данный договор не в ходе осуществления своей предпринимательской деятельности (*in the course of a business*)[2]. В качестве оснований для применения к предпринимателю предусмотренной в UCTA потребительской защиты от не-

[1] Как отмечено в одном из судебных решений, для того чтобы признать условия договора стандартными, необходимо, чтобы они рассматривались в качестве таковых стороной, которая их использует, и чтобы она обычно заключала договоры с использованием таких условий См.: Chester Grosvenor Hotel Co Ltd. v. Alfred McAlpine Management Ltd. 56 Build LR 115 (1991). В доктрине под стандартными понимаются условия, либо разработанные самим предпринимателем для последующего использования в договорах со своими клиентами, либо инкорпорированные в договор путем отсылки к условиям, разработанным ассоциациями производителей в данной сфере экономики. См.: *Beatson J*. Anson's Contract Law. P. 5, 163.

[2] В одном из судебных решений Апелляционного суда Англии коммерческая компания, заключившая договор купли-продажи автомобиля для его использования в личных и служебных целях руководящим составом компании, получила для целей применения UCTA статус потребителя. Суд признал, что договор был заключен не в процессе осуществления этой компанией своей основной предпринимательской деятельности и, применяя положения, относящиеся к защите прав потребителей, признал условие договора, исключающее ответственность продавца за качество товара, ничтожным изначально (R&B Customs Brokers Co Ltd v. United Dominions Trust Ltd, 1 WLR 321[1988]). Данный подход был использован также и в деле Feldaroll Foundry Plc v. Hermes Leasing (London) Ltd. [2004] EWCA Civ 747.

справедливых условий используется критерий несоответствия данного договора обычной хозяйственной деятельности такого предпринимателя, его «случайный», нерегулярный в отношении этого контрагента характер и, напротив, заключение данного договора другой стороной, в чью пользу соответствующая оговорка об ограничении или исключении ответственности включена, в ходе своей обычной предпринимательской деятельности[1]. В то же время сфера действия UTCCR в отличие от UCTA распространяется только на тех потребителей, которые являются физическими лицами, действующими в целях, не связанных с предпринимательской деятельностью или профессией.

Конфликт этих двух законов в контексте субъектного состава сделок, подпадающих под контроль справедливости, повлек появление проекта закона, подготовленного законодательными комиссиями Англии и Шотландии, где предлагается унифицировать сферу действия обоих законов, предоставив защиту от любых несправедливых условий (кроме условий о предмете договора и цене) в том числе и малым предпринимателям подобно тому, как это имеет место в Голландии. Мотивируется это тем, что в ряде случаев отсутствуют различия между малым предпринимателем и потребителем с точки зрения их переговорных возможностей и степени владения информацией[2]. При этом круг предпринимателей, попадающих в сферу действия данного Закона, предполагается ограничить теми, в штате которых состоит девять и менее сотрудников при условии, что они не являются частью группы компаний и сумма сделки не превышает 500 тыс. фунтов[3].

Сам механизм контроля справедливости условий согласно UCTA и UTCCR в целом похож на то, как аналогичные инструменты регулируются немецким, голландским и французским правом. Положительно решив вопрос о том, что условие, ограничивающее или исключающее ответственность, в силу четко разработанных правил «инкорпорации» стало частью договора, суд может подвергнуть его контролю на предмет справедливости.

Согласно данным законам предусмотрена контекст-ориентированная модель оценки справедливости. Так, в числе указанных в UCTA критериев, которые суды должны учитывать при применении теста на разумность в отношении договоров купли-продажи, сопоставимость пере-

[1] *McKendrick E.* Contract Law. Text, Cases and Materials. 2nd ed. Oxford, 2005. P. 479. Судебная практика знает и примеры сдержанного отношения судов к признанию коммерсантов потребителями для целей применения UCTA (см.: *Stevenson v.* Rogers, 2 WLR 1064 [1991]).

[2] Law Commission Consultation Paper No 166 and Scottish Law Commission Consultation Paper No 119. Unfair Terms in Contracts – A Joint Consultation Paper (2002). P. 135.

[3] Law Commission and Scottish Law Commission, Unfair Terms in Contracts Law Com Report No 292 Cm (2005) P. 88–92.

говорных возможностей (*bargaining power*) сторон; наличие у покупателя стимула к принятию соответствующего условия (например, более низкая цена); возможность приобретения товара в другом месте без включения соответствующего условия в договор; вероятность ознакомления покупателя с содержанием спорного условия и некоторые другие. Перечень данных критериев не является исчерпывающим, поскольку столь сложный вопрос, как разумность включения условия, ограничивающего или исключающего ответственность, предполагает наличие гибкости при его разрешении[1]. Важность каждого критерия определяется судьей самостоятельно, причем вышестоящие суды, рассматривая данный вопрос как вопрос факта, крайне неохотно идут на пересмотр решений суда первой инстанции о разумности или неразумности того или иного условия[2].

В случае признания договорного условия несправедливым как не прошедшим тест на разумность оно признается недействительным. Английский суд, так же как немецкие и голландские суды и в отличие от скандинавских судов, не наделен полномочиями по изменению такого условия. Например, суд не может «переписать» условие, ограничивающее ответственность определенной суммой, повысив размер данной суммы до «справедливого» размера[3].

При этом в отличие от Германии, Голландии и Скандинавских стран в английском праве не сложилась универсальная доктрина кабальности или злоупотребления обстоятельствами. Тем не менее некоторые из тех случаев, которые дают континентально-европейским судам право контролировать условия кабальных договоров, могут стать поводом для вмешательства и английских судов в рамках ряда различных доктрин.

Так, сложилась достаточно устойчивая практика ограничения свободы договора в случаях, когда одна из сторон при заключении договора злоупотребила доверительными, фидуциарными отношениями с контрагентом или его зависимым положением. В таких случаях суды используют доктрину «недолжного влияния» («undue influence»). В рамках данной доктрины, вытекающей из права справедливости, суды исходят из того, что сделка может быть подвергнута судебному контролю, если одна из сторон злоупотребила положением, при котором она могла настолько сильно повлиять на состояние ума и осознанное решение контрагента заключить договор, что это лишает согласие последнего независимости и влечет включение в договор несправедливых, с учетом конкретных обстоятельств, условий (условий, «взывающих к объяснению»). Суды исходят из того, что наличие «недолжного влияния» име-

[1] *Beatson J.* Anson's Contract Law. P. 195.

[2] *McKendrick E.* Contract Law. Text, Cases and Materials. 2nd ed. Oxford, 2005. P. 473.

[3] Chitty on Contracts. Vol. 1: General Principles. 29th ed. London, 2004. P. 848.

ет место в ситуации, когда (1) между сторонами имелись доверительные, фидуциарные отношения и при этом (2) условия договора являются явно несправедливыми и не могут быть объяснены допустимыми с этической точки зрения мотивами. Одновременно в праве выделяется достаточно четкий перечень случаев, когда наличие доверительных отношений настолько очевидно, что суды должны исходить из опровержимой презумпции наличия доверительных отношений (например, сделки между родителями и детьми, опекуном и подопечным, пациентом и врачом, клиентом и адвокатом и т.п.).

В ситуациях, применительно к которым прецедентное право не ввело вышеуказанную презумпцию, лицо, желающее оспорить договор, должно доказать наличие доверительных отношений. В этих случаях суды оценивают все обстоятельства дела с целью выявления факторов, указывающих на недобросовестную эксплуатацию одной из сторон сложившихся доверительных отношений. При этом суды допускают, что «недолжное влияние» может быть оказано не контрагентом, а третьим лицом при условии, что последнее действовало как агент контрагента или контрагент знал о таком влиянии и воспользовался этим обстоятельством (например, применительно к договору поручительства перед банком, заключенным родственником заемщика)[1].

Кроме того, в английской судебной практике имеются примеры успешного оспаривания судами сделок, при заключении которых сильная сторона навязала контрагенту явно несправедливые условия, используя его «бедность и неопытность». В данных случаях суды применяют доктрину «недобросовестного использования преимуществ» («unconscionable advantage taking»)[2].

В то же время возможности оспаривания английскими судами договоров, заключенных при стечении тяжелых обстоятельств, достаточно ограниченны. Пожалуй, редкими исключениями являются случаи заключения договора, связанного со спасением терпящего бедствие судна[3].

Наконец, не следует забывать, что английские суды осуществляют надзор за справедливостью договорных условий о неустойке. Согласно зародившейся в недрах права справедливости в XVI–XVII вв., а затем кристаллизованной к началу XX в. судебной практики английский суд признает ничтожным условие о неустойке, если будет очевидно, что цель ее согласования состояла в стимулировании должника к исполнению договора, а не в попытке согласовать расчет вероятных убытков кредитора. Если суд признает, что неустойка носила устрашающий ха-

[1] Подробнее о доктрине недолжного влияния см.: Chitty on Contracts. Vol. 1: General Principles. 29th ed. London, 2004. P. 624ff.

[2] Ibid. P. 661ff.

[3] Ibid. P. 661.

рактер (in terrorem), он не придаст такому условию юридическую силу. Условие о таком штрафе (penalty) считается недопустимым. Если же суд верит в то, что стороны реально производили расчет предвидимых убытков, то он признает и такое условие не penalty, а заранее оцененными убытками (liquidated damages), и юридическую силу такого условия. Данная доктрина, детали которой мы вынуждены опустить, является вариантом ex post контроля в силу того, что окончательная квалификация спорного условия в качестве незаконной penalty или законных liquidated damages осуществляется по усмотрению суда, который, безусловно, учитывает справедливость его содержания[1].

Во многих вышеприведенных частных доктринах нетрудно увидеть, что суды де-факто придают важное значение принципам добросовестности и справедливости. Тем не менее английское право пока так и не решилось шагнуть в сторону обобщения и индуцировать из этих отдельных инструментов контроля справедливости договора принцип добросовестности (или справедливости) в качестве универсального ограничения свободы договора.

Английская судебная практика отвергла попытки отдельных судей (например, лорда Деннинга в 1975 г. в решении по делу Lloyds Bank Ltd v. Bandy) ввести подобного рода общую норму, допускающую судебный контроль справедливости договорных условий, навязанных стороне со слабыми переговорными возможностями. Другие суды после появления решения по делу Lloyds Bank Ltd v. Bandy высказали сомнение в целесообразности окончательного утверждения данной доктрины[2]. В конце концов Палата лордов в решении 1985 г. по делу National Westminster Bank Plc v. Morgan «опрокинула» эту новацию Деннинга. Она исходила из того, что за рамками устоявшихся доктрин (таких, как доктрины ограничения неустоек, «недолжного влияния» или недобросовестной эксплуатации «неопытности и бедности») суды, по крайне мере там, где законодатель им такую компетенцию не делегировал, столь активно расширять практику патерналистского контроля справедливости договора не должны. Неравенство переговорных возможностей Пала-

[1] Подробнее см.: Chitty on Contracts. 30th Ed. Vol. I: General Principles. 2008. P. 1681ff; *Beatson J.* Anson's Law of Contract. N.Y., 1998. P. 587; *Treitel G.H.* The Law of Contract. 2003. P. 1000.

[2] В 1984 г. в решении по делу Alec Lobb (Garages) Ltd. v. Total Oil (Great Britain) Ltd. лорд Диллон указал, что лорд Деннинг не учел того, что неравенство переговорных возможностей присутствует практически в любой сделке. Поэтому контроль справедливости договорных условий может быть допущен только в исключительных случаях, когда соображения общей справедливости требуют ограничить право сильного «прижимать слабого к стенке». Подробнее см.: *Angelo A.H., Ellinger E.P.* Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States // 14 Loyola L.A. International and Comparative Law Journal. 1991–1992. P. 468–470; Chitty on Contracts. Vol. 1: General Principles. 29th ed. London, 2004. P. 668.

та лордов посчитала слишком неопределенным критерием, допускающим неоправданно высокую степень судебного усмотрения.

Как мы видим, в целом английский подход к контролю над справедливостью договорных условий характеризуется достаточной осторожностью и избирательностью. При этом важное отличие английского права состоит не столько во фрагментарности законодательного регулирования и не столько в осторожности использования судами сложившихся в прецедентном праве доктрин, сколько в нежелании английского права предоставлять судам права на универсальный контроль справедливости договорных условий в случаях, не попадающих в сферу действия данных законов и специальных доктрин.

При наличии в английском законодательстве аналога ст. 6:248 ГКН или § 36 Скандинавского закона о контрактах или при активном применении судами в патерналистских целях норм о добрых нравах и добросовестности[1] (как то имеет место в Германии) недостаточность и фрагментарность существующей в Англии системы ex post контроля не ощущались бы столь остро. Как мы помним, эти признанные в Германии, Голландии или Скандинавских странах универсальные инструменты для коррекции договорной свободы выполняют там функцию по дополнению специальных режимов ex post контроля стандартизированных, потребительских или кабальных договоров и дают суду основания не признать явно несправедливое условие и в тех случаях, которые соответствующими специальными режимами не охватываются. В английском же праве этот инструмент для коррекции свободы договора последней инстанции не закреплен ни в законе, ни на уровне судебной практики. Английские суды побоялись даже использовать гораздо менее универсальную доктрину судебного контроля справедливости договоров, заключенных при неравенстве переговорных возможностей, предложенную лордом Деннингом. Это обстоятельство достаточно показательно как иллюстрация различной степени допустимой автономии воли сторон и правомочий суда ее ограничивать в патерналистских целях.

Эта осторожность в делегации судам права контролировать справедливость договорных условий сближает английское право с французским.

В результате в английском праве формируется высокий уровень стабильности договоров и уважения к автономии воли сторон. Это обеспечивает для английского договорного права статус наиболее либерального. Во второй половине XX в. наметилась некоторая тенденция к более активному судебному контролю справедливости договоров, но, как мы видели, в последние годы эта тенденция развития не получила, и суды

[1] Английское право до сих пор крайне осторожно относится к перспективам рецепции общеевропейского принципа добросовестности как общего принципа частного права.

отчасти вернулись к более уважительному отношению к свободе договора (особенно в отношении сугубо коммерческих договоров)[1]. Это в свою очередь является одной из ряда причин, обеспечивающих приток под английскую юрисдикцию крупных коммерческих сделок со всего мира (и особенно из России, где преобладает другая крайность и автономия воли сторон сугубо коммерческого договора попирается явно избыточно). Но эта же особенность приводит и к тому, что степень защиты интересов слабой стороны договора (особенно если ею является коммерсант) в Англии намного меньше, чем в ряде других развитых стран.

Таким образом, реализованная в Англии многокомпонентная модель судебного контроля справедливости договорных условий отличается низкой интенсивностью.

§ 4. Соединенные Штаты Америки

В отличие от рассмотренных выше европейских стран в США реализована принципиально иная модель контроля справедливости договорных условий. Вместо арсенала различных инструментов, обеспечивающих ту или иную степень интенсивности судебного контроля справедливости договора, здесь в этих целях в подавляющем большинстве случаев используется единый универсальный инструмент – доктрина недобросовестности (unconscionability).

Эта доктрина в столь общем виде была закреплена в § 2-302 ETK, в соответствии с которым суд получил право в случае выявления недобросовестных условий договора отказать в принудительном исполнении договора в целом или самих этих условий, а также ограничить их применение, с тем чтобы избежать недобросовестного результата (т.е. по сути модифицировать спорное условие).

По универсальности своего потенциала это положение сопоставимо с положением ст. 6:248 ГКН и § 36 Закона о контрактах Скандинавских стран. Данная новелла ETK была одной из первых попыток введения столь универсального прямого патерналистского инструмента для коррекции договорной свободы на уровне современной кодификации и откровенным разрывом с консерватизмом английского договорного права. Тот рубикон, который до сих пор не решилось перейти английское право, был в середине XX в. решительно перейден правом американским.

При этом, безусловно, данная новация опиралась на прежний опыт английских и американских судов по контролю справедливости договорных условий. Единообразный торговый кодекс универсализировал и кодифицировал доктрину недобросовестности договорных условий,

[1] Chitty on Contracts. Vol. 1: General Principles. 29th ed. London, 2004. P. 661.

которая хотя и не признавалась в столь широком виде англо-американским правом ранее, но подразумевалась в отдельных специальных доктринах общего права (например, «недолжное влияние», запрет на договорные неустойки и т.п.).

Несмотря на то что попытки обеспечивать справедливость договорных условий на основе их ex post оценки судами встречались в американской судебной практике и до введения § 2-302 ETK, прежде суды были лишены твердой нормативной базы при обосновании таких решений за строго ограниченными рамками признанных специальных доктрин, использовали «непрямые» инструменты контроля и в целом были достаточно сдержанны в контроле справедливости договорных условий (особенно в XIX в.). Только благодаря § 2-302 ETK американским судам была предоставлена возможность делать то, что они делали до этого без необходимости применения различных аргументационных ухищрений[1]. В официальном комментарии к ETK говорится о том, что основной целью данной статьи является предоставление суду законного основания для осуществления контроля за недобросовестными договорными условиями. Параграф 2-302 позволяет суду ставить вопрос о добросовестности договора или его части напрямую, более не используя обходные пути вроде различного рода махинаций с правилами об оферте и акцепте, методами толкования или признания таких условий противоречащими публичному порядку. Как отмечал Карл Ллевеллин, лидер движения американских правовых реалистов, один из главных «архитекторов» ETK и инициатор введения данной нормы, «скрытые инструменты никогда не являются надежными» («*covert tools are never reliable tools*»)[2].

В условиях послевоенного роста популярности идеологии государства «всеобщего благосостояния» неудивительно, что появление данной новеллы сразу же сказалось на интенсивности судебного контроля справедливости договорных условий, а сама статья стала активно использоваться судами[3].

Итак, попытаемся подробнее разобраться в механике применения данного инструмента ограничения свободы договора.

Положения § 2-302 ETK имеют максимально широкую сферу действия:

1) они применимы ко всем условиям договора независимо от того, являются ли они стандартными или индивидуально согласованными. Любопытно, что в ранних проектах § 2-302 ETK было прямо предусмотрено, что она применима именно к недобросовестным условиям, со-

[1] *Goldberg G.* Arbitration of Claims of Contract Unconscionability // North Dakota Law Review. 1979–1980. № 56. P. 12.

[2] *Llevellyn K.* The Common Law Tradition. Boston, 1960. P. 365.

[3] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 33.

державшимся в стандартных формах[1]. Именно злоупотребления, возникающие при использовании стандартных условий, выступили основным стимулом для разработки § 2-302 ЕТК, что видно и из подборки судебных решений, приведенных в официальном комментарии к данной статье в качестве иллюстрации (в большинстве решений речь шла именно о стандартных условиях). Более того, и сейчас значительная часть судебных споров, связанных с применением данной статьи, возникает именно в отношении стандартных условий договора[2]. Стандартизированный характер договорных условий повышает вероятность успешного применения доктрины недобросовестности. Суды контролируют как стандартизированные, так и не стандартизированные договоры, но использование стандартных проформ увеличивает шансы на то, что условия договора не будут судом применены[3].

Тем не менее в окончательном тексте ЕТК отсылка к стандартизации условия была опущена. Выбор был сделан в пользу унитарной модели ex post контроля справедливости договора и соответственно в пользу создания максимально универсального инструмента такого контроля;

2) сфера применения данного правила ЕТК не имеет ограничений по кругу лиц и может применяться как в отношении договоров с участием потребителей, так и в отношении предпринимательских договоров[4]. При этом, как отмечается, около 40% всех дел, связанных с применением § 2-302 ЕТК, были связаны с договорами, в которых обе стороны были предпринимателями[5]. Впоследствии, после возвращения в США неолиберальной экономической политики и антипатерналистской идеологии в 1980-е гг., интенсивность применения данной нормы в отношении сугубо коммерческих контрактов значительно снизилась. Современные исследования показывают, что суды в настоящее время применяют данную доктрину в защиту коммерческих компаний намного реже и достаточно осторожно. Как правило, это происходит только в ситуациях серьезного разрыва переговорных возможностей (напри-

[1] *Leff A.* Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause // 115 University of Pennsylvania Law Review. 1967. P. 492.

[2] Section 2-302 of the Uniform Commercial Code: The Consequences of Unconscionability in Sales Contracts // 63 Yale Law Journal. 1953–1954. P. 564.

[3] Современные эмпирические исследования показывают, что коэффициент успешного оспаривания по стандартизированным договорам составляет 43%, в то время как по нестандартизированным договорам этот показатель заметно ниже – 27% (см.: *DiMatteo L.*, *Rich B.L.* A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action // 33 Florida State University Law Review. 2006. P. 1097, 1098).

[4] *Mallor J.P.* Unconscionability in Contracts Between Merchants // 40 Southwestern Law Journal. 1986–1987. P. 1065, 1066.

[5] *Slawson D.* Binding Promises. Princeton University Press. 1996. P. 25.

мер, договоры с монополистами)[1]. Недавние эмпирические исследования демонстрируют, что суды соглашаются применить доктрину недобросовестности в ответ на просьбу коммерсантов лишь в 16% случаях, в то время как коэффициент успешности ссылки на данную доктрину со стороны граждан составляет 49%. Иначе говоря, у коммерсанта шансов добиться применения этого инструмента ex post коррекции примерно в три раза меньше, чем у гражданина[2];

3) несмотря на то что рассматриваемая норма расположена в главе ETK, посвященной договорам купли-продажи, суды применяют положения этой статьи и к другим типам договоров. Это связано с тем, что практически аналогичное положение под влиянием данной нормы ETK сейчас введено во второй Свод договорного права (Restatement 2nd on contracts, далее – «Свод»), который, будучи подготовлен частной организацией – Американским институтом права (American Law Institute), хотя и не является формально обязательным для участников гражданского оборота, однако обладает крайне высоким авторитетом среди юристов и судей. Параграф 208 Свода закрепляет, что «если договор или его отдельное условие являлись на момент заключения договора недобросовестными, суд вправе отказать в принудительном исполнении такого договора либо принудительно исполнить договор за исключением недобросовестного условия либо ограничить сферу действия такого условия таким образом, чтобы исключить несправедливый результат его действия»[3]. В отличие от § 2-302 ETK соответствующие положения § 208 Свода носят универсальный характер и применимы ко всем договорам. Тем самым, как отмечается в литературе, были устранены всякие сомнения в универсальности подхода, закрепленного в § 2-302 ETK[4].

Введение в американское право этого универсального инструмента оспаривания несправедливых договорных условий вызвало невиданный объем научной литературы. Публикуется все больше и больше научных статей и монографий. Ни одно другое положение ETK не вызвало столь бурных научных дебатов, которые, как это принято в современной американской правовой науке, в основном нацелены на оценку данной доктрины с политико-правовой точки зрения. Критики обвиняют Ллевеллина, инициировавшего столь мощное ограничение свободы договора и расширение судебной дискреции, во всех смертных грехах. Сторон-

[1] См.: *Barnhizer D.D.* Inequality of Bargaining Power // 76 University of Colorado Law Review. 2005. P. 216; *DiMatteo L.*, *Rich B.L.* A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action // 33 Florida State University Law Review. 2006. P. 1077.

[2] *DiMatteo L.*, *Rich B.L.* A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action // 33 Florida State University Law Review. 2006. P. 1097.

[3] Restatement of the Law, Second, Contracts. American Law Institute. 1981 (www.lexisnexis.com).

[4] Murray on Contracts. § 96 2(a).

ники же не менее активно защищают данную идею, приводя все новые и новые аргументы в пользу ее сохранения и развития[1].

Практика применения американской доктрины недобросовестности договора дала основания для выделения в американской литературе и судебной практике двух основных факторов, которые должны оцениваться судами при применении данного механизма ex post контроля. Первый касается наличия некоторых дефектов переговорного процесса (процедурный аспект данной доктрины, *procedural unconscionability*). Здесь оцениваются те различные ситуации, которые могли так или иначе повлиять на «качество» согласия стороны договора: эксплуатация явного неравенства переговорных возможностей (включая случаи эксплуатации бедности, неопытности или необразованности одной из сторон); использование недобросовестных приемов юридической техники составления договора (неоправданно мелкий шрифт, умышленно нетранспарентное и затуманенное содержание договора, попытка увести важные и необычные условия от внимания контрагента и т.п.)[2]; стандартизированный характер договора, лишающий другую сторону реальной возможности вести переговоры по его условиям («take-it-or-leave»)[3], и т.п.[4] Зачастую в одном и том же споре выявляется сразу несколько подобных процедурных дефектов, что лишь усиливает вероятность применения доктрины недобросовестности[5].

---

[1] Ср., напр.: *Leff A.* Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause // 115 U. Pa. Law. Rev. 1967. P. 485ff (критикует доктрину добросовестности из-за ее неопределенности); *Epstein R.A.* Unconscionability: A Critical Reappraisal // 18 Journal of Law and Economics. 1975. P. 293ff (критикует ее с позиции абсолюта свободы договора); *Korobkin R.* Bounded Rationality, Standard Form Contracts and Unconscionability // 70 The University of Chicago Law Review. 2003. P. 1259–1273 (поддерживает введение ст. 2-302 ETK с позиций бихевио-экономического анализа права); *Posner E.* Contract Law in the Welfare State: A Defense of the Unconscionability Doctrine, Usury Laws and Related Limitations on the Freedom to Contract // 24 J. Legal Stud. 1995. P. 283ff (защищает доктрину недобросовестности договорных условий с позиции ценностей социальной солидарности государства «всеобщего благосостояния»). Также см.: *Ellinghaus M.P.* In Defense of Unconscionability // 78 Yale Law Journal. 1968–1969. P. 757 и многие другие.

[2] Williams v. Walker-Thomas Furniture Co. 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965); Gladden v. Cadillac Motor Car Div., 416 A.2d 394 (N.J. 1980).

[3] *Looney J.W.*, *Poole A.K.* Adhesion Contracts, Bad Faith and Economically Faulty Contracts // 4 Drake Journal Agric. Law. 1999. P. 182.

[4] Подробный эмпирический отчет о сравнительной распространенности тех или иных процедурных факторов при мотивировке судебных решений, выносимых на основе доктрины недобросовестности, см.: *DiMatteo L.*, *Rich B.L.* A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action // 33 Florida State University Law Review. 2006. P. 1076.

[5] См., напр.: Weaver v. American Oil, 257 Ind. 458, 276 N. E. 2nd 144 (Ind. 1971). В данном деле суд ограничил договорную свободу, признав спорное условие недобросовестным и поэтому недействительным, поскольку оно было включено крупной компанией в договор с непрофессионалом, изложено мелким шрифтом и не содержало заглавия. Суд отметил, что «признать человека с плохим образованием обязанным по договору, подготовленному

При этом центральное значение среди этих процедурных факторов имеет фактор неравенства переговорных возможностей. При оценке сопоставимости переговорных возможностей американский суд будет принимать во внимание множество различных факторов, таких как возраст и опытность контрагентов, разрыв в их профессионализме, потребительский статус договора, рыночная власть одной из сторон, экономические возможности контрагентов, чрезвычайный характер сделки, стечение тяжелых обстоятельств и др.[1] Если сделка заключалась в ситуации, когда одна из сторон имеет значительно превосходящие переговорные позиции и лишает контрагента реальной возможности существенно влиять на содержание договора (lack of meaningful choice), суд может констатировать наличие процедурного условия для патерналистского контроля справедливости договора.

Наличие процедурного условия для применения данной доктрины дает суду право перейти к анализу второго релевантного фактора – содержательной справедливости самих договорных условий (*substantive unconscionability*). При оценке этого фактора суд определяет, насколько условия договора неразумно благоприятствуют лишь одной стороне и могут рассматриваться как неоправданное притеснение (oppression) в отношении другой[2]. Официальный комментарий к ЕТК задает критерии теста на недобросовестность. Суд должен анализировать, «являются ли договорные условия с учетом условий оборота и целей договора настолько односторонними, т.е. направленными на обеспечение интересов только одной стороны, чтобы признать их недобросовестными с учетом всех обстоятельств, существовавших на момент заключения договора»[3].

Автором выделения двух этих факторов (процедурного и содержательного) считается профессор Артур Лефф (Arthur *Leff*), который по иронии судьбы являлся одним из наиболее ярых критиков данной новеллы ЕТК[4]. Впоследствии эта классификация элементов доктрины не-

---

юристами компании American Oil, отражающему ее интересы и предложенному без возможности вести переговоры, было бы прискорбным надругательством над правосудием».

[1] Перечни факторов, которые принимаются во внимание при оценке переговорных возможностей, см.: *Korobkin R.* Bounded Rationality, Standard Form Contracts and Unconscionability // 70 The University of Chicago Law Review. 2003. P. 1259–1273.

[2] *Farnsworth A.* Contracts. 4th ed. New York, 2004. P. 301.

[3] Эмпирический анализ критериев содержательной несправедливости в практике применения американскими судами доктрины недобросовестности см.: *DiMatteo L.*, *Rich B.L.* A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action // 33 Florida State University Law Review. 2006. P. 1079.

[4] *Leff A.* Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause // 115 University of Pennsylvania Law Review. 1967. P. 485. Главным образом его критика сводилась к неопределенности критериев ее применения.

добросовестности получила широкое признание в литературе и судебной практике и сейчас является достаточно устоявшейся[1].

В большинстве случаев для признания условия недобросовестным требуется наличие как некого процедурного дефекта, так и собственно явной несправедливости самих договорных условий. Суды, как правило, прямо отмечают необходимость одновременного присутствия обоих данных условий для лишения юридической силы договора или его части[2]. Этот вывод подтверждается и недавними эмпирическими исследованиями[3].

При этом в большинстве дел, рассмотренных американскими судами с использованием § 2-302 ETK, имело место сочетание несправедливости договорных условий (содержательный фактор) и явного неравенства переговорных возможностей (процедурный фактор)[4]. Один американский судья заметил, что доктрина недобросовестности будет применена в случае, когда одновременно имело место отсутствие у одного из контрагентов сколько-нибудь значимой свободы выбора и при этом в договор включены условия неразумно одностороннего характера[5]. Если договор заключается между равными контрагентами, ни один из которых не был существенно ограничен в возможностях влияния на содержание договора, суд, как правило, отказывается проверять условия договора на предмет их справедливости и воздерживается от патернализма.

Два данных фактора (эксплуатация неравенства переговорных возможностей и несправедливость содержания договора) часто оцениваются судами по принципу сообщающихся сосудов. Это прямо закреплено в ряде прецедентных решений[6]. Чем сильнее несправедливость договорных условий, тем менее существенный разрыв в переговорных возможностях оправдывает ограничение свободы договора. И наоборот, чем очевиднее разрыв в переговорных возможностях, тем ниже порог несправедливости условий, за которые суд может применить док-

---

[1] См. об этом: Calamari and Perillo on Contracts. 5th ed. St. Paul, Minn: Thomson West, 2003. P. 381.

[2] Так, в одном судебном решении 2002 г. прямо указывается на то, что большинство судов для применения доктрины недобросовестности требует наличия обоих факторов (см.: Sitogum Holdings, Inc. v. Ropes).

[3] *DiMatteo L.*, *Rich B.L.* A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action // 33 Florida State University Law Review. 2006. P. 1098.

[4] *Eisenberg M.A.* The Bargain Principle and Its Limits // 95 Harvard Law Review. 1981–1982. P. 752.

[5] Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965). Цит. по: *Hunter R.J.*, Jr. Unconscionability Revisited: A Comparative Approach // 68 North Dakota Law Review. 1992. P. 169.

[6] См., напр.: Funding Systems Leasing Corp. V. King Louie International Inc (1979); Ilkhchooyi v. Best (1995).

трину недобросовестности[1]. В результате применения данного двухкомпонентного критерия американские суды добиваются достаточно разумной дифференциации патернализма и исключают возможность применения доктрины недобросовестности к оценке справедливости условий договоров, заключенных между крупными предпринимателями в отсутствие явного разрыва переговорных возможностей. Как заметил в 1981 г. один американский судья, данная доктрина не нацелена на освобождение опытного предпринимателя от несчастий, вызванных его собственными деловыми просчетами[2].

Случаи применения доктрины недобросовестности на основе выявления лишь процедурного фактора практически не встречаются. Но изредка при вопиющей, «шокирующей совесть» несправедливости договора суды готовы применять доктрину недобросовестности даже без наличия доказательств существования того или иного процедурного дефекта (например, неравенства переговорных возможностей)[3]. Например, эта доктрина может быть иногда применена и в отношении сделок, заключенных между гражданами в отсутствие явного дисбаланса переговорных возможностей. Гибкость соответствующих норм ЕТК и Свода договорного права допускает такой подход. Тем не менее в подавляющем большинстве случаев для успешного применения доктрины недобросовестности требуется наличие обоих факторов.

При этом, как отмечается в литературе, американские суды крайне осторожно используют доктрину недобросовестности в отношении условия о цене договора, исходя из того, что сбой в рациональности применительно к этому условию гораздо менее вероятен, а определение справедливого уровня цен крайне затруднено. Суды практически никогда не ставят под сомнение цену договора только на основании одного лишь факта ее отклонения от рыночного уровня, требуя, чтобы был доказан явный процедурный дефект (например, эксплуатация неравенства переговорных возможностей). Кроме того, на практике контроль справедливости цены на основании § 2-302 ЕКТ осуществляется в основном только в отношении потребительских договоров[4].

Как мы видим, американское право использует контекст-ориентированную модель судебного контроля справедливости договорных условий и требует от судей, желающих признать недействительным или ограни-

[1] См.: *Mallor J.P.* Unconscionability in Contracts Between Merchants // 40 Southwestern Law Journal. 1986–1987. P. 1073; *Barnes D.W.*, *Stout L.A.* The Economics of Contract Law. 1992. P. 122.

[2] Argo Welded Prods., Inc. v. J.T. Ryerson Steel & Sons, Inc., 528 F. Supp. 583, 593 (E.D. Pa. 1981).

[3] *DiMatteo L.*, *Rich B.L.* A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action // 33 Florida State University Law Review. 2006. P. 1098.

[4] *Farnsworth A.* Contracts. 4th ed. New York, 2004. P. 307.

чить то или иное несправедливое договорное условие, учета всего комплекса обстоятельств заключения договора, статус контрагентов, их переговорных возможностей и содержания договора в целом.

Из вышеизложенного также вытекает, что американское право не выделяет специально контроль стандартных условий договора, потребительских договоров и кабальных сделок в отдельные правовые режимы. Предполагается, что контролироваться должны не только стандартизированные условия, условия потребительских договоров и кабальных сделок, но любые условия любых договоров, заключаемых в ситуации явного неравенства переговорных возможностей.

Более того, если в Европе, как мы видели, ex post контроль случаев злоупотребления доминирующим положением на рынке осуществляется в рамках специального антимонопольного режима, в США суды для блокирования случаев навязывания монополистами своим клиентам несправедливых условий используют именно доктрину недобросовестности[1].

Другой особенностью американской модели контроля над несправедливыми условиями договора являются широкие полномочия, предоставляемые суду для определения судьбы несправедливого условия. Если в германо-голландской модели основным и, как правило, единственным последствием признания условия несправедливым является его ничтожность или оспоримость (по внесудебному или судебному заявлению слабой стороны договора) с замещением его диспозитивной нормой (при наличии таковой) или в некоторых случаях признание недействительным всего договора, то в США, как и в Скандинавских странах, суд может как не придать недобросовестному условию или всему договору судебную защиту, так и изменить условие с обратной силой, приведя его в соответствие с требованиями справедливости. Это может быть особенно полезно в ситуациях, когда слабая сторона не заинтересована в том, чтобы спорное условие полностью «выпадало» из договора по причине того, что без этого условия лишается смысла или теряет юридическую силу весь договор. На практике право реформулировать несправедливые условия договора, имеющееся у судов в силу § 2:302 ETK, используется достаточно редко (по некоторым статистическим данным, всего в 7% случаев успешного применения доктрины недобросовестности). Гораздо чаще суды просто не признают юридическую силу несправедливого условия[2].

Интересно, что многолетняя практика применения судами положений § 2-302 ETK не оправдала опасений некоторых ее критиков, боявшихся

[1] См.: *Marotta-Wurgle F.* Competition and the Quality of Standard Form Contracts: The Case of Software License Agreements // 5 Journal of Empirical Legal Studies. 2008. P. 447ff.

[2] *DiMatteo L.*, *Rich B.L.* A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action // 33 Florida State University Law Review. 2006. P. 1099.

дестабилизации оборота: несмотря на широкие полномочия по пересмотру договорных условий, предоставляемых данной статьей, американские суды достаточно осторожно подходят к ее применению, стараясь проявлять подобный патернализм только там, где для этого имеются серьезные политико-правовые основания[1]. Сухая статистика показывает, что эффект открытия «ящика Пандоры» вопреки многим опасениям не проявился: в период 1970–1990-х гг. коэффициент успешного применения доктрины недобросовестности в основании был стабилен[2].

В общем и целом развитие судебной практики применения § 2-302 ЕТК США привело к формированию универсального инструмента для коррекции свободы договора, в значительной степени заменяющего собой такие принятые в Европе режимы, как правила о контроле справедливости стандартизированных договоров, потребительских сделок, сделок с монополистами, а также доктрины кабальных сделок и laesio enormis.

Это не значит, что в американском праве в принципе не выделяются специальные инструменты ex post контроля справедливости договорных условий. Например, действует давно укоренившееся еще в английском праве правило об ограничении стимулирующих договорных неустоек. Тем не менее это правило, утвердившееся еще до появления ЕТК и опирающееся на соответствующий специфический пласт прецедентов, теперь часто рассматривается как частный случай применения общей доктрины недобросовестности договора[3].

В США существует множество законов в области защиты прав потребителей как на федеральном уровне, так и на уровне отдельных штатов[4]. Но большинство из них нацелено на введение тех или иных императивных норм в отношении процедуры заключения договора, раскрытия информации и содержания договоров. Если же спорное условие потребительского договора этими законами не заблокировано ex ante, судебный контроль его справедливости осуществляется на основании универсальной доктрины добросовестности, закрепленной в ЕТК и Своде договорного права.

Таким образом, в США во главе всей системы судебного ex post контроля справедливости договорных условий с середины XX в. воцарилась унитарная доктрина, сформулированная впервые в столь общем виде в ЕТК. Поэтому новые случаи ex post контроля справедливости

[1] *Angelo A., Ellinger E.* Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States // 14 Loy. L.A. International and Comparative L.J. 1991–1992. P. 503.

[2] *DiMatteo L., Rich B.L.* A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action // 33 Florida State University Law Review. 2006. P. 1100.

[3] Ibid. P. 1079.

[4] Обзор этих законов см.: *Farnsworth A.* Contracts. 4th ed. New York, 2004. P. 308.

договоров, вводимые судами после принятия § 2-302 ETK, практически во всех случаях основывались именно на ее интерпретации. В этом принципиальное отличие американской «унитарной» модели контроля справедливости договорных условий, построенной на применении в этих целях единого правового института, от европейской многокомпонентной модели, использующей в тех же самых целях целый спектр разнородных инструментов (правил о кабальности, норм о справедливости потребительских и(или) стандартизированных договоров, о злоупотреблении доминирующим положением и т.п.).

§ 5. Международные акты унификации договорного права

Европейская директива о несправедливых условиях потребительских договоров

Судебный ex post контроль справедливости договорных условий сейчас является одним из центральных вопросов европейских и международных актов унификаций договорного права. В общем и целом данные унификации признают и активно расширяют эти механизмы.

Как уже отмечалось, европейская унификация моделей ex post контроля справедливости потребительских договоров была осуществлена под влиянием *директивы ЕС 93/13/ЕЕС «О несправедливых условиях потребительских договоров»*[1]. Эта Директива имеет почти 20-летнюю историю подготовки. Начало было положено в Программе Совета Европы 1975 г., в которой на повестку дня была поставлена задача выработки специальной политики в области потребительского законодательства, направленной на защиту потребителей от злоупотреблений со стороны предпринимателей[2]. Как видно из года принятия этой Программы, подготовка предложений по практической реализации указанных задач совпала по времени с бурной законотворческой деятельностью в данной сфере целого ряда государств – членов ЕС (Германии, Англии, Франции, Скандинавских стран). Разумеется, все это затрудняло поиск консенсуса, необходимого для выработки общеевропейского подхода по данной проблеме. Как следствие положения Директивы носят во многом компромиссный характер.

Первым компромиссом является характер договорных условий, охватываемых сферой действия Директивы. К ним относятся условия, кото-

[1] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumers Contracts. Текст на англ. яз. доступен в Интернете на сайте: http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/ust01_en/pdf.

[2] Council Resolution 14.04.1975 on a Preliminary Programme of the European Community for a Consumer Protection and Information Policy // OJ C 92, 25/04/2975. P. 1.

рые не были предметом переговоров (non-negotiated contractual terms). Первоначальный проект Директивы предполагал, что все условия потребительских договоров могли подпадать под судебный контроль[1]. Представители Скандинавских стран настаивали на введении универсального контроля любых условий потребительского договора. Но в итоге были сделаны уступки сторонникам более осторожного ограничения свободы договора, преимущественно из Германии[2]. В конечном счете под прямой судебный контроль были поставлены лишь индивидуально не согласованные условия потребительских договоров.

При этом Директива все же отказалась от использования знакомого немецкому законодательству критерия стандартности условий, заменив его на фактор отсутствия переговоров. Это позволило не только уйти от необходимости определения понятия стандартизации, но и значительно облегчить положение потребителя за счет отсутствия необходимости установления неоднократного использования соответствующих условий или наличия воли коммерсанта на такое использование. Условия договора подпадают под контроль Директивы всякий раз, когда они были в одностороннем порядке определены одной из сторон безотносительно к тому, предполагалось ли их использование лишь в данной сделке, либо в нескольких сделках, либо в неопределенном их количестве. Положение потребителя облегчено еще и закреплением презумпции отсутствия переговоров по соответствующему условию, бремя опровержения которой возложено на коммерсанта.

Второй компромисс состоит в сфере действия Директивы по кругу лиц. В основе подхода Директивы, обусловливающего право на вмешательство суда в договорные отношения, положена идея неравенства переговорных возможностей, наиболее ярко проявляющегося в невозможности потребителя повлиять на содержание договора[3]. Соответственно предусмотренный Директивой механизм судебного контроля распространяется исключительно на потребительские договоры и не распространяется на договоры между коммерсантами. В отличие от французского потребительского законодательства, оперирующего не только понятием «потребитель», но и понятием «непрофессионал», в отличие от английского UCTA закрепляющего широкое определение понятия «потребитель» и в отличие от немецкого Закона о регулировании общих условий сделок, который распространял защиту и на коммерсантов, «потребитель» в контексте Директивы – это только физическое лицо. Европейский суд справедливости (ECJ) особо под-

[1] Explanatory Memorandum to the 1990 Proposal. COM (90) 322 final.

[2] *Bradner H.*, *Ulmer P.* The Community Directive on Unfair Terms: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission // CML Review. 1991. P. 652.

[3] *Niglia L.* Transformation of Contract in Europe. Kluwer Law International. 2003. P. 157.

черкнул, что определение потребителя, содержащееся в ст. 2 (b) Директивы, не подлежит расширительному толкованию и не охватывает юридических лиц[1].

В этом вопросе Директива оказалась более консервативной по сравнению с аналогичным регулированием, содержащимся в праве ряда европейских стран. На стадии подготовки Директивы высказывались мнения о целесообразности ее распространения и на отдельные виды предпринимательских договоров, поскольку «многие аргументы, обусловливающие создание специального механизма контроля над справедливостью договорных условий, в равной степени применимы и к предпринимательским договорам»[2]. Однако в итоге в результате поиска компромисса было принято решение ограничить ее действие исключительно сугубо потребительскими договорами в узком смысле этого понятия[3].

Представляет интерес и использованная в Директиве дефиниция несправедливых *(unfair*) договорных условий. Условия являются несправедливыми, если они вопреки требованиям добросовестности приводят к существенному дисбалансу в правах и обязанностях в ущерб потребителю (ст. 3).

При этом создатели Директивы отразили в ней факторы, принимаемые во внимание при оценке справедливости условия. Условие подлежит оценке с учетом характера товара или услуги, обстоятельств заключения договора и в сопоставлении с иными условиями договора (ст. 4). Включение в предмет оценки обстоятельств заключения конкретной сделки является торжеством контекстуального подхода к анализу справедливости условия договора и поражением немецкой делегации, которая предлагала использование тогда еще принятого в Германии абстрактного подхода как обеспечивающего бóльшую определенность[4].

Согласно Директиве немалое значение при определении несправедливости договорного условия имеет и ясность изложения данного условия (тест на прозрачность, transparency test). Чем более запутанно изложено соответствующее условие, тем больше шансов на признание его несправедливым. Убедить суд в том, что неясное и запутанное условие, которое может иметь некоторое неблагоприятное воздействие на потребителя, является справедливым, намного сложнее, чем если бы это условие было выражено четко и ясно.

---

[1] Idealservice Srl and Idealservice MN RE Sas v. OMAI Srl [2001] ECR I-9049. Подробнее см: General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification / Ed. by S. Grundmann and D. Mazeaud. 2006. P. 145.

[2] Commission Communication of 14 February 1984. COM (84) 55 final.

[3] Explanatory Memorandum to the 1990 Proposal. COM (90) 322 final.

[4] *Bradner H.*, *Ulmer P.* The Community Directive on Unfair Terms: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission // CML Review. 1991. P. 659.

Директива содержит приложение, в котором указан перечень несправедливых условий, который носит ориентировочный и неисчерпывающий характер[1]. Суды не обязаны признавать такие условия ничтожными. Но наличие данного перечня ориентирует на подозрительное отноше-

[1] В Директиве в качестве «подозрительных» упоминаются, в частности, условия, которые направлены на то, чтобы:

– исключить или ограничить ответственность продавца или исполнителя в случае смерти или травмы потребителя в результате действия или бездействия такого продавца или исполнителя;

– безосновательно исключить или ограничить права потребителя по отношению к продавцу или исполнителю или другой стороне в случае полного или частичного невыполнения или неадекватного выполнения продавцом или исполнителем какого-либо из договорных обязательств (включая право на зачет);

– поставить исполнения обязательств продавцом или исполнителем в зависимость от условия, реализация которого зависит только от их собственного желания;

– разрешить продавцу или исполнителю присвоить платежи, полученные от потребителя, решившего расторгнуть договор, одновременно не давая потребителю права требовать от продавца или исполнителя уплаты аналогичных сумм на случай, если расторгнуть договор решили они;

– дать продавцу или исполнителю право требовать от потребителя, нарушающего договор, уплаты несоразмерно высокой суммы компенсации;

– уполномочить продавца или исполнителя на расторжение договора по собственному усмотрению, если такая же возможность не дана потребителю;

– дать продавцу или исполнителю, расторгающим договор, право удержать суммы, заплаченные за еще не переданные потребителю товары или не оказанные услуги;

– позволить продавцу или исполнителю прервать действие договора неопределенной продолжительности без уведомления за разумный период времени (кроме случаев, когда имеются серьезные основания для этого);

– автоматически продлить договор определенной продолжительности, когда потребитель не возражает против

этого, если определенный период, в течение которого потребитель может выразить свое возражение против пролонгации договора, является необоснованно коротким;

– обязать потребителя выполнять условия, с которыми он не имел реальной возможности ознакомиться до заключения договора;

– позволить продавцу или исполнителю изменить условия договора в одностороннем порядке без веской причины, которая указана в договоре;

– позволить продавцу или исполнителю изменить в одностороннем порядке без веской причины какие-либо свойства поставляемого товара или услуги;

– предусмотреть определение цены товаров в момент доставки или разрешить продавцу товаров или исполнителю увеличить договорную цену без предоставления потребителю права расторгнуть договор, если окончательная цена слишком высока относительно цены, согласованной в момент заключения договора;

– предоставить продавцу или исполнителю право определить, соответствуют ли поставляемые товары или услуги договору, или предоставить им эксклюзивное право толковать любое условие договора;

– ограничить действие в отношении продавца или исполнителя обязательств, которые возникли у него на основании сделок, заключенных его представителями, или обусловить принятие таких обязательств соблюдением тех или иных дополнительных формальностей;

– обязать потребителя выполнять все его обязательства, если продавец или исполнитель не выполняют свои;

ние к включенным в него условиям и желательность их аннулирования с учетом конкретных обстоятельств заключения договора.

В Директиве не закрепляется, что наличие спорного договорного условия в данном перечне презюмирует его несправедливость. Но в литературе такая презумптивная логика подчас звучит. Так, например, иногда отмечается, что присутствие подобных условий в договоре представляет собой презумпцию «провала» переговоров (т.е. отсутствия возможности влияния на содержание договорных обязательств)[1].

Таким образом, Директива закрепила лишь «серый» список несправедливых условий. Однозначных запретов ex ante в Директиве нет. Основная цель Директивы состояла в делегировании компетенции по оценке справедливости условий потребительских договоров национальным судам.

В качестве последствия признания судом договорного условия несправедливым Директива предусматривает, что оно не имеет обязательной силы (non-binding) в отношении потребителя. Коммерсант, включивший такое условие в договор, не может на него ссылаться. Но если потребителю вздумается использовать данное условие, он имеет на то полное право.

Во исполнение Директивы во всех европейских странах были приняты соответствующие правовые акты. В ряде случаев это повлекло некоторую деформацию ранее сложившихся в таких странах подходов. Германия была вынуждена отказаться и от сложившегося критерия стандартности условий как фактора, допускающего судебный контроль справедливости потребительских договоров, и от абстрактных критериев оценки справедливости условия. Англия, как мы видели, была вынуждена посредством принятия UTCCR распространить механизм судебного контроля над справедливостью условий потребительских договоров далеко за рамки, ранее очерченные UCTA и Законом о потребительском кредите, а также локально имплементировать в законодательство столь чуждую английскому праву концепцию «доброй совести».

Имплементация Директивы не сильно затронула правовую систему Франции, где основные изменения (в части предоставления судам пра-

– дать продавцу или исполнителю возможность передавать права и обязанности по договору, если это может привести к снижению гарантий для потребителя без согласия последнего;

– исключить или ограничить право потребителя обратиться в суд или применить какое-либо другое средство защиты (в том числе требуя от потребителя направлять все споры исключительно в третейский суд, необоснованно ограничивая возможность использования им тех или иных доказательств или возлагая на него бремя доказывания, которое согласно праву должно лежать на другой стороне договора).

[1] *Brownsword R.*, *Howells G.* The Implementation of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts – Some Unresolved Questions // Journal of Business Law. 1995. № 243. P. 246.

ва признавать договорные условия несправедливыми напрямую и без санкции Государственного совета) произошли за несколько лет до принятия Директивы. К тому же во Франции (в отличие от Германии) соответствующий механизм был изначально рассчитан на договоры с потребителями, поэтому здесь не возникло серьезных трений в вопросе о сфере контроля.

Что же касается Голландии и Скандинавских стран, то имплементация Директивы привнесла в их правовое регулирование лишь технические изменения в уже сложившиеся подходы к оценке судами допустимости отдельных видов договорных условий по причине того, что они изначально не были стеснены какими-либо ощутимыми формальными рамками и были в силу прямых указаний в законе (ст. 6:248 ГКН и § 36 скандинавских законов о контрактах) полномочны контролировать справедливость в принципе любых договорных условий. В этой связи механизм, установленный в Директиве, представляя собой лишь минимальный уровень гарантий для потребителей, оказался просто уточнением того универсального механизма контроля над несправедливыми договорными условиями, который активно использовался в этих странах судами и ранее.

Имплементация Директивы во всех странах ЕС привела к тому, что судебный контроль справедливости условий потребительского договора окончательно стал неотъемлемой частью европейской правовой культуры[1].

Принципы европейского контрактного права

Принципы европейского контрактного права, подготовленные ведущими европейскими цивилистами в середине 1990-х гг. в качестве инструмента «мягкой» унификации европейского договорного права в ст. 1:102 прямо ограничили свободу определения содержания договора принципами добросовестности и честного ведения дел.

На уровне же более конкретной реализации этой универсальной идеи было предусмотрено несколько инструментов ex post контроля справедливости договорных условий.

Во-первых, в ст. 4:110 Принципов был закреплен специальный режим контроля справедливости индивидуально не согласованных условий (критерий стандартизации здесь, так же как и в Директиве 1993 г., не нашел своего закрепления). Согласно данной статье условие договора, которое не было предметом индивидуального согласования, является несправедливым, если вопреки требованиям доброй совести

[1] *Wilhelmsson T.* Standard Form Conditions // Towards a European Civil Code. 3rd edn. Kluwer Law International, 2004. P. 441.

и честного ведения дел влечет существенный дисбаланс в правах и обязанностях в ущерб одной из сторон. При этом данная статья не ограничена в применении исключительно потребительскими договорами и распространяется в том числе и на договоры между предпринимателями. Этот режим не распространяется на условие, характеризующее основной предмет договора, если такое условие выражено ясным и понятным языком, а также на условие о цене договора.

Согласно данной статье в системном единстве со ст. 4:112–4.116, если соответствующее условие является несправедливым, потерпевшая сторона вправе заявить в одностороннем порядке о его недействительности с ретроспективным эффектом.

Во-вторых, в ст. 4:109 Принципов закрепляется ограничение свободы договора применительно к кабальным сделкам. Согласно этой статье сторона договора может в одностороннем порядке признать договор в целом или отдельное его условие недействительным с ретроспективным эффектом (notice of avoidance) при условии, что (1) сторона, оспаривающая договор, при его заключении находилась в доверительных отношениях с контрагентом, зависела от него, испытывала экономическую нужду, имела экстренные потребности, была непредусмотрительна, невежественна, неопытна или недостаточно владела навыками ведения переговоров, и при этом (2) другая сторона знала или должна была знать об этих обстоятельствах и явно несправедливо эксплуатировала возникшую ситуацию или выговорила себе избыточные выгоды.

При этом слабая сторона договора вместо одностороннего признания договора недействительным вправе потребовать его адаптации в судебном порядке в целях приведения его содержания в соответствие с тем, что было бы согласовано, если бы при заключении договора соблюдались принципы добросовестности и честного ведения дел.

В-третьих, Принципы права допускают снижение судом чрезмерной договорной неустойки (ст. 9:509).

Принципы УНИДРУА

В *Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА* (далее – Принципы УНИДРУА), опубликованных также в середине 1990-х гг., регулирование интересующего нас вопроса имеет определенную специфику.

Проблематика стандартных условий урегулирована в ст. 2.19–2.20 Принципов УНИДРУА. Здесь указывается, что «стандартными условиями являются положения, подготовленные одной стороной предварительно для общего и неоднократного использования и фактически применяемые без переговоров с другой стороной», предусматривают-

ся правила на случай конфликта стандартных и нестандартных условий и некоторые иные технические правила. Но Принципы УНИДРУА не предусматривают право суда контролировать справедливость стандартных договорных условий. Статья 2.20 признает недействительными неожиданные стандартные условия, которые с учетом их характера, формулировок и способа выражения имеют такой характер, что «другая сторона не могла бы разумно их ожидать», и при этом эти условия не были явно приняты этой стороной. Фактически некоторые несправедливые условия могут быть признаны недействительными на основании данного режима. Но напрямую судебный контроль справедливости стандартных условий Принципы УНИДРУА не предусматривают. Вместо этого, следуя по сути американской модели, они в ст. 3.10 предусматривают контроль справедливости договорных условий на основе унитарной модели. Согласно данной статье сторона вправе в одностороннем порядке отказаться от договора или от его отдельного условия, если в момент заключения договора договор или какое-либо его условие неоправданно создавали чрезмерное преимущество для другой стороны.

При этом термин «чрезмерное преимущество» подчеркивает, что просто дисбаланс, касающийся стоимости и цены или иного элемента, который нарушает равновесие между встречными предоставлениями сторон, не является достаточным для реализации механизма контроля, заложенного в данной статье. Дисбаланс должен быть настолько огромным, чтобы это шокировало представление разумного человека[1].

Принципы УНИДРУА закрепляют набор факторов, которые среди прочего должны приниматься во внимание при оценке справедливости условия. В соответствии с подп. «a» и «b» п. 1 ст. 3.10 Принципов судам необходимо принимать во внимание такие факторы, как: 1) неравенство при переговорах, которое может вытекать из зависимости другой стороны, ее экономической слабости или чрезвычайных нужд, ее неосмотрительности, неосведомленности, неопытности или отсутствия навыков вести переговоры; 2) характер и цель договора в целом. Отмечается также, что для оценки справедливости договорного условия можно принять во внимание и другие факторы, например этические нормы, действующие в сфере предпринимательской или профессиональной деятельности[2].

При этом немаловажно заметить, что Принципы УНИДРУА на голландский манер предусматривают не ничтожность спорных условий, а право на односторонний отказ от них с обратной силой (п. 1 ст. 3.10 и ст. 3.17). Кроме того, п. 2 ст. 3.10 дает слабой стороне право обра-

[1] Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2006. С. 119.

[2] Там же. С. 121.

титься в суд и потребовать модификации спорного условия с целью его приведения к «разумным коммерческим стандартам честной деловой практики».

Учитывая ту роль, которую Принципы УНИДРУА порой играют при реформировании положений гражданского законодательства в ряде стран и международной коммерческой практике[1], закрепление в них подхода, близкого по существу к американской унитарной модели судебного контроля над договорными условиями и объединяющего в рамках единого режима те случаи, которые контролируются во многих европейских странах при помощи различных специальных инструментов (правил о кабальности или злоупотреблении обстоятельствами, норм о стандартных условиях договоров и т.п.), свидетельствуют о признании достоинств унитарной модели ведущими экспертами в области договорного права.

Тем не менее универсальность данного инструмента не безгранична. Принципы УНИДРУА выделяют как отдельный режим институт снижения судом чрезмерной договорной неустойки (ст. 7.4.13).

DCFR

Проект общей системы координат европейского частного права (Draft Common Frame of Reference (DCFR), который является последним по времени актом унификации частного права в Европе, также не обошел вниманием проблематику судебного контроля справедливости договорных условий.

В рамках DCFR предусмотрена характерная для европейского права многокомпонентная модель контроля справедливости договорных условий.

Во-первых, секция 4 кн. 2 DCFR предусматривает специальный режим контроля справедливости содержания потребительских договоров и стандартизированных коммерческих договоров. В большинстве своем соответствующие нормы являются развитием положений, выработанных на уровне национального права в Германии, Голландии, Франции и Директиве ЕС 1993 г., а также в какой-то степени их синтезом.

Основным критерием, допускающим судебный контроль справедливости договорных условий в рамках данного режима, является тот факт, что условия не были индивидуально согласованы. Понятие индивидуально не согласованных условий подробно раскрывается в ст. II.-110 DCFR, согласно которой индивидуально не согласованным условием является как стандартизированное, так и не стандартизированное

[1] Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2006. С. IV–VII.

условие, предложенное одной из сторон, если другая сторона не имела возможности влиять на его содержание, в частности, в связи с тем, что оно было разработано первой стороной заранее. Также здесь оговаривается, что предоставление другой стороне возможности выбрать из нескольких вариантов условий не означает проведение индивидуального согласования.

Причем согласно все той же статье применительно к любым условиям потребительского договора, а также к стандартизированным условиям иных договоров их статус как индивидуально не согласованных подразумевается, а обратное должна доказывать сторона, предложившая данное условие (или коммерсант – применительно к потребительским договорам).

Как мы видим, существенной особенностью DCFR является то, что правила, содержащиеся в секции 4 кн. 2, не ограничены лишь потребительскими договорами и распространяются на все договоры, в том числе и сугубо предпринимательские, и даже на договоры между лицами, не являющимися предпринимателями. Тем не менее в целом ряде вопросов регулирование потребительских договоров, сугубо коммерческих сделок и договоров между непредпринимателями существенно различается.

В частности, DCFR содержит различные критерии допустимости ex post контроля свободы договора, дифференцированные в зависимости от субъектного состава договора.

Несправедливым в договоре между предпринимателем и потребителем является условие, которое выставлено предпринимателем и значительно ущемляет интересы потребителя вопреки требованиям доброй совести и честной деловой практики, что вполне соответствует критериям, используемым Директивой и правом ряда европейских стран. Вслед за Директивой ЕС 1993 г. DCFR применительно к потребительским договорам отказывается ограничивать судебный контроль только стандартными условиями и допускает его в отношении любых договорных условий, которые не были предметом индивидуального согласования (ст. II.-9:403).

По сути DCFR прямо закрепил, что в отношении потребительских договоров стандартизация условий более не имеет решающего значения. Невозможность подвергнуть условие потребительского договора проверке на справедливость может быть установлена, только если коммерсант докажет, что условие было предметом индивидуального согласования с потребителем (как было указано выше, все условия потребительского договора презюмируются индивидуально не согласованными).

Подобно Директиве ЕС 1993 г. DCFR воспроизводит примерный перечень условий в договоре с потребителем, которые являются «подозри-

тельными» и в контексте конкретных обстоятельств могут быть признаны несправедливыми. В общем и целом этот перечень в большинстве своем повторяет перечень, содержащийся в Директиве ЕС 1993 г. Однако в отличие от Директивы данные условия носят не просто ориентировочный характер, а презюмируются несправедливыми. Тем самым четко закрепляется, что бремя доказывания обратного лежит на предпринимателе. Полноценного «черного» списка ex ante запрещенных условий потребительских договоров DCFR не содержит[1].

Применительно к договорам, заключенным между предпринимателями, DCFR использует более жесткие критерии, в соответствии с которыми индивидуально не согласованное договорное условие может быть признано судом несправедливым, только если оно является составной частью стандартных условий, используемых одной из сторон, и при этом грубо отклоняется от требований «хорошей коммерческой практики», противоречит требованиям доброй совести и честного ведения дел (II.-9:405).

По сути аналогичные критерии закреплены и в ст. II.-9:404 DCFR применительно к договорам, заключаемым на индивидуально не согласованных условиях между непредпринимателями. Для допущения судебного контроля справедливости условий таких договоров в соответствии с правилами данной статьи DCFR требуется, чтобы условия носили стандартизированный характер.

Таким образом, критерии допустимости патернализма применительно к сугубо предпринимательским договорам, а также к договорам, заключаемым между гражданами или между некоммерческими организациями, являются более жесткими, чем в отношении потребительских договоров. С одной стороны, право суда контролировать справедливость непотребительского договора распространяется только на те индивидуально не согласованные условия, которые одновременно носят еще и стандартизированный характер (т.е. заранее сформулировано для нескольких сделок с участием различных сторон). С другой стороны, для принятия такого решения в отношении договора между коммерсантами требуется установление еще и того, что условие существенно отклоняется от «хорошей коммерческой практики» в соответ-

[1] Редким исключением является закрепление ex ante ничтожности условий, устанавливающих исключительную подсудность споров с потребителем в суде по местонахождению предпринимателя, за исключением случая, когда соответствующее место является также и домицилем потребителя (II.-9:409). Включение данной статьи является следствием вынесенного Судом европейских сообществ решения, в котором было признано, что подобные условия являются недопустимыми в любом случае. См.: ECJ Judgment of 27 June 2000, Joined Cases C-240/98 to C-244/98 – Océano Grupo Editorial SA v. Murciano Quintero [2000] ECR I-04941.

ствующей сфере[1]. Одного лишь факта наличия несправедливости договорных условий недостаточно для вмешательства суда в предпринимательские отношения сторон.

Такая дифференциация, на наш взгляд, не идеальна, но в целом понятна с политико-правовой точки зрения, так как в потребительских договорах разрыв переговорных возможностей сторон практически всегда настолько серьезен, что для легитимации патернализма иррелевантен факт того, что спорные условия договора, возможно, не носили стандартный характер и были использованы разовым образом.

В качестве факторов, принимаемых во внимание при оценке справедливости условия, DCFR указывает степень ясности изложения условия, природу договора, обстоятельства, имевшие место на момент заключения договора, иные условия договора или иного соглашения, с которым он взаимосвязан (II.-9:407), что означает фиксацию контекст-ориентированного подхода к определению несправедливости договора.

Согласно DCFR под действие судебного контроля справедливости условие об определении основного предмета договора или цена договора не подпадают (ст. II.-9:406). Исключением является случай, когда эти условия включены в договор с нарушением обязанности их ясного и прозрачного выражения.

В качестве последствия признания договорного условия несправедливым DCFR предусматривает его необязательность для той стороны, которой оно было предложено. Соответственно такая сторона вправе сама решить, подлежит ли оно применению или нет. Сторона, которая выставила такое условие, не может ссылаться на его недействительность. По мнению разработчиков DCFR, данный подход предоставляет больше свободы потерпевшей стороне, нежели признание соответствующего условия ничтожным априори, поскольку не исключены ситуации, при которых реализация подобного условия может соответствовать интересам потерпевшей стороны[2].

Во-вторых, другим инструментом ex post контроля справедливости договорных условий является включенный в DCFR режим контроля кабальных договоров, очевидным источником вдохновения для которой являлись положения немецкого законодательства и Принципов УНИДРУА. Согласно ст. II.-7:207 в системном единстве со ст. II.-7:209–7:213 сторона договора может в одностороннем порядке признать договор в целом или отдельное его условие недействительным с ретроспектив-

[1] Критерий «хорошей коммерческой практики» был заимствован из Директивы 2000/35/ЕС «О борьбе с просрочками платежа при исполнении коммерческих контрактов» («On combating late payment in commercial transactions»).

[2] Draft Common Frame of Reference. Vol. 2 / Ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Sellier. 2009. P. 655.

ным эффектом (notice of avoidance) при условии одновременного соблюдения следующих условий: 1) сторона, оспаривающая договор, при его заключении находилась в доверительных отношениях с контрагентом, зависела от него, испытывала экономическую нужду, имела экстренные потребности, была непредусмотрительна, невежественна, неопытна или недостаточно владела навыками ведения переговоров; 2) при этом другая сторона знала или должна была знать об этих обстоятельствах и эксплуатировала возникшую ситуацию, выговаривая себе избыточные выгоды или существенно несправедливые преимущества.

При этом слабая сторона договора вместо одностороннего признания договора недействительным вправе потребовать его адаптации в судебном порядке в целях приведения его содержания в соответствие с тем, что было бы согласовано, если бы при заключении договора соблюдались принципы добросовестности и честного ведения дел.

Данный режим контроля справедливости договорных условий применяется ко всем тем случаям, которые не подпадают под действие специального режима контроля индивидуально не согласованных условий, предусмотренного секцией 4 кн. 2 DCFR.

В-третьих, DCFR устанавливает право суда снизить несоразмерную договорную неустойку (ст. III.-3:712).

§ 6. Некоторые обобщения по итогам компаративного анализа

Проведенный выше беглый компаративный обзор позволяет сделать несколько принципиальных для нашей работы обобщений.

1. Зарубежный опыт показывает, что суды и законодатели различных правопорядков, встретившись с усилением политико-правового давления на принцип свободы договора со стороны все возрастающей идеологии защиты слабой стороны договора и обеспечения справедливости в экономическом обороте в целом, осознали невозможность реализации этой задачи посредством одного лишь введения все новых и новых императивных ограничений договорной свободы. С учетом того, что справедливость договорных условий требует всестороннего учета контекста заключения конкретного договора, статуса и переговорных возможностей его сторон, содержания договора в целом и других факторов с отражением их в гипотезе соответствующих императивных запретов, использовать метод абстрактного запрещения на будущее отдельных кажущихся несправедливыми условий можно лишь в достаточно ограниченном масштабе. Иначе регулирование договорных отношений окажется переполненным избыточными по сфере своего применения и не вполне продуманными ограничениями договорной свободы (так называемые ошибки первого типа).

При этом достаточно показателен опыт Франции, до 1990-х гг. безуспешно пытавшейся бороться с этой экспансией судебного вмешательства в сферу автономии воли сторон за счет замены судебного ex post контроля на бюрократизированные «суррогаты», основанные на делегировании функции по ex ante запрещению отдельных несправедливых условий некой административной структуре.

Это в итоге привело к признанию неизбежности делегирования полномочий по оценке справедливости договорных условий судам. Сейчас отсутствие альтернативы ретроспективному ограничению договорной свободы судами, дополняющему некий набор очевидных императивных ex ante ограничений, в той или иной степени признается во всех проанализированных правопорядках.

Никто лучше судей, всесторонне рассматривающих соответствующие обстоятельства заключения договора и непосредственно наблюдающих реальные последствия конкретных договорных условий, не способен эту функцию выполнять столь же эффективно. Иначе, кроме как на основе разбора конкретных споров, нельзя построить сбалансированную систему защиты слабой стороны договора. И ничто лучше системы судебной иерархии во главе с высшим судом, способным стабилизировать, унифицировать и направлять судебную практику, не справляется с задачей отсева необдуманных ограничений и закрепления разумных. По мере того как эти тезисы становятся очевидными зарубежным юристам, рушатся последние преграды перед экспансией судебной дискреции в оценке справедливости договоров.

2. Эта экспансия во всех странах имеет четкие ориентиры. Суды нацеливаются на интенсивный контроль справедливости не любых договоров, а только тех, применительно к которым современное понимание политики права в странах, реализующих идеалы социального государства и «всеобщего благосостояния», очевидно требует проявления патернализма. В общем и целом такое патерналистски обусловленное вторжение в сферу автономии воли сторон считается оправданным в целях защиты слабой стороны договора (т.е. контрагента, чьи переговорные возможности при заключении договора были существенно ограничены) и той стороны, чей статус с точки зрения общепринятых представлений извиняет иррациональность (например, неопытные в делах граждане). Как уже отмечалось в т. 1 книги, в большинстве стран суды очень осторожно относятся к перспективам контроля справедливости договорных условий применительно к договорам, заключенным между крупными и достаточно профессиональными коммерсантами с сопоставимыми переговорными возможностями.

3. В ряде стран в первой половине XX в. эта задача по интенсивному судебному контролю справедливости договора реализовывалась в ос-

новном посредством все более активного и творческого толкования имеющихся в гражданских кодификациях общих норм, закрепляющих принципы добросовестности и добрых нравов, а также включенных в ряд кодификаций правил об оспаривании кабальных сделок (например, в Германии). Но расширение практики судебного контроля справедливости договорных условий вопреки укоренившейся в XIX в. догме автономии воли естественным образом требовало какого-либо законодательного признания и регулирования. Ничем не ограниченная судебная дискреция по контролю за содержанием договора, присвоенная себе судами таких стран, дестабилизировала оборот и требовала ее введения в некие законодательные рамки, более конкретные, чем они задавались общими нормами о добрых нравах и добросовестности. Законодатели хотели четко зафиксировать пределы такого патернализма и систематизировать реализацию данной судебной функции. Иначе говоря, в таких странах, как Германия, законодательство шло вслед за более креативной и активной судебной практикой.

В других же странах принятие специального законодательства, закреплявшего право суда на ex post контроль справедливости договоров, было спровоцировано иными причинами. В таких странах, как, например, Франция или Англия, в которых суды не спешили или вовсе отказывались применять ссылки на добрые нравы или добросовестность для оспаривания несправедливых условий, принятие специального законодательного регулирования данной проблемы было нацелено, наоборот, на стимуляцию консервативных национальных судов к более активной защите слабой стороны договора. В таких странах, напротив, принимаемое законодательство тянуло за собой судебную практику.

Как бы то ни было, во второй половине XX в. практически все как минимум западные страны решились на введение специального законодательного регулирования судебного ex post контроля справедливости договорных условий применительно к некоторым видам договоров, при заключении которых теория рационального выбора могла давать наиболее откровенные сбои.

4. С определенной долей условности с точки зрения используемого судами инструментария для контроля справедливости договорных условий можно разделить правопорядки на те, которые придерживаются многокомпонентной модели, при которой судам предоставлено сразу несколько инструментов контроля справедливости договорных условий, и те, которые применяют унитарную модель, при которой существует единый инструмент такого контроля.

Многокомпонентная модель, реализованная в европейских странах, построена на некоем «оркестре» из отдельных инструментов (режим контроля условий потребительских и (или) стандартизированных

договоров, доктрина кабальности или злоупотребления обстоятельствами), возглавляемом в ряде стран неким универсальным «корректором последней инстанции» (добрые нравы, добросовестность), который выполняет свои функции в случаях, не подпадающих под действие специальных режимов.

Такая модель часто приводит к некоторому неоправданному «распылению» регулирования по сути единой проблемы по разным правовым режимам, подразумевающим различную механику контроля, а в странах, где отсутствует или активно не действует «корректор последней инстанции», еще и к появлению некоторого спектра договоров и (или) их условий, которые не подпадают ни под один из специальных режимов.

В то же время унитарная модель, в значительной степени реализованная в США, использует практически во всех случаях один универсальный инструмент для коррекции договорной свободы (например, § 2-302 ETK). Эта модель обеспечивает максимально возможную унификацию механики ограничения свободы договора, обеспечивает гибкость правоприменения и позволяет учитывать и стандартизированный характер договора, и потребительский статус одного из контрагентов, и наличие признаков кабальности как частные, но не исчерпывающие и не обязательные условия контроля. Согласно этой модели суд вмешивается тогда, когда одновременно соблюдается процедурное условие (в первую очередь неравенство переговорных возможностей) и содержательное условие (несправедливость содержания договора как такового). В результате применения такой модели, за исключением отдельных наиболее вопиющих случаев, суд не вправе вторгаться в анализ справедливости условий договоров, заключенных при отсутствии соответствующих процедурных дефектов. Но чем сильнее такой дефект выражен (например, чем серьезнее несоответствие переговорных возможностей), тем интенсивнее суд вправе контролировать справедливость содержания договора.

5. В тех странах, в которых сложилась многокомпонентная модель, возникла другая, более частная «развилка», состоящая в выборе основной «мишени» такого ex post контроля: стандартных условий договора (Германия, Голландия), условий потребительских договоров (например, Франция) либо отдельных заранее определенных видов условий договора (например, UCTA в Англии).

Некоторые европейские страны (Германия) сделали основным критерием контроля, определяющим сферу его применения, фактор стандартизации. При этом показательно, что в этих странах была отвергнута идея построить регулирование на основе использования конструкции договора присоединения. Этот введенный в начале XX в. термин хорошо известен европейским цивилистам, английским и американским

правоведам, но, как правило, игнорируется законодательством по той причине, что при буквальном прочтении предполагает ситуацию, когда договор заключается путем присоединения к договору *в целом*. В то же время в подавляющем числе случаев договоры содержат целый ряд индивидуально согласованных или индивидуально определенных условий (например, о количестве товара, цене, сроках и т.п.). Соответственно под особый контроль были взяты не договоры присоединения как таковые, а стандартизированные условия заключаемых договоров, применительно к которым согласие контрагента было выражено путем присоединения.

Но, как показало развитие европейского права, использование стандартного характера условий в качестве основного критерия определения рамок, внутри которых судам дозволяется интенсивно контролировать справедливость договора, создает массу сложностей.

Наличие фактора «многоразовости» использования соответствующих условий или даже замысла их такого использования зачастую достаточно трудно установить в суде в доказательственном плане. Кроме того, такой подход требует разработки дополнительных механизмов, предохраняющих от «бегства в индивидуальные условия», при котором сторона, использующая стандартные условия, всячески старается продемонстрировать, что в контрактах с другими клиентами такого же рода она использует другие условия договора.

Кроме того, используемый в немецко-голландской модели фактор стандартизированности договорных условий не учитывает в полной мере всех ситуаций, в которых целесообразно активное вмешательство суда в сферу автономии воли сторон. Несправедливые и недобросовестные условия являются зачастую следствием не столько использования стандартных договоров, сколько неравенства переговорных возможностей. Сделки субъектов с неравными переговорными возможностями вполне могут заключаться и без использования стандартных форм.

Более того, само использование стандартных проформ хотя и может являться в ряде случаев одним из следствий неравенства переговорных возможностей или инструментом его усугубления, но отнюдь не всегда свидетельствует о наличии такого неравенства. Стандартные договоры являются следствием массового производства и «взрывного» роста масштабов договорной работы и ответом на ряд возникших в связи с этим вызовов (в том числе на проблему трансакционных издержек). Поэтому стандартные условия договоров повсеместно используются и в контрактах между предпринимателями со вполне сопоставимыми переговорными возможностями. Соответственно критерий стандартизации во многих случаях оказывается чрезмерным по своему охвату, подводя под интенсивный судебный надзор стандартизированные условия до-

говоров, при заключении которых отсутствовало значительное несоответствие переговорных возможностей и соответственно применительно к которым нет достаточных политико-правовых оснований для такого надзора. Отсутствие в законодательстве таких стран, как Германия, указания на то, что под судебный контроль берутся лишь те стандартные условия, от которых другая сторона не могла уклониться в силу неравенства переговорных возможностей, приводит к тому, что под контроль подпадают любые стандартные условия независимо от того, является ли жертва несправедливости слабой стороной договора реально.

Соответственно законодательная модель ex post контроля договорной свободы, уделяющая основное внимание именно стандартизированным договорам, в ряде случаев может быть избыточной (необоснованно применяясь к сделкам равных по силам коммерсантов, чьи просчеты при оценке договорных условий не должны быть извинительны) или недостаточной (безосновательно не применяясь к нестандартизированным договорам, навязанным одной из сторон с ограниченными переговорными возможностями).

Безусловно, эти недостатки в определенной степени учитываются и в рамках немецко-голландской модели. Так, например, вышеописанная проблема недостаточности контроля отчасти решается за счет дополнения этого специального режима универсальными инструментами ex post коррекции (принципами добросовестности и добрых нравов, правилами о кабальных сделках и злоупотреблении обстоятельствами и т.п.), а острота проблемы избыточности может отчасти сниматься за счет неприменения «черных» или «серых» списков к сделкам между коммерсантами (Германия) или прямого законодательного ограничения использования данного режима к сделкам между крупными коммерсантами (Голландия). Тем не менее все эти сложности говорят сами за себя. Кроме того, пестрота институтов, направленных на самом деле на единую цель (контроль справедливости договорных условий), но конфликтующих между собой за сферы применения и различающихся по механике реализации ограничений договорной свободы, ставит под вопрос не только политико-правовую точность, но и системную согласованность такого регулирования.

6. Неудивительно, что, столкнувшись с этими проблемами, критерий стандартизации условий как основание для судебного контроля справедливости договора стал постепенно терять популярность. В частности, как следствие имплементации Директивы ЕС 1993 г. применительно к потребительским договорам вместо критерия стандартизации стал использоваться критерий отсутствия индивидуального согласования. Эта тенденция прослеживается и в Принципах европейского контрактного права и DCFR. Но и эта модель, основанная на критерии отсут-

ствия индивидуального согласования, не идеальна, так как порождает практические сложности в установлении факта наличия неких переговоров по спорным условиям, особенно в странах с несовершенной и перегруженной судебной системой, низким уровнем деловой и адвокатской этики и недоверием к правдивости свидетельских показаний, без которых установление или опровержение факта ведения переговоров крайне затруднено.

Кроме того, критерий отсутствия переговоров по спорному условию также не вполне точно описывает те случаи, когда с точки зрения политики права содержание договора требует особого контроля. С одной стороны, переговоры могли проводиться сугубо формально, «для галочки», и не подразумевать для контрагента ни единого шанса сколько-нибудь существенно повлиять на содержание договора. Соответственно возникает вполне резонный вопрос: почему столь детальное законодательство, специально посвященное судебному контролю справедливости договорных условий, исключает из сферы своего применения случаи появления в договорах несправедливых условий тогда, когда сильная сторона провела переговоры со слабой, но не пошла на уступки или попросту имитировала переговоры?

С другой стороны, далеко не всегда, когда при заключении договора отсутствовали переговоры по конкретным условиям, содержание договора заслуживает патерналистского контроля со стороны суда. Договор мог быть заключен без детальных переговоров по его условиям между крупными коммерсантами в отсутствие какого-либо существенного несоответствия переговорных возможностей. И поэтому с политико-правовой точки зрения ограничение автономии воли сторон в целях блокирования несправедливости его содержания, основанное только лишь на факте отсутствия переговоров по спорному условию, достаточно сомнительно. Коммерсант мог не вести по нему переговоры просто из-за халатности и невнимательности к делам. В такой ситуации суд не должен исправлять такие явные коммерческие просчеты.

7. Меньше вопросов вызывает вариант спецификации регулирования ex post контроля, который состоит в выделении потребительских договоров и ориентации судов на более интенсивный надзор за их содержанием (например, с недавних пор Франция). В таких странах вопросы о стандартности условий, наличии или отсутствии переговоров не имеют решающего значения. Вместо этого сфера действия судебного ex post контроля определяется в зависимости от статуса контрагентов. Думается, что такой подход более точно выделяет те случаи, когда при заключении договора имеются явно выраженные слабая и сильная стороны, менее проблематичен при применении и приводит к меньшему числу «ошибок первого типа» (избыточным ограничениям). В отноше-

нии договора, в котором одна из сторон выступает в качестве потребителя, в подавляющем числе случаев нельзя говорить о равных возможностях влияния на содержание договора. И этот вывод не зависит от того, носил ли договор стандартизированный характер и было ли условие предметом индивидуальных переговоров.

Но и этот подход не идеален. В ряде редких случаев потребители не заслуживают интенсивной патерналистской опеки (например, покупка дорогого особняка состоятельным покупателем), в то время как в некоторых иных случаях такой опеки заслуживают и не потребители (например, мелкие предприниматели, заключающие контракты не в сфере своей обычной коммерческой деятельности с крупными корпорациями, контрагенты монополистов и других компаний, обладающих большой рыночной властью, и т.п.). Конечно, в ряде стран проблему избыточного патернализма потребительского права часто считают крайне незначительной, а проблему недостаточности патернализма пытаются решать за счет расширения понятия «потребитель» и включения в число потребителей при определенных условиях и коммерсантов, не являющихся профессионалами в соответствующей области. Но все это также указывает на то, что хотя потребительский акцент системы ex post контроля и заслуживает дальнейшего развития, эта система вряд ли может в полной мере охватить и те случаи, когда защита слабой стороны договора оправданна с политико-правовой точки зрения.

8. Опыт Англии, создавшей достаточно фрагментарный режим судебного контроля справедливости некоторых видов договорных условий и решившейся на более активное делегирование судам соответствующих функций в 1990-е гг. только под принуждением со стороны ЕС, также достаточно показателен. Он демонстрирует, что попытки решения проблемы несправедливых условий договора путем допущения контроля лишь над отдельными из них чреваты проблемой сосуществования множества различных, часто конфликтующих между собой режимов контроля и отсутствием согласованности всей системы противодействия несправедливым условиям договоров в целом. Не вполне понятно, почему, например, с 1970-х гг. в Англии условия потребительских договоров об ограничении или освобождении от ответственности, а также условия потребительских договоров кредита вызвали столь большое внимание законодателя и спровоцировали делегирование судам функции по их оценке на предмет справедливости, а многие другие, возможно, столь же потенциально несправедливые условия вплоть до 1990-х гг. не считались заслуживающими применения этой же или аналогичной системы ex post контроля, даже будучи включенными в договор с потребителем.

9. Следует также отметить, что введение в законодательство ряда стран норм о кабальных сделках или злоупотреблении обстоятельствами (Германия, Голландия, Скандинавские страны) также нацелено на защиту слабой стороны договора и в рамках многокомпонентной модели дополняет специальный режим контроля потребительских (стандартизированных) договоров. Режим кабальных сделок и злоупотребления обстоятельствами позволяет «покрыть» некоторые договоры, которые не подпадают под действие режима контроля стандартизированных и потребительских договоров.

Доктрина кабальности, реализованная в Германии, фиксирует допустимость патерналистской опеки слабой стороны договора лишь при наличии строго ограниченного перечня условий (нужда, стечение тяжелых обстоятельств, неопытность в делах, слабоволие, легкомыслие). По сути эти критерии выделяют некоторые проявления неравенства переговорных возможностей. И по крайней мере тогда, когда они применяются не в отношении профессиональных коммерсантов, а граждан, это не вызывает серьезных сомнений у зарубежных юристов. Здесь можно усомниться в разумности упоминания в п. 2 § 138 ГГУ легкомыслия и спорить о понимании упомянутого в той же норме фактора безволия, но отрицать в целом наличие оснований для судебного ex post контроля сделок, при заключении которых имели место вышеуказанные примеры неравенства переговорных возможностей, вряд ли стоит.

В то же время очевидно, что в данных нормах немецкий законодатель ухватывает только некоторые частные проявления более общей проблемы неравенства переговорных возможностей, которая как таковая в немецком законодательстве не находит столь же детального отражения. Этот недостаток отчасти компенсируется в Германии за счет достаточно активного применения судами общей нормы о добрых нравах (п. 1 § 138 ГГУ), на основании которой суды получают возможность защищать слабую сторону договора даже тогда, когда договор не соответствует критериям кабальности, закрепленным в п. 2 § 138 ГГУ.

В ответ на эту проблему современные акты международной унификации договорного права расширяют список признаков кабальности за счет ряда иных факторов (например, наличия доверительных отношений) или уточняют, что эти критерии лишь иллюстрируют ситуацию неравенства переговорных возможностей (Принципы УНИДРУА).

По принципиально иному пути пошли законодатели Голландии и Скандинавских стран, которые предусмотрели крайне общий критерий злоупотребления обстоятельствами, теоретически способный учесть и иные политико-правовые основания для патерналистского вмешательства суда в целях защиты слабой стороны договора, без детального перечисления соответствующих факторов. Это освобождает суд от не-

обходимости апеллировать к более общим нормам о добросовестности и добрых нравах. В принципе это минимизирует шансы, что право оставит вне контроля те или иные случаи злоупотребления свободой договора, которые не «перехватываются» специальными нормами национального законодательства о потребительских или стандартизированных договорах (т.е. допустит «ошибку второго типа»). В то же время оборотной стороной преимуществ такой «широкой» доктрины злоупотребления обстоятельствами является то, что законодатель не конкретизирует на уровне закона, собственно, те критерии, которые фиксируют признаки наличия слабой стороны договора, что может спровоцировать «ошибки первого типа» (избыточное ограничение свободы договора). Выделение в законе более четких критериев допустимости патернализма позволило бы снизить вероятность последних.

В любом случае доктрины кабальности и злоупотребления обстоятельствами страдают одним ключевым недостатком. Они требуют доказывания знания сильной стороной о соответствующих обстоятельствах и факта их недобросовестной эксплуатации этой стороной. В то же время на практике это не всегда легко сделать. Для контрагента намного проще доказать, что его переговорные возможности были ограничены (например, в силу чрезвычайной нужды или подавляющей рыночной власти одной из сторон), чем доказывать, что эти обстоятельства были известны сильной стороне договора и последняя недобросовестно этими обстоятельствами воспользовалась. Именно поэтому в немецком праве, как было показано выше, суды гораздо чаще применяют для защиты слабой стороны договора не норму о кабальности, а общую норму о добрых нравах.

Кроме того, недостаточность правил о кабальности или злоупотреблении обстоятельствами проявляется еще и в том, что в реальности политика права может требовать судебного вмешательства и тогда, когда в договоре в принципе отсутствовала ярко выраженная слабая сторона (например, сделки между гражданами). Поэтому даже при отсутствии проблем в доказывании применение доктрин кабальности или злоупотребления обстоятельствами способно охватить далеко не все случаи, когда патерналистское ограничение свободы договора оправданно с политико-правовой точки зрения.

10. Помимо вышерассмотренного режима практически во всех европейских странах в рамках многокомпонентной модели ex post контроля справедливости договоров выделяется еще и специальный публично-правовой режим контроля справедливости договоров, при заключении которых имело место злоупотребление доминирующим положением на рынке (например, навязывание монопольных цен). Этот режим фиксируется в законодательстве о защите конкуренции и функционирует

с той или иной степенью эффективности при участии национальных антимонопольных органов.

Здесь, правда, следует уточнить, что на практике доктрина злоупотребления доминирующим положением в соответствии с национальным антимонопольным законодательством в последнее время применяется в основном только в тех случаях, когда навязывание соответствующих условий монополистом приводит к ограничению конкуренции. Простой контроль справедливости условий таких договоров, не сопровождающийся признанием наличия их антиконкурентного эффекта, хотя и до сих пор формально может быть выведен из положений соответствующих антимонопольных законов, но сейчас в европейских странах осуществляется достаточно редко. Американское же антимонопольное право изначально в принципе было нацелено исключительно на ограничение случаев, когда свобода договора может иметь очевидный антиконкурентный эффект, а не на защиту контрагентов-монополистов от злоупотребления последними своей рыночной властью[1].

11. В итоге какой бы вариант конкретизации системы судебного контроля справедливости условий не был выбран в законодательстве той или иной страны (с ориентацией прежде всего на стандартные, индивидуально не согласованные, преимущественно потребительские или кабальные договоры), анализ зарубежного права показал, что не все эти модели доказали свою удачность, а также то, что сохранить патерналистскую регулятивную стратегию только в этих «резервациях» вряд ли возможно. Отсюда проистекает постепенное расширение соответствующих режимов контроля, нацеленное на покрытие практически всего спектра договорных отношений, применительно к которым патерналистский контроль справедливости условий оправдан с политико-правовой точки зрения.

Но отсюда же вытекает и то, что во многих странах, несмотря на принятие и развитие специального законодательства, регулирующего контроль справедливости стандартизированных, индивидуально не согласованных, потребительских, кабальных договоров или договоров с монополистами, суды сохраняют возможность отменять явно несправедливые условия и иных договоров, заключенных при наличии существенного дисбаланса переговорных возможностей или требующих патерналистского вмешательства в силу иных политико-правовых соображений. Практика немецких судов 1980–1990-х гг. по ограничению свободы договора с прямой апелляцией не к специальным нормам Закона о регулировании общих условий сделок, а к общим нормам ГГУ о добрых

[1] Подробнее см.: The Max Planck Encyclopedia of European Private Law / Ed. by J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann and A. Stier. Vol. I. 2012. P. 1–5.

нравах и добросовестности и конституционным ценностям – тому очевидное подтверждение.

12. При этом также очевидно, что апелляция к нормам о добрых нравах и добросовестности для ограничения договорной свободы во многих правовых системах (Германия не в счет) рассматривается как инструмент абсолютно экстраординарный, в то время как существенный дисбаланс переговорных возможностей и иные политико-правовые основания патерналистского вмешательства судов зачастую требуют куда более интенсивного ограничения свободы договора.

В этих условиях ко второй половине XX в. сложились основания для включения в законы ряда европейских стран норм, прямо закрепляющих право суда при необходимости не признавать любые несправедливые или недобросовестные условия (Голландия, Скандинавские страны). Эта прямая легитимация патерналистского контроля содержания договоров, реализованная в форме универсальных по своему охвату инструментов коррекции свободы договора, выполняет двоякую функцию. С одной стороны, она фиксирует окончательный разрыв с прежней идеей недопустимости патернализма в сфере автономии воли сторон и провоцирует суды на все более активный надзор над справедливостью договорных условий. С другой стороны, она позволяет корректировать недостаточность вводимого специального законодательства о потребительских, стандартных, индивидуально не согласованных и кабальных договорах.

Некоторые страны до сих пор не ввели в свое законодательство подобные универсальные инструменты. Одни – потому, что их судебная практика в целом успешно справляется с соответствующими задачами за счет апелляции к классическим доктринам добросовестности и добрых нравов (Германия). Другие же – потому, что еще не вполне готовы к однозначному признанию столь широкой судебной компетенции по контролю содержания договоров и провоцированию еще большей активности судов в этой сфере (Англия, Франция). Но общая тенденция по экспансии судебной дискреции и универсализации судебного контроля справедливости договоров, думается, достаточно очевидна.

Тем не менее и эта модель введения универсальной законодательной нормы о праве суда контролировать справедливость договоров страдает существенным недостатком, так как дает судам слишком большой простор для свободного усмотрения и не фиксирует в законе те самые политико-правовые критерии, которые делают допустимым патерналистский надзор за справедливостью содержания договора.

13. Американская унитарная модель лишена многих из вышеотмеченных проблем разграничения сфер применения различных специальных режимов, которые возникают в странах, реализующих многоком-

понентную модель контроля. Она же позволяет исключить и неоправданную пестроту норм, направленных на регулирование осуществления судами одной функции – контроля справедливости договоров. Суд получает универсальный инструмент коррекции несправедливых условий, который он может применять и для защиты интересов потребителя, и для контроля кабальных сделок, и для пресечения злоупотребления доминирующим положением.

В самом американском законодательстве критерии допустимости такого судебного вмешательства не закреплены, а выведены в судебной практике на основе обобщения опыта применения § 2-302 ЕТК. Соответственно для стран, не желающих предоставлять судам столь широкую и формально ничем не ограниченную компетенцию по вторжению в сферу автономии воли сторон, такая модель может показаться опасной и дестабилизирующей оборот как минимум до момента формирования устойчивых ориентиров на уровне практики высших судов. Отсюда следует, что при реализации унитарной модели в таких странах может оказаться более приемлемым уточнение в соответствующих нормах тех критериев, которые позволяют суду проявлять патерналистскую опеку. Ближе всего к этому варианту, как мы видели, приблизились Принципы УНИДРУА.

14. При этом независимо от того, какая модель используется, в договорном праве всех развитых стран существуют специальные инструменты судебного контроля справедливости отдельных видов договорных условий. Например, такой контроль предусматривается во всех странах в отношении договорной неустойки. В некоторых странах судам дозволено снижать несоразмерную неустойку (страны романо-германского права), в других же ответом на чрезмерность неустойки является ее ничтожность (Англия, США). При этом в некоторых странах (например, Германия) делают специальное исключение для неустоек, обещанных коммерсантом, допуская судебный контроль таких условий только в рамках экстраординарного формата (на основании общего принципа добросовестности), в то время как в других странах таких исключений не делают, добиваясь дифференциации степени допустимого патернализма на уровне судебной практики.

В странах с унитарной моделью контроля (США) подобные специальные инструменты существуют, как правило, относительно сепаратно тогда, когда вводились в позитивное право до утверждения соответствующего универсального инструмента коррекции свободы договора. После его утверждения такие специальные ограничения вводятся на основе применения данного инструмента. В странах же с многокомпонентной системой контроля такие специальные режимы, как правило, пополняют «оркестр» и усугубляют проблему пестроты инструментария контроля.

15. Важно также отметить, что в большинстве стран проводят достаточно четкую границу между условиями, касающимися описания основного предметного «ядра» договора (описания товара или услуг) и цены договора, с одной стороны, и иными договорными условиями – с другой. Применительно к первым судебный ex post контроль справедливости, как правило, не применяется или применяется в экстраординарных случаях (например, на основе правил о кабальных сделках в Германии). В отношении же вторых как раз вся система ex post контроля справедливости договорных условий в основном и функционирует. Причины этой дифференциации, как уже отмечалось, лежат в плоскости политики права, и в частности сравнительной оценки вероятности сбоев теории рационального выбора применительно к центральным и периферийным договорным условиям.

При этом следует отметить, что во многих европейских странах исключение условий об основном предмете договора и цене из сферы рутинного контроля справедливости происходит только тогда, когда данные условия выражены ясно и транспарентно. При нарушении этого требования суд часто получает право контролировать справедливость и таких условий, особенно применительно к потребительским договорам.

16. В большинстве стран при построении системы ex post контроля справедливости договора доминирующим является контекст-ориентированный подход к анализу справедливости договорных условий. В рамках такого подхода суд оценивает спорное условие с учетом обстоятельств заключения конкретного договора, сопоставления переговорных возможностей, структуры прав и обязанностей сторон договора в целом и других факторов. В результате применение соответствующих решений в качестве прецедентов для рассмотрения аналогичных дел усложняется, так как в решении суд должен указать все релевантные факторы, повлиявшие на признание условия несправедливым, которые могут далеко не всегда точь-в-точь совпадать с фактами некого нового спора. Соответственно свобода судебного усмотрения при таком подходе расширяется, будучи менее сдерживаемой прецедентными решениями высших судов. Суд часто может признать то или иное отличие в «фактологии» споров в качестве существенного, на этом основании вывести рассматриваемое дело из-под действия соответствующего прецедента (distinguishing) и оценить справедливость спорного условия «с чистого листа». При этом гибкость самой судебной практики значительно возрастает, впрочем, равно как и риски злоупотреблений судами такой дискрецией.

Абстрактный подход, ранее принятый в немецком праве и нацеленный на максимальное ограничение возможности учета всех этих фак-

торов и на оценку в качестве справедливого или несправедливого условия как такового, в итоге был отвергнут. Его преимущества, состоявшие в большей предсказуемости судебной практики, более легком следовании прецедентам, лишь фиксировавшим несправедливость того или иного условия вне зависимости от контекста заключения спорного договора, и меньшей степени судебной дискреции и рисков злоупотреблений ею, оказались менее значимы, чем такие недостатки, как ригидность и неспособность обеспечить политико-правовую легитимность каждого вторжения в сферу договорной свободы[1].

17. Применительно к самой механике ограничения договорной свободы при выявлении несправедливости спорного условия в западных странах выработано несколько основных подходов. Во-первых, несправедливое условие может считаться ничтожным ab initio и не требовать какой-либо судебной или иной процедуры его оспаривания. Такой режим применяется во многих европейских странах к несправедливым потребительским и стандартизированным договорам, а в Германии – еще и к кабальным сделкам. Во-вторых, условие может считаться оспоримым и признаваться недействительным посредством подачи искового заявления или одностороннего заявления пострадавшей стороны в пределах срока давности, начинающего исчисляться с момента попытки реализации этого условия. Такой режим мы встретили в голландском регулировании потребительских договоров и кабальных сделок. Все современные акты международной унификации договорного права предусматривают только лишь возможность одностороннего признания такого условия недействительным или отказа от него с ретроспективным эффектом посредством одностороннего заявления без упоминания альтернативы в виде судебного иска. В-третьих, встречается и такое решение, при котором условие считается действительным, но не обязательным в отношении той стороны, против которой оно направлено (например, Директива ЕС 1993 г.). Соответственно на него эта сторона при желании ссылаться может, в то время как сильная сторона рассчитывать на его применение не вправе. В-четвертых, в некоторых регулятивных режимах в дополнение к основному последствию несправедливости условия (ничтожности, оспоримости или необязательности) слабой стороне дается право просить суд адаптировать спорное условие в целях приведения его в соответствие со стандартами добросовестности и справедливости (например, США, Скандинавские страны). При этом важно отметить, что наметилась четкая тенденция к признанию за судами права на модификацию спорных условий. Такая возможность сейчас при-

[1] *Niglia L.* Transformation of Contract in Europe. Kluwer Law International. 2003. P. 5.

знана во всех наиболее авторитетных актах международной унификации договорного права (Принципы европейского контрактного права, Принципы УНИДРУА, DCFR).

При этом в странах с многокомпонентной моделью контроля зачастую могут сосуществовать разные последствия выявления несправедливых условий применительно к разным режимам контроля. Так, например, в Голландии одновременно с механизмом внесудебного или судебного оспаривания потребительских договоров существует режим ничтожности иных условий договоров, нарушающих принципы разумности и справедливости (ст. 6:248). DCFR же предусматривает необязательность несправедливых условий потребительских договоров и одновременно – право на одностороннее оспаривание несправедливых условий кабальных договоров. Думается, что далеко не всегда такая пестрота последствий выявления заслуживающих ограничения несправедливых условий может быть оправданна с политико-правовой точки зрения.

18. Отмеченное выше многообразие подходов к регулированию вопросов судебного контроля справедливости договорных условий в разных странах обусловлено не столько различиями в позитивном праве (это скорее следствие), сколько в правовой политике и общей институциональной среде. Именно эти факторы преимущественно определяют не только содержание позитивного права, но и правоприменительную деятельность. В конечном счете в ряде случаев одни и те же положения законодательства использовались в разных странах по-разному. Так, например, положение об исполнении обязательств в соответствии с требованиями доброй совести, а также указание на необходимость соответствия сделки добрым нравам, которые присутствуют и в ГГУ, и ФГК, в разной степени были использованы французскими и немецкими судами. Как мы отмечали, немецкие суды использовали эти нормы как основание для активного патерналистского вмешательства в сферу автономии воли сторон, сформировав обширный массив судебной практики по данному вопросу. Французские же суды использовали эту возможность гораздо скромнее.

Характер применения судами имеющихся у них механизмов защиты слабой стороны договора зависит от множества исторических, идеологических, социально-экономических и политических факторов, которые находятся за рамками собственно догматики права и относятся скорее к его политике. Здесь и реальное состояние, и интенсивность экономического оборота; доминирующие модели распределения товаров и иных ресурсов; степень присутствия государства в экономике; доверие к независимости и беспристрастности судов; эффективность работы законодательных органов; наличие негативного или позитив-

ного опыта реализации судами широкой свободы усмотрения в прошлом; доминирующие в обществе и элитах этические и экономические воззрения; степень демократичности государства; господствующие в доктрине и судебной системе представления о сравнительной важности ценностей стабильности и справедливости в правоприменении; отношение судов к вопросу о степени их допустимого вмешательства в сферу автономии воли сторон; преимущественное господство ценностей индивидуальной ответственности или коллективной солидарности; популяризация патерналистских ценностей и идеологии социального государства, заботящегося об экономических интересах широких масс населения, и т.п.

Договорное право представляет собой не автономную систему правил, берущую свое начало в нормах позитивного права, а является результатом взаимодействия судов, научной доктрины и законодателя в проведении в жизнь этих существующих в конкретный момент времени политико-правовых начал. Поэтому различия в общей институциональной среде и доминирующих политико-правовых установках обусловливают различия в законодательном регулировании защиты от несправедливых договорных условий, а также в интерпретации и степени интенсивности применения этого законодательства судами.

Тем не менее все вышесказанное не отменяет наличие общих тенденций регулирования судебного ex post контроля справедливости договорных условий как минимум в развитых с экономической точки зрения странах. Главная из таких тенденций состоит в постепенной универсализации режима судебного контроля справедливости договоров.

Завершая компаративный анализ, следует отметить, что зарубежный опыт важен как для понимания крайней неразвитости российского регулирования данной фундаментальной проблемы, так и для разработки путей реформирования российского законодательства и развития судебной практики. Но этот же анализ показывает, что и в зарубежном праве вопросы о пределах патернализма в договорном праве и моделях судебного контроля справедливости договорных условий, несмотря на необозримый объем литературы, постоянное обращение к этой проблематике судов и не прекращающиеся эксперименты в сфере совершенствования законодательства, не получили абсолютно однозначные и бесспорные решения. Это создает условия для критической переработки соответствующего компаративного материала и самостоятельного поиска оптимальных решений, вбирающих лучшее из зарубежного опыта, развивающих разумные тенденции, отсеивающих неудачные модели и способных быть адекватными российским реалиям.

Глава 2. Общие инструменты ex post контроля справедливости договорных условий в контексте российского права

§ 1. Общие замечания

Как мы уже отмечали в т. 1 книги, интенсификация судебного контроля справедливости договорных условий предопределена целым рядом факторов, которые в полной мере присутствуют и в российских реалиях. Эта тенденция базируется на социально-экономических принципах организации экономики государства «всеобщего благосостояния» (социального государства). С учетом того, что принципы социального государства сейчас в той или иной степени реализуются во всех развитых странах, а также принимая во внимание то, что данная идеология однозначно закреплена в Конституции РФ, у российского договорного права, если оно хочет соответствовать этим более общим политико-правовым установкам, нет другого выбора, кроме как реализовывать эти принципы на уровне конкретных законодательных норм и судебной практики. Защита слабой стороны договора (работника, потребителя, клиента монополиста и т.п.) от навязываемых ей несправедливых договорных условий – это то, чего, оставаясь в рамках данной политико-экономической парадигмы, избежать просто невозможно.

Каким же образом действующее российское гражданское законодательство отвечает на этот запрос? На самом общем уровне следует отметить, что в российском законодательстве очевидны признаки скорее многокомпонентной европейской, чем унитарной американской модели контроля справедливости договорных условий. Как мы далее покажем, в ГК РФ закреплено несколько общих и специальных норм, нацеленных на прямой контроль справедливости договорных условий, а также ряд норм, способных при определенной их интерпретации также выполнять данную функцию.

Если бы российское гражданское законодательство создавалось в настоящее время с нуля, выбор в пользу унитарной модели был бы, возможно, наиболее разумным. Унитарная модель создает системно согласованный, универсальный и достаточно гибкий инструмент контроля справедливости договорных условий исходя из того, что единая функция (судебный контроль справедливости договора) должна предполагать и единый инструментарий защиты. При этом минимизировались бы риски возникновения пограничных конфликтов, неоправданной пестроты регулирования в отношении сходных явлений, вероятность случаев, не подпадающих под действие ни одного из этих специальных институтов и пр.

Тем не менее думается, что с учетом того, что в действующем ГК РФ очевидны признаки многокомпонентной модели, издержки по полной ее реконструкции были бы, видимо, не оправданны. Но это отнюдь не означает, что отсутствует пространство для совершенствования существующей системы.

При условии такого совершенствования российская правовая система вполне могла бы приблизиться к более-менее эффективной модели судебного ex post контроля в рамках многокомпонентной системы. В общем и целом de lege ferenda в ней можно было бы выделить два основных уровня судебного контроля.

Во-первых, следовало бы сформировать правовые основания судебного контроля справедливости договоров, заключенных в условиях явного неравенства переговорных возможностей. Как отмечалось в т. 1 книги, именно договоры, заключенные в условиях несопоставимых переговорных возможностей, являются основной мишенью специальных механизмов ex post контроля. Здесь следует выделить в первую очередь правовой режим контроля справедливости потребительских договоров и договоров, заключенных лицами, занимающими доминирующее положение на рынке.

Во-вторых, необходимо иметь общий механизм контроля несправедливых условий на те исключительные случаи, когда аномальное содержание договора однозначно требует судебного вмешательства, но отсутствуют достоверные доказательства наличия пороков воли или эксплуатации явного неравенства переговорных возможностей. Указанный «корректор» последней инстанции должен носить экстраординарный, исключительный характер и предназначаться для применения в случаях, когда несправедливый характер условия имеет настолько явно выраженный характер, что «шокирует совесть».

Безусловно, два приведенных выше уровня судебного контроля справедливости договоров не формируют некий закрытый список. Не стоит забывать о том, что в законодательстве могут быть закреплены и специальные режимы судебного контроля справедливости отдельных видов условий (например, о договорной неустойке). Кроме того, публично-правовое законодательство может уточнять процедурные детали административного содействия контролю справедливости отдельных видов договоров (например, договоров лиц, занимающих доминирующее положение на рынке). Смысл включения в законодательство подобного рода специального регулирования может состоять в том, чтобы либо стимулировать более активный судебный контроль, либо, наоборот, сделать его более сдержанным, либо зафиксировать те или иные его процессуальные особенности (например, дополнить гражданско-правовой инструментарий административными мерами).

В свете данных общих замечаний попробуем проанализировать существующую в настоящее время в России систему норм, направленных на контроль справедливости договорных условий.

Из инструментов прямого ex post контроля справедливости договорных условий, которые сейчас закреплены в российском гражданском законодательстве, следует выделить: 1) общую норму ст. 428 ГК РФ, дающую суду право ограничить свободу договора в части несправедливых условий договора присоединения; 2) норму ст. 179 ГК РФ, допускающую оспаривание кабальных сделок; 3) норму ст. 16 Закона о защите прав потребителей о запрещении договорных условий, нарушающих права потребителя, предусмотренные потребительским законодательством (в ее интерпретации в качестве ex post «корректора» судами); 4) норму ст. 333 ГК РФ, которая нацелена на ex post коррекцию свободы договора в части размера договорной неустойки; 5) норму п. 3 ст. 42 Семейного кодекса РФ, который запрещает указывать в брачном договоре условия, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение; 6) нормы Закона о защите конкуренции, дающие основания для оспаривания несправедливых договорных условий, навязываемых в результате злоупотребления доминирующим положением.

Нормой же, которая хотя и не задумана в качестве универсального «корректора» последней инстанции, способного ограничивать договорную свободу в тех случаях, которые не подпадают под соответствующие общие и специальные режимы, но может при определенной ее интерпретации судами выполнять аналогичную функцию, является положение ст. 10 ГК РФ о недопустимости злоупотребления правом. Такой инструмент может использоваться для блокирования случаев вопиющей несправедливости договорных условий и тем самым обеспечивать реализацию субсидиарного по своему статусу режима экстраординарного контроля.

Далее мы постараемся подвергнуть анализу формирующийся в России законодательный режим судебного контроля справедливости договоров и наметить возможные пути развития российского законодательства и судебной практики в данном направлении.

§ 2. Контроль справедливости договорных условий в соответствии со ст. 428 ГК РФ

Феномен стандартизации договорных условий

Причины введения в оборот стандартизированных договоров

Как уже отмечалось нами в рамках компаративного анализа, XX в. в договорном праве – это прежде всего век роста потребительского сек-

тора экономики и повсеместной экспансии стандартных договоров. Не будет преувеличением сказать, что не менее 95% всех заключаемых в обороте договоров являются потребительскими. И практически все они содержат стандартные условия и заключаются по принципу присоединения («take-it-or-leave-it»), т.е. без проведения каких-либо переговоров по большинству договорных условий. При этом феномен стандартизации характерен отнюдь не только для потребительских договоров: такая модель заключения договора не является редкостью и для чисто коммерческих контрактов. Но именно в потребительских договорах она встречается практически всегда.

Понятие договора присоединения впервые появилось в начале XX в. во французской доктрине благодаря трудам знаменитого французского юриста Раймона Саллейля[1]. Он ввел понятие договора присоединения для тех случаев, когда один контрагент вырабатывает все договорные условия, в то время как другая сторона никакого участия в выработке условий договора не принимает; а сама сделка заключается путем заявления о согласии (присоединения)[2]. Он также выделял три, на его взгляд, существенных признака договора присоединения: 1) его заключение между сторонами, одна из которых имеет доминирующее положение в экономическом плане; 2) оферта при заключении такого договора рассчитана на неопределенный круг лиц и неоднократное применение; 3) условия договора разработаны одной из сторон, а другой стороне остается лишь на них согласиться. Для начала XX в. признание специфики договора присоединения имело явно новаторский характер, поскольку в то время право было все еще проникнуто идеей трактовать

[1] *Saleilles R.* De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand. 1901. P. 229 (текст доступен в Интернете на сайте: http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%2222051_00000243.gif%22).

[2] Любопытно отметить, что до середины XX в. условия таких договоров иногда рассматривались в качестве составной части объективного права, а именно в качестве автономных, негосударственных норм (так называемая нормативная теория). В значительной степени это объяснялось тем, что до Второй мировой войны и в военное время разработанные различными объединениями предпринимателей «общие условия договоров» признавались рядом государств общеобязательными и даже возводились в ранг императивных норм. В немецкой доктрине данный подход объяснялся принципом чрезвычайного положения и рассматривался в качестве исключения. После Второй мировой войны принципы рыночной экономики, а вместе с ней и договорной свободы были в значительной степени восстановлены, что отразилось и на понимании природы условий, используемых в договорах присоединения. В настоящее время доминирующей является договорная теория, в соответствии с которой стандартные условия, в том числе и условия потребительских договоров, рассматриваются в качестве договорных условий, основанных на соглашении сторон. См.: *Клочков А.А.* Стандартные (общие) условия договоров в коммерческом обороте: правовое регулирование в России и зарубежных странах: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 25, 26.

договор как соединение двух свободных воль и как символ либерального индивидуалистического мира[1].

Повсеместное распространение стандартных форм договора оказало беспрецедентное влияние на ход развития договорного права в XX в. Оно было связано с развитием массового производства, урбанизацией, формированием среднего класса горожан, лишенных возможности самообеспечения за счет натурального хозяйства, и рядом иных причин, которые в совокупности повлекли взрывное возрастание количества заключаемых договоров[2]. Эта «договорная революция» вызвала потребность в рационализации процедуры заключения договора[3]. Ответом на этот вызов и стало использование коммерсантами заранее сформулированных ими в расчете на неоднократное применение стандартных условий и стандартных форм договоров. Однажды разработав условия договора, предприниматель начинает использовать их во всех договорах, заключаемых по поводу данного товара или услуг.

В числе достоинств использования стандартных условий обычно отмечается оперативность заключения договора и значительное сокращение трансакционных издержек[4]. Без стандартизации содержания договоров компания была бы вынуждена согласовывать с каждым отдельным контрагентом весь спектр договорных условий (включая такие условия, как условия об ограничении ответственности, о порядке расторжения договора, о качестве товара и т.п.)[5]. В условиях массового производства, когда многие компании (банки, страховые компании, торговые сети и т.п.) заключают тысячи, миллионы договоров ежемесячно, альтернатив стандартизации договоров просто нет[6]. В противном случае трансакционные издержки, возникающие при заключении

[1] *Цыпленкова А.В.* Договор присоединения как особая категория гражданского права: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 22.

[2] *Niglia L.* Transformation of Contract in Europe. Kluwer Law International. 2003. P. 105; *Хохлов С.А.* Новое договорное право России // Гражданский кодекс России: Проблемы. Теория. Практика / Отв. ред. А.Л. Маковский. М., 1998. С. 424.

[3] *Шапп Я.* Система германского гражданского права. М., 2006. С. 292.

[4] Определение понятия «трансакционные издержки» является одним из наиболее дискуссионных в направлении Law and Economics (экономический анализ права). См., напр.: *Schlag P.* The Problem of Transaction costs // 62 S. Cal. L. Rev., 1988–1989. В данном контексте под трансакционными издержками понимаются затраты, связанные с поиском контрагента, согласованием условий договора, добровольным или принудительным исполнением условий договора. См.: *Heckathorn D., Maser S.* Bargaining and the Sources of Transaction Costs: The Case of Government Regulation // 3 Journal of Law, Economics and Organization. 1987. P. 75.

[5] Corbin on Contracts. Matthew Bender & Company. 2006, § 1.4 Contracts of Adhesion.

[6] *Priest G.* A Theory of the Consumer Product Warranty (1980–1981) // 90 Yale LJ 1297.

каждого отдельного договора, оказались бы настолько высокими, что это просто заблокировало бы развитие рынков[1].

Соответственно благодаря стандартизации договорных условий возрастает экономическая эффективность сделок: предприниматель несет затраты на подготовку текста договора только единожды, распределяет эти затраты на множество последующих договоров, заключенных на таких условиях, и избегает неоправданных издержек по ведению по ним переговоров. При этом от использования стандартизированных условий выигрывает и другая сторона, поскольку такое сокращение трансакционных издержек приводит к снижению затрат на конкретную сделку и в силу известных как минимум со времен А. Маршалла микроэкономических закономерностей в условиях конкурентного рынка в долгосрочной перспективе, как правило, влечет снижение конечной цены товаров и услуг.

Но существует и множество иных преимуществ, которые предоставляет использование стандартных условий. В частности, стандартизация условий дает контрагенту возможность делегирования процесса заключения договора рядовому персоналу, которому достаточно вписать лишь несколько условий в договор, в то время как юридически сложные вопросы уже заранее разрешены юристами головного офиса в тексте стандартного формуляра, правилах страхования и т.п.[2] Тем самым компания получает возможность спустить процесс одобрения сделок на уровень рядового персонала, не опасаясь его ошибок и нелояльности при согласовании договорных условий.

В конечном счете эпоха массового производства и потребления породила новую форму договорной работы[3]. И пытаться подвергнуть сомнению обоснованность такой практики нет никаких оснований.

В свое время на заре распространения практики стандартизации договорных условий ее пытались (изредка и сейчас пытаются) объяснить преимущественно монополизацией рынка, сосредоточением его в руках ограниченного круга лиц[4]. В американской литературе в свое вре-

[1] Один американский автор заявил в свое время, что «стандартные условия стали настолько естественной частью человеческой жизни, поскольку все мы в современных условиях нуждаемся в свободе от выбора и свободе от информации». См.: Restatement (Second) of Contracts. Presentation of Tentative Draft N 5 // 47 A.L.I. Proc. 1970. P. 485.

[2] Это позволило некоторым юристам утверждать, что появление договоров присоединения является одним из наиболее значительных достижений в области права. См.: *Beatson J.* Anson's Contract Law. 28th ed. Oxford, 2003. P. 163.

[3] *Rakoff T.* Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction // Harvard Law Review. 1983. № 96. P. 1229.

[4] *Kessler F.* Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract (1943) // 43 Columbia LR, 640; *Raiser L.* Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hermann Gentner Verlag, 1935. S. 283; *Zweigert K., Kötz H.* Introduction to Comparative Law. 3rd ed. / Transl. by T. Weir. Oxford, 1998. P. 336. Lord Diplock // A Schroeder Music Publishing Co Ltd

мя было даже высказано опасение, что стандартные формы договоров могут стать эффективным орудием в руках могущественных индустриальных *«гигантов-сюзеренов»* для установления нового *«феодального»* порядка в отношении огромной массы *«вассалов»*[1]. Некоторые авторы отмечали, что свобода договора в отношении потребителя в ряде случаев проявляется лишь в свободе выбора той организации, которая будет над ним *доминировать*[2]. Другие же комментаторы сгущали краски еще больше и указывали, что в условиях распространения практики стандартизации договорных условий принцип договорной свободы при известных условиях может явиться фактором настоящего экономического *рабства*[3].

Как показывает реальная договорная практика, подобные устрашающие «аллегории» не вполне оправданны. Столь однобокий подход был отвергнут как «плохой экономический анализ и плохая юридическая теория»[4]. Ошибка критиков феномена стандартизации договорных условий состояла в том, что они не замечали, что в реальности центральные условия типичного стандартизированного договора предопределяются не только желанием этой стороны, но и условиями конкурентов. При конкурентном состоянии рынка каждая компания при установлении условий своих стандартизированных проформ вынуждена учитывать запросы потребителя и условия, предлагаемые конкурентами, если, конечно, она не желает быть вытеснена с рынка.

Точно по тем же причинам, по которым конкурентная рыночная экономика заставляет компании выводить на рынок все новые и более удобные потребителю товары и услуги, компании под давлением конкурентов вынуждены улучшать ценовые условия своих стандартизированных договоров (снижать цены или процентные ставки, предоставлять отсрочки и т.п.). Как мы отмечали, эта закономерность срабатывает в основном применительно к центральным условиям договора, фиксирующим основной предмет договора, цену или некоторые иные основные параметры сделки, и дает серьезные сбои в отношении условий периферийных. Тем не менее нет никаких оснований испытывать к феномену стандартизации договорных условий предубеждение, основанное на том, что она *полностью* порабощает волю потребителя. В части центральных договорных условий эта воля, как правило, сохраняет

v. Macaulay [1974] 1 WLR 1308, 1316; *Ершов Ю.Л.* Принцип свободы договора и его реализация в гражданском праве Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 144.

[1] *Kessler F.* Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract (1943) // 43 Columbia LR, 640.

[2] *Rakoff T.* Op. cit. P. 1229.

[3] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 2003. С. 261.

[4] *Veljanovski C.G.* Economic Principles of Law. 2007. P. 132.

свой независимый статус. Ведь в условиях конкуренции потребитель, как правило, всегда может обратиться к другому участнику рынка, готовому предложить «лучшие» центральные условия.

Также неверна идея о сильной каузальной связи между монополизацией рынка и стандартизацией договорных условий. Хотя, безусловно, чем выше рыночная власть контрагента, тем проще ему отказаться от переговоров и авторитетно навязывать партнерам свои стандартные условия, нет никаких сомнений, что стандартизация договоров встречается в не меньшей степени и на тех рынках, где существует достаточно развитая конкуренция. Как уже отмечалось, стандартизация договорной работы в современных условиях является неизбежным следствием развития массового производства и спроса. Минимизация трансакционных издержек является настолько сильным фактором, что часто обусловливает формальное согласие со стандартными условиями даже со стороны достаточно сильного участника гражданского оборота, который может быть значительно «мощнее» той стороны, которая разрабатывает соответствующие условия[1].

Иначе говоря, нет никаких оснований предъявлять претензии самой практике стандартизации договорных условий как таковой и тем более пытаться каким-то образом с этой практикой бороться.

Риски стандартизации договоров

Но не стоит впадать и в иную крайность, игнорируя риски, которые сопряжены со стандартизацией договорных условий. Исключение контрагента из процесса согласования текста договора действительно часто создает риски заключения договора с не вполне справедливым содержанием, наиболее выгодным той стороне, которая разрабатывает стандартные условия, и часто ущемляющим интересы присоединяющейся стороны. Юристы, принимающие участие в разработке таких условий, желая защитить интересы прежде всего своего клиента или работодателя, об этом обязательно позаботятся[2].

Как отмечается в литературе, одними из первых эти открывающиеся возможности новой техники договорной работы осознали и начали в полную силу использовать страховые компании[3]. Опыт показал, что в ответ на включение в такие договоры и правила страхования, на которые в таких договорах содержится отсылка, односторонних и не вполне сбалансированных условий, большинство страхователей, которых устраива-

[1] См.: *Basedow*. Münchener Kommentar. Vor § 305. Rn. 5. Цит. по.: *Markesinis B., Unberath H., Johnston A.* The German Law of Contract. P. 165.

[2] *Rakoff T.* Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction // 96 Harvard LR. 1983. P. 1222.

[3] *Patterson*. Unsecured Creditor's Insurance (1931) // 31 Columbia LR. P. 212.

ли некоторые базовые параметры сделки (например, страховые премия и сумма), не выставляют никаких возражений в отношении большинства иных условий, принимая их безропотно и зачастую даже не читая. Осознание перспектив, которые предоставляет такое поведение потребителей, спровоцировало массу злоупотреблений со стороны компаний, разрабатывающих стандартные условия. В стандартизированных формулярах стали появляться «периферийные» условия, исключающие или ограничивающие ответственность стороны, их использующей, различного рода арбитражные оговорки, предусматривающие выгодную этой стороне модель рассмотрения споров, и другие подобные, зачастую не вполне сбалансированные, а иногда просто явно несправедливые условия.

Итак, несмотря на все свои преимущества, использование стандартных условий неизбежно несет в себе опасность нарушения справедливого баланса прав и обязанностей между сторонами. Как мы показали в т. 1 книги, даже при заключении классического индивидуально согласованного договора теория рационального выбора может давать сбои. При проставлении, например, рядовым потребителем подписи под многостраничным договором, напечатанном мелким шрифтом, теория рационального выбора не срабатывает еще чаще.

Это позволяет некоторым юристам сделать вывод, что в принципе не стоит ожидать, что условия договора, составленные без участия другой стороны, будут отражать ее интересы[1]. Это не вполне точно. Многие стандартные договорные условия хотя зачастую и не могут быть названы сбалансированными, но, как правило, не выглядят как абсолютно односторонние. Тем не менее действительно использование стандартных форм договора открывает предпринимателю достаточно широкие возможности по злоупотреблению своей «монополией» на определение условий договора. Коммерсанты далеко не всегда используют эту возможность «по-максимуму» в силу ограничений, накладываемых конкурентной борьбой (особенно в части центральных условий) и фактором репутации, но риск возникновения явно несправедливых договорных условий при использовании практики стандартизации как минимум потребительских договоров значительно повышается.

Таким образом, хотя в самом факте использования стандартизированных условий договора, как мы показали, нет ничего противоестественного или несправедливого по определению, такая договорная практика создает условия, при которых злоупотребления свободой договора становятся куда более вероятными, чем при заключении индивидуально согласованного договора.

[1] Explanatory Memorandum to the Proposal for a Council Directive on Unfair Contract Terms. 3 September. 1990. COM(90) 322 final – Syn 295.

Причины согласия потребителя на несправедливые стандартизированные условия

Но почему законы спроса и предложения и конкуренция не всегда стимулируют коммерсантов привлекать новых клиентов, улучшая условия своих стандартных проформ? И что заставляет потребителя соглашаться с предлагаемыми ему несправедливыми стандартными условиями? Ведь в конце концов присоединение или неприсоединение к стандартным условиям является его свободным выбором, и никто его к тому или иному решению, как правило, не принуждает. Если потенциального потребятеля не устраивают предложенные условия, он, казалось бы, может обратиться к конкуренту.

Имеется несколько основных причин того, что контрагент парадоксальным на первый взгляд образом часто соглашается на условия, не влекущие Парето-улучшение (т.е. ему не выгодные), а также безропотно принимает хотя и Парето-оптимизирующие, но явно несправедливые стандартные условия.

Во-первых, практически каждое юридическое лицо имеет свои стандартные условия, используемые при заключении договоров в сфере своей основной экономической деятельности (университеты, больницы, страховые компании, банки, торговые сети и т.п.). При этом часто эта организация вполне готова вступать в переговоры по их изменению, если контрагент проявит такую инициативу. Но во многих случаях, когда эта договорная практика сочетается с наличием у стороны, использующей такие стандартные условия, доминирующей рыночной власти, эта сторона может достаточно безболезненно для себя исключить ведение переговоров. Указанная сторона, осознавая свои структурные переговорные преимущества, может перейти к практике заключения договоров сугубо по принципу присоединения. В таких случаях согласие контрагента является вынужденным, так как конкуренция ограничена и других альтернатив у него зачастую попросту нет. Как минимум там, где использование стандартных условий сочетается с подавляющей рыночной властью, данная практика фактически лишает контрагента возможности избежать принятия таких условий[1]. У него в данном случае все равно остается выбор, но это выбор между принятием предложенных условий и полным отказом от самой идеи совершения данной экономической трансакции. Остается только уточнить, что проблему здесь создает не столько стандартизация договорных условий, сколько явное неравенство переговорных возможностей.

[1] *Niglia L.* Transformation of Contract in Europe. Kluwer Law International. 2003. P. 106; *Angelo A., Ellinger.E.* Unconscionable contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany and the United States // 14 Inteternational and Comparative L.J. 1991–1992. P. 456.

Во-вторых, даже тогда, когда сторона, использующая стандартные условия, теоретически и могла бы пойти на переговоры, попытка контрагента их инициировать часто сопряжена со значительным ростом его трансакционных издержек. Время, которое необходимо для проведения таких переговоров в условиях современного сверхдинамичного оборота, зачастую просто не адекватно потенциальной выгоде от изменения договорных условий. Ведь, как мы уже отмечали, использование в договорной работе одной стороны стандартизированных условий зачастую является средством минимизации ее трансакционных издержек и рисков нелояльности рядового персонала, которому эта сторона делегировала компетенцию по заключению договоров. Соответственно, если контрагент пытается выставить протокол разногласий или иным образом выражает желание отойти от предложенных стандартных условий, эта попытка даже при принципиальной готовности первой стороны вести переговоры предполагает значительное удлинение сроков согласования (так как вынуждает поднять вопрос на уровень топ-менеджмента).

Как отмечают К. Цвайгерт и Х. Кетц, то, что даже опытные коммерсанты зачастую принимают не вполне сбалансированные условия стандартных проформ, предлагаемые их контрагентами, объясняется не столько неравенством переговорных возможностей как таковых, сколько проблемой высоких трансакционных издержек (в первую очередь временных издержек ведения переговоров). Указанные авторы задаются вопросом: с какой стати покупатель пылесоса будет тратить время на споры с продавцом об условии о возложении на покупателя транспортных расходов по возврату продавцу проданного им дефектного пылесоса, если из 100 пылесосов лишь один может быть дефектным, а сами транспортные расходы в любом случае не будут значительными?[1] Осознание этого факта открывает компании, использующей стандартные условия, широкие возможности по включению в договор подобных не вполне справедливых и сбалансированных условий без рисков возникновения слишком частых возражений со стороны контрагентов.

В-третьих, очевидное неравенство переговорных возможностей возникает при заключении договора между профессиональным коммерсантом и потребителем (асимметрия профессионализма). Последний, не будучи юридически и экономически подготовлен, часто испытывает серьезные сложности с пониманием самой сути многостраничных стандартных условий (например, правил страхования). В резуль-

[1] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М. 2000. С. 21, 22.

тате многим потребителям, которые не в состоянии в полной мере осознать смысл сложных юридических конструкций в их соотношении с законодательством и судебной практикой, не остается ничего иного, кроме как заключать договор в некотором смысле «вслепую», надеясь на добросовестность коммерсанта и его озабоченность своей репутацией. Осознание этой структурной профессиональной асимметрии вполне естественно стимулирует практику злоупотреблений, позволяя коммерсантам эксплуатировать некомпетентность простых потребителей, не рассчитывая на то, что они проиграют в конкурентной борьбе. Ведь «эластичность» поведения потребителей и их способность уйти к конкуренту из-за неудовлетворенности предлагаемыми им условиями напрямую зависят от понимания сути этих условий. Когда клиент не способен их понять, не стоит и рассчитывать на «невидимую руку» рынка.

Немаловажную роль играет и тот факт, что уяснение условий договора, отсутствие которого рассматривается в качестве главного основания для вмешательства законодателя и суда в сферу потребительских отношений[1], значительно затрудняется в связи со сложностями в понимании существа и характеристик приобретаемого товара (услуги). В то же время без такого понимания невозможно в полной мере оценить и условия договора, и Парето-эффективность сделки, поскольку гарантийные обязательства, условия об ограничении ответственности и другие подобные условия тесно связаны с характеристиками реализуемых товаров (услуг). Только лицо, которое специализируется на производстве (распространении) соответствующих товаров (оказании услуг), обладает такими познаниями, и это во многом определяет его преимущественное положение по отношению к клиенту (информационная асимметрия).

В-четвертых, проблема во многом возникает и из-за описанного нами в первой части книги феномена дифференцированного внимания среднестатистического потребителя в отношении центральных и периферийных договорных условий. Сопутствующие (периферийные) договорные условия, особенно те, реализация которых отсрочена на будущее и(или) возможна с небольшой долей вероятности, как правило, изучаются потребителем менее внимательно, чем центральные условия договора. Причина достаточно предсказуема – ограниченная рациональность. С одной стороны, заявляют о себе феномены сверхоптимизма и недооценки отложенных издержек и маловероятных рисков. С другой стороны, проявляет себя доказанная неспособность человеческого мозга сопоставлять объекты на основе оценки

[1] *Niglia L.* Transformation of Contract in Europe. Kluwer Law International. 2003. P. 104.

большого количества разнородных параметров. Наконец человеческое мышление, не обремененное качественным экономическим образованием, зачастую просто не в состоянии оценивать адекватность комплекса периферийных условий в их общей совокупности и в сопоставлении с ценой договора.

Иначе говоря, причина того, что некоторые стандартизированные договоры (вопреки предположениям теории рационального выбора) заключаются на несправедливых и экономически не оправданных условиях, связана не только с наличием неравенства переговорных возможностей. Дело еще и в том, что сторона, разрабатывающая стандартные условия, в полной мере осознает, что в отношении большинства сопутствующих условий, не относящихся непосредственно к описанию предмета договора или его цене, присоединяющаяся сторона (в первую очередь потребитель) в силу своей ограниченной рациональности просто не проявляет внимательности и достаточного уровня профессионализма.

Все это приводит в итоге к тому, что, как уже отмечалось в т. 1 книги, коммерсанты просто перестают конкурировать по большинству периферийных условий.

С учетом всех рассмотренных и ряда иных факторов возникает ситуация, когда потребителю зачастую в принципе нет особого смысла читать стандартные условия договора. Если он там найдет что-то, что покажется ему несправедливым, и сможет адекватно оценить это условие в его соотношении с ценой и другими параметрами сделки, то трансакционные издержки поиска другого предложения с более адекватным комплексом ценовых и неценовых условий с низками шансами на успех часто лишают смысла сопротивление навязываемым стандартным контрактам. Действительно, многие ли из нас читают лицензионные условия той или иной компьютерной программы перед ее установкой? Подавляющее большинство этого не делает никогда, автоматически щелкая на клавишу, выбирая опцию «Согласен» и нетерпеливо приступая к установке программы.

В одном из зарубежных судебных решений возникающая в связи с этими причинами проблема показана таким образом: «Покупатель, как правило, не имеет времени для изучения всех условий такого договора; а если он и изучит их, то существует вероятность их неправильного понимания; если же он их правильно поймет и начнет возражать, то ему предложат либо принять все, как есть, либо уходить; если же покупатель откажется от такого договора и пойдет к другому поставщику, то результат будет с большой долей вероятности тот же»[1]. Если допу-

[1] Suisse Atlantique Societe d'Armement Maritime SA v. Rotterdamsche Kolen Centrale [1967] 1 AC 361, 406; *Kessler F.* Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract (1943) // 43 Columbia LR. P. 632.

стить, что речь в этой цитате идет о «периферийных» условиях (а не об условии о цене или основном предмете договора), с этой оценкой стоит в целом согласиться.

В итоге потребителю действительно зачастую не остается другого выбора, кроме как заключать договоры, не читая их многостраничные условия.

Более того, многие стандартные условия в принципе не предназначены для того, чтобы их читали и внимательно анализировали. Иначе они утрачивают главное свое преимущество –обеспечение оперативности заключения договора[1]. Не случайно на практике присоединяющейся стороне нередко предлагается лишь подписать небольшой документ – «заказ», «соглашение», «полис», которые содержат в себе лишь наиболее важные параметры сделки, в отношении которых потребитель, как правило, проявляет интерес и «эластичность» поведения, и отсылку к другим стандартным условиям, чтение которых потребителем в принципе даже не предполагается.

С учетом всего вышеизложенного расширение практики заключения договоров на стандартных условиях в сочетании с вышеизложенными поведенческими феноменами действительно открывает достаточно широкие возможности для злоупотребления своей властью над содержанием договора.

В этой связи неудивительно, что как зарубежное, так и российское законодательство содержит инструменты реагирования правовой системы на создаваемые этой договорной практикой риски. Отсюда и появление в большинстве стран императивных норм, ограничивающих свободу потребительского (а в некоторых странах и просто стандартизированного) договора, и предоставление судам дискреции по оценке справедливости содержания именно таких договоров. Отсюда же и отечественная попытка ограничения свободы определения условий договора присоединения, реализованная в ст. 428 ГК РФ.

Общая характеристика норм ст. 428 ГК РФ

Положения ст. 428 являются одной из новелл части первой ГК РФ[2]. Ими предусмотрено право суда по иску присоединяющейся стороны расторгнуть или изменить договор присоединения, если при его заключении присоединяющейся стороне были навязаны явно несправедливые условия.

Буквально данная норма гласит следующее:

---

[1] *Leff A.* Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause // 115 University of Pennsylvania Law Review. 1967. P. 504.

[2] *Брагинский М.И.*, *Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 2003. С. 258.

«1. Договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

2. Присоединившаяся к договору сторона вправе потребовать расторжения или изменения договора, если договор присоединения хотя и не противоречит закону и иным правовым актам, но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида, исключает или ограничивает ответственность другой стороны за нарушение обязательств либо содержит другие явно обременительные для присоединившейся стороны условия, которые она исходя из своих разумно понимаемых интересов не приняла бы при наличии у нее возможности участвовать в определении условий договора.

3. При наличии обстоятельств, предусмотренных в пункте 2 настоящей статьи, требование о расторжении или об изменении договора, предъявленное стороной, присоединившейся к договору в связи с осуществлением своей предпринимательской деятельности, не подлежит удовлетворению, если присоединившаяся сторона знала или должна была знать, на каких условиях заключает договор».

Несмотря на то что ст. 428 ГК РФ существует уже более 15 лет, реальная практика ее применения до сих пор крайне скудна. В подавляющем большинстве судебных решений, в которых упоминается данная статья, она приводится, как говорится, в качестве своего рода «аргументационной массовки» и не является предметом глубокой оценки судом, а сам спор разрешается на основании других норм[1]. И дело здесь не в том, что проблематика злоупотреблений при использовании стандартных условий не актуальна для России, и не в том, что слабая сторона не хочет тратить время и средства на споры с экономически более сильной стороной, как полагают некоторые авторы[2]. Основная причина кроется в том, что, как будет показано далее, нынешняя редакция ст. 428 ГК РФ является крайне неудачной.

[1] См., напр.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 30 сентября 2004 г. № А79-2319/2004-СК2-2133; постановления ФАС Восточно-Сибирского округа от 22 ноября 2007 г. № А78-1733/07-Ф02-8360/07 по делу № А78-1733/07, от 8 февраля 2007 г. № А33-11227/06-Ф02-7292/06-С1 по делу № А33-11227/06; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 13 сентября 2007 г. № Ф04-6250/2007(38048-А45-8) по делу № А45-17105/2006-47/459; Постановление ФАС Московского округа от 1 ноября 2008 г. № КГ-А40/8933-08 по делу № А40-10952/08-84-156; Постановление ФАС Поволжского округа 18 января 2008 г. по делу № А12-8682/07; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 1 декабря 2008 г. № Ф08-7160/2008 по делу № А32-8727/2007-27/119; Постановление ФАС Уральского округа от 1 сентября 2008 г. № Ф09-6199/08-С5 по делу № А71-10735/2007 и ряд других.

[2] *Кучер А.Н.* Теория и практика преддоговорного этапа: Юридический аспект. М.: Статут, 2005. С. 313.

При этом в случае реализации опубликованных планов законодательной реформы гражданского законодательства данная статья может «ожить» и постепенно превратиться в основной инструмент судебного контроля справедливости условий договора.

Далее мы постараемся рассмотреть ныне существующий режим договора присоединения, проанализировать предложения по изменению ст. 428 ГК РФ и наметить пути совершенствования гражданского законодательства.

Сфера применения ст. 428 ГК РФ

Присоединение – вопрос права или факта?

Одной из отправных точек для определения сферы применения положений ГК РФ о договоре присоединения является решение вопроса о том, что является ключевым фактором при отнесении того или иного соглашения к договору присоединения: абсолютная невозможность *в принципе* заключить подобный договор иными способами, кроме как путем присоединения к его условиям в целом, либо же относительная *невозможность для отдельно взятой присоединившейся стороны* изменить условия данного конкретного договора, устанавливаемая судом в каждом конкретном случае с учетом всех обстоятельств дела и переговорных возможностей сторон в частности.

В настоящее время доминирующим в литературе является первый подход. Как отмечает В.В. Витрянский, «кодекс исключает случаи, когда любая коммерческая организация разработает свои стандартные формы, и потребителям останется не вырабатывать условия договора, а только присоединиться либо не присоединиться. Особенно это касается монополий или естественных монополий. Дело в том, что к договору присоединения относятся только такие договоры, которые не могли быть заключены иначе чем путем присоединения одной стороны к стандартным условиям, предложенным другой стороной»[1]. В другом месте В.В. Витрянский пишет: «...основным признаком типовой конструкции договора присоединения является не фактический способ заключения договора (когда предложенный одной стороной и подписанный другой текст договора представлял собой стандартный формуляр, разработанный одной из сторон), а то обстоятельство, что условия этого договора могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (п. 1 ст. 428 ГК). Однако ни законодательство, ни банковская практика не исключают возможности заключения сторонами кредитного договора путем выработки его

[1] *Витрянский В.В.* Гражданский кодекс о договоре // Вестник ВАС РФ. 1995. № 10. С. 108.

условий по совместному волеизъявлению сторон»[1]. Из данных утверждений можно сделать вывод, что, по мнению В.В. Витрянского, для квалификации соглашения в качестве договора присоединения, необходимо, чтобы позитивное право исключало возможность сторон вести переговоры по условиям договора.

По существу аналогичное мнение высказывает и О.Р. Зайцев, отмечая, что «если нет нормы права, исключающей возможность для присоединяющейся стороны изменять стандартную форму, то само по себе заключение договора по стандартной форме для другой стороны не делает этот договор договором присоединения»[2]. Б.М. Сейнароев также, по-видимому, относит квалификацию соглашения как договора присоединения к вопросам права. Он отмечает, что «способом присоединения, по нашему мнению, могут быть заключены различные договоры, в том числе договоры на энергоснабжение, газоснабжение, перевозки транспортом общего пользования, гостиничного обслуживания и т.п., если такой способ заключения договора будет закреплен соответствующим нормативным актом»[3].

Из недавних публикаций стоит упомянуть также статью Р.С. Бевзенко, который de lege lata отмечает, что положения ст. 428 ГК РФ о договоре присоединения могут быть применены только в тех случаях, когда заключение договора осуществляется путем подписания предложенного одной из сторон проекта договора в ситуации, когда у другой стороны нет юридической (а не фактической!) возможности влиять на его содержание[4].

В результате развития этого взгляда в научной доктрине многие суды перестали применять правила ст. 428 ГК к тем случаям, в которых договор заключался путем навязывания контрагенту стандартной проформы, но не имелось закона, который формально исключал бы возможность вести переговоры по условиям такого договора. Для некоторых судов то, что присоединяющаяся сторона была потребителем или по иным причинам была лишена реальных шансов заставить своего кон-

[1] *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований. М.: Статут, 2006. С. 390, 391.

[2] *Зайцев О.Р.* Договор доверительного управления паевого инвестиционного фонда. М.: Статут, 2007. Справедливости ради необходимо отметить, что данный автор признает, что de lege ferenda концепция договора присоединения должна быть иной, позволяющей обеспечить защиту лиц, которые не по юридическим, а по экономическим причинам не могут участвовать в выработке условий сделки.

[3] *Сейнароев Б.М.* Соотношение публичного договора с договором присоединения // Вестник ВАС РФ. 1999. № 10.

[4] *Бевзенко Р.С.* Порядок погашения требований кредитора по денежному обязательству: частный вопрос проблемы несправедливых договорных условий // Вестник ВАС РФ. 2010. № 12. С. 60.

трагента отступить от заранее разработанных им стандартных условий, не имеет никакого значения. Если теоретически потребитель был вправе инициировать переговоры по отдельным условиям, тот факт, что это скорее всего не дало бы никаких результатов из-за его низких переговорных возможностей, уже не имеет значения для квалификации. Для таких судов если нет нормы закона, прямо или косвенно указывающей на то, что конкретный договор заключается по модели присоединения, нет и договора присоединения[1].

С позицией сторонников описанной выше точки зрения, согласно которой квалификация договора в качестве договора присоединения является вопросом права, а не факта, мы согласиться не можем.

Во-первых, такое ограничительное применение положений о договоре присоединения никоим образом не вытекает из буквального толкования нормы п. 1 ст. 428 ГК РФ, которая не содержит в качестве необходимого условия квалификации договора в качестве договора присоединения обязательность наличия в позитивном праве специальных положений о порядке заключения соответствующего договора, а равно вытекающую именно *из закона* невозможность ведения переговоров.

Во-вторых, описанный подход противоречит самой идее выделения договора присоединения в качестве самостоятельной конструкции, заключающейся в защите «слабой» стороны договора от злоупотреблений[2], которые может допустить другая сторона договора, в одностороннем порядке разрабатывающая условия договора и не предусматриваю-

[1] Так, можно привести решение, в котором суд, отвергая квалификацию спорного договора кредита в качестве договора присоединения, отметил, что «форма договора потребительского кредита (Заявление, Условия по кредитам, Тарифы по кредитам) и форма договора о предоставлении и обслуживании банковской карты (Заявление, Условия по картам, Тарифы по картам) разработаны для удобства клиентов... Указанный способ заключения договора упрощает и облегчает процедуру оформления договорных отношений, при этом тиражирование Банком трафаретных бланков отнюдь не исключает изменения и согласования, изложенных в них условий путем направления гражданином в Банк своего варианта оферты» (это решение было оставлено в силе Постановлением ФАС Московского округа от 29 октября 2008 г. № КА-А40/9960-08). В Постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 4 декабря 2009 г. № А45-14083/2009 содержится схожая мысль: «...то обстоятельство, что соглашение о подсудности включено в текст типового договора, еще не свидетельствует о том, что соответствующий пункт договора не может быть изменен при заключении конкретного договора между банком и заемщиком». Показательной является также аргументация ФАС Московского округа, который в одном из дел не признал договор поставки электроэнергии, заключенный с ОАО «Территориальная генерирующая компания № 10», договором присоединения, указав, что договор «заключен по результатам конкурса, добровольно с акцептом заявителем всех условий договора, что исключает наличие признаков договора присоединения» (см.: Постановление ФАС Московского округа от 18 ноября 2009 г. № КГ-А40/5778-09-П).

[2] *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 2003. С. 259.

щая возможность ведения по ним переговоров. Если исходить из того, что договор присоединения имеет место быть только в тех случаях, когда сторонам правовой нормой прямо предписано заключать договор только в таком порядке (т.е. исключена возможность выработки его условий обоюдным волеизъявлением сторон), то такой подход полностью игнорирует эту идею, так как исключает анализ отношений сторон с точки зрения их положения на рынке, установления «сильной» и «слабой» стороны, имевшей место процедуры заключения договора и выводит тем самым из-под действия ст. 428 ГК РФ бóльшую часть договоров, которые фактически могут быть заключены лишь путем присоединения к предложенным более сильной стороной условиям.

Все-таки основанием для особого контроля над стандартными формами, которое, видимо, подразумевалось законодателем в данной статье, является не то, что в силу *позитивного права* договор *данного типа* мог быть заключен сторонами «не иначе как путем присоединения», а то, что условия *конкретного* спорного договора *фактически* могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к ним. А это уже совсем другой подход, который скорее всего и имелся в виду при разработке ст. 428 ГК РФ, но был утрачен вследствие ограничительной ее интерпретации.

Действительно, во всех тех случаях, когда нет закона, исключающего возможность вести переговоры, стандартная проформа теоретически может быть изменена под одного из контрагентов. Как отмечает Л.Г. Ефимова, «типовые формы банковских договоров утверждаются, как правило, на уровне правления или совета соответствующего банка. По общему правилу условия таких договоров остаются неизменными для большинства потребителей банковских услуг. Исключение делается только для отдельных крупных и надежных клиентов»[1]. Данная ситуация присуща не только отношениям между банком и клиентом, но характерна в принципе для любой сферы коммерческой деятельности.. Здесь следует задать себе вопрос: насколько оправданно лишать большую часть клиентов возможности защитить свои права в рамках режима договора присоединения из-за наличия теоретической возможности того, что компания отойдет от своих стандартных условий при заключении договора с некоторым особо ценным или аффилированным клиентом? Думается, что это вряд ли можно признать разумной интерпретацией ст. 428 ГК РФ.

В-третьих, если исходить из того, что договором присоединения является лишь тот договор, по которому в силу закона исключена возможность ведения переговоров, то сфера действия ст. 428 ГК РФ будет не-

[1] *Ефимова Л.Г.* Банковские сделки: право и практика. М.: НИМП, 2001. С. 72.

оправданно узкой. Если под подобными положениями законодательства подразумевать только прямые отсылки к тому, что тот или иной договор является договором присоединения, перечень договоров присоединения сведется к договорам розничной купли-продажи (ст. 493 ГК РФ), лицензионным договорам на программы для ЭВМ, заключаемым по модели «оберточной» лицензии (п. 3 ст. 1286 ГК РФ); договорам об оказании информационных услуг, заключаемым с бюро кредитных историй (п. 2 ст. 5 Федерального закона «О кредитных историях»); договорам доверительного управления имуществом, составляющим паевой инвестиционный фонд (п. 1 ст. 11 Федерального закона «Об инвестиционных фондах»), и, возможно, нескольким иным договорным типам. Но даже если мы вслед за Конституционным Судом РФ[1] признаем, что в качестве договора присоединения подразумевается любой публичный договор, по которому в силу ст. 426 ГК РФ не могут быть установлены дискриминирующие условия, а следовательно, ведение индивидуальных переговоров имплицитно правом ограничено, сфера применения ст. 428 ГК РФ, все равно окажется неоправданно узкой.

Например, нет никаких разумных оснований в этом вопросе по-разному относиться к договору банковского вклада, по которому вкладчиком является гражданин и который в силу закона является публичным (п. 2 ст. 834 ГК), с одной стороны, и договору потребительского кредита, в отношении которого такой законодательной отсылки нет – с другой. По сути в обоих случаях подавляющее большинство договоров будет заключаться по модели присоединения без каких-либо шансов для гражданина сколько-нибудь существенно повлиять на большинство условий таких договоров. И с точки зрения политики права нет никаких оснований проявлять активный патернализм в одном случае и воздерживаться от него в другом только на том основании, что в случае с потребительским кредитом банк теоретически может какому-то одному из тысяч своих заемщиков пойти по тем или иным причинам навстречу.

В-четвертых, такое узкое понимание договора присоединения противоречит позиции Конституционного Суда РФ. Практика Конституционного Суда показала, что наличие какой-либо нормы закона, которая указывала бы на публичный характер договора, не рассматривается судом в качестве необходимого условия для того, чтобы признать заключенный контракт договором присоединения. Так в Определении Конституционного Суда РФ от 21 октября 2008 г. № 661-О-О суд при-

[1] В Постановлении от 23 февраля 1999 г. № 4-П КС РФ признал, что договор банковского вклада, заключаемый с гражданином, в силу своей природы является договором присоединения, так как условия такого договора определяются в стандартных формах банка. Суд признал, что раз договор вклада является в силу закона публичным и обычно оформляется на основе стандартных форм, он признается договором присоединения.

знал договором присоединения заключенный банком с гражданином договор кредита, несмотря на то, что в отличие от договора банковского вклада в законодательстве нет указаний на то, что договор кредита является публичным. В другом определении Конституционный Суд РФ отмечает, что п. 1 ст. 428 ГК РФ «сам по себе лишь устанавливает способ упрощения порядка достижения соглашения в отношении условий договора и не указывает на то, какие виды договоров могут быть заключены подобным способом»[1].

В-пятых, как было показано ранее, столь ограничительное понимание сферы применения механизма контроля над справедливостью условий в стандартизированных договорах не соответствует существующим в зарубежном праве подходам к контролю над стандартными условиями договора и устоявшемуся в мире понятию договора присоединения. Как мы видели, контроль над стандартными условиями договора там, где он выделяется в законодательстве развитых стран (Германия, Голландия), никак не увязан с наличием в позитивном праве указания на невозможность ведения переговоров. Кроме того, нигде в мире не считают, что договор присоединения имеет место только при наличии в законе вышеуказанной оговорки. Как мы показали выше, понятие договора присоединения было введено в начале XX в. во французскую доктрину именно для выделения договоров, которые заключаются на стандартных условиях, безальтернативно навязываемых контрагенту фактически, а не в силу какого-либо законодательного предписания. Именно так данное понятие используется до сих пор во всем мире. Так, в частности, в США договором присоединения (contract of adhesion) признается стандартизированный договор, подготовленный одной из сторон и предлагаемый к подписанию слабой стороне (обычно потребителю), которая присоединяется к условиям такого договора, не имея реального выбора в отношении навязываемых условий[2]. В тех редких странах, в которых понятие договора присоединения кодифицировано (например, ст. 1379 ГК Квебека), также речи о том, что невозможность избежать принятия предлагаемых условий должна обязательно вытекать из положений закона, не идет. Было бы странно предположить, что российский законодатель скопировал данное понятие из зарубежного права и одновременно придал ему столь странное и сугубо ограничительное значение.

Все вышеизложенное позволяет сделать вывод о необоснованности доминирующего в российской науке и встречаемого в практике неко-

[1] Определение КС РФ от 17 июня 2010 г. № 888-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Бабкиной Татьяны Георгиевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 1 статьи 428 Гражданского кодекса Российской Федерации».

[2] Black's Law Dictionary. 2004. P. 341. См. также: *Farnsworth E.A.* Contracts. 1999. P. 296, 297.

торых судов подхода. Разумнее считать, что в ст. 428 ГК РФ de lege lata подразумевается квалификация в качестве договора присоединения соглашения, в котором одна из сторон предлагает другой стороне присоединиться к заранее разработанным ею (или третьими лицами) стандартным (т.е. рассчитанным на многоразовое применение) условиям, а присоединяющаяся сторона с учетом конкретных обстоятельств была лишена реальной возможности существенно влиять на содержание заключаемого договора и была вынуждена принять такие условия.

И этот подход не будет новостью для российской правовой науки. Он поддерживается рядом ученых. Так, например, Н.И. Клейн отмечает, что «правила о договоре присоединения могут быть использованы при заключении многих видов договоров, и ГК не содержит норм, трактующих тот или иной вид договора как договор присоединения. Не может быть установлено также другим законом или иными правовыми актами, что договор определенного вида заключается только в порядке, установленном для договора присоединения»[1]. Хотя, как мы видим, вопреки мнению Н.И. Клейн законодатель изредка прописывает в специальных законах, что тот или иной договор является договором присоединения, следует полностью согласиться, что это вещь ненормальная и не может быть положена в основу заложенной в данной статье квалификации такого вида договоров. Судя по всему, аналогичного мнения придерживается и Ю.В. Романец, который отмечает, что «в ст. 428 ГК РФ сформулированы унифицированные положения, применимые к любому обязательству, которое может быть квалифицировано в качестве договора присоединения. При этом не имеет значения, к какому типу или виду обязательств оно относится»[2].

С учетом того, что подход к квалификации договора присоединения в качестве вопроса права, а не факта, очевидно, противоречит здравому смыслу, мы были бы вынуждены с ним смириться de lege lata, только если бы он был недвусмысленно отражен в тексте закона. Но, как уже отмечалось, в ст. 428 ГК РФ нет ни единого намека на то, что договором присоединения может быть признан лишь договор, прямо поименованный в законодательстве в качестве такового или являющийся по своей природе публичным. Соответственно нет не только политико-правовых, но и формально-догматических оснований для такого странного вывода.

Итак, представляется, что договором присоединения с позиций действующего законодательства должен признаваться *всякий договор, который был в отдельно взятом случае заключен путем присоединения*

[1] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Отв. ред. О.Н. Садиков. М., 2006. С. 965.

[2] *Романец Ю.В.* Система договоров в гражданском праве России. М., 2004. С. 160.

к стандартным условиям, сформулированным одной из сторон для многократного применения, в ситуации, когда присоединяющаяся сторона в силу ограниченных переговорных возможностей не имела реальных шансов существенно повлиять на содержание выставленных условий. Таким образом, договоры купли-продажи, аренды, займа, возмездного оказания услуг, коммерческой концессии, банковского вклада, банковского счета[1], залога[2], договоры о задатке при проведении торгов[3], лицензионные договоры и любые другие договоры могут быть квалифицированы в качестве договоров присоединения при условии соответствия их вышеуказанным критериям.

Иначе говоря, мы считаем, что упомянутая в ст. 428 ГК РФ невозможность заключить договор иначе как путем присоединения должна выводиться судом из фактических обстоятельств дела и оценки реальных переговорных возможностей сторон.

Радует, что такая позиция, не привязывающая квалификацию сделки в качестве договора присоединения к наличию в законе специального указания на сей счет, иногда поддерживается и судами[4].

Наконец, остается приветствовать тот факт, что в принятом 13 сентября 2011 г. Информационном письме № 146 Президиум ВАС РФ отказался от доминировавшей ранее и отвергнутой нами позиции о том, что квалификация договора присоединения есть вопрос права, а не факта. В п. 3 и 6 данного письма Президиум ВАС РФ признал договор потребительского кредита договором присоединения в силу того, что договор носил типовой характер, его условия были заранее определены банком, с заемщиком не обсуждались и в силу внутренних правил банка изменению по предложению контрагентов не подлежат, из-за чего заемщик был фактически лишен возможности влиять на содержание договоров. По сути это разъяснение знаменует торжество позиции, согласно которой договором присоединения является договор, заключенный на разработанных одной из сторон стандартных условиях, которые другая сторона была вынуждена принять, не имея фактически, а не юридически

[1] Договор банковского счета был признан ВАС РФ договором присоединения. См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 25 июля 2006 г. № 2718/06 по делу № А65-18187/2005-СГ1-5 // Вестник ВАС РФ. 2006. № 10.

[2] Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 9 июля 2009 г. № Ф04-3962/2009(9927-А70-16) по делу № А70-6385/2008.

[3] Постановления ФАС Центрального округа от 16 мая 2008 г. № Ф10-1812/08 по делу № А54-1863/07-С14; ФАС Западно-Сибирского округа от 6 марта 2007 г. № Ф04-120/2007(31079-А27-11) по делу № А27-9140/2006-1.

[4] См., напр.: Постановления ФАС Московского округа от 11 сентября 2008 г. № КГ-А40/7514-08 по делу № А40-57673/07-56-478; ФАС Северо-Западного округа от 18 января 2008 г. по делу № А56-10170/2007; ФАС Московского округа от 21 июля 2010 г. № КГ-А40/7804-10 по делу № А40-73828/09-53-492); ФАС Северо-Кавказского округа от 21 июля 2009 г. по делу № А32-17917/2008.

возможности существенно влиять на содержание договора. Это означает, что правила ст. 428 ГК РФ о возможности судебного контроля справедливости договоров наконец приобретают разумный политико-правовой смысл и могут применяться для защиты слабой стороны договора, а само понятие договора присоединения будет синхронизировано с тем, что́ под данным понятием понимают во всем мире.

Соответственно в случаях, когда законодатель применительно к какому-нибудь договорному типу прямо указывает на то, что он является договором присоединения, а также в случае публичного характера договора, контракт считается договором присоединения без необходимости доказывания такой квалификации с точки зрения вышеуказанных общих критериев. Но это отнюдь не исключает того, что другие договоры, отвечающие закрепленным в ст. 428 ГК РФ признакам договора присоединения, не подпадают под действие данной статьи[1].

Переговорные возможности

При принятии вышеизложенного подхода к интерпретации ст. 428 ГК РФ для того, чтобы в рамках действующего законодательства признать договор заключенным по модели присоединения, необходимо зафиксировать, что у присоединившейся стороны не было реальной возможности существенно повлиять на содержание условий договора и избежать заключения договора путем вынужденного присоединения.

Как было показано в т. 1 книги, феномен переговорных возможностей (bargaining power, дословный перевод – «переговорная сила»), проблема их неравенства и вытекающее из этого неравенства выделение сильной и слабой стороны договора давно известны и активно обсуждаются зарубежными юристами и экономистами. Эти вопросы, хотя и на самом общем уровне, изредка упоминаются и российскими цивилистами, которые достаточно часто отмечают необходимость защиты интересов слабой стороны договора, в том числе и путем ограничения свободы договора[2]. Так, например, В.В. Витрянский пишет, что

[1] Схожая ситуация складывается и с публичными договорами: наличие в позитивном праве указаний на то, что тот или иной договор является публичным, не исключает возможности квалификации в качестве публичного любого договора, который отвечает признакам, закрепленным в ст. 426 ГК РФ. См.: *Брагинский М.И.*, *Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 2003. С. 252. Подробнее см.: *Савельев А.И.* Применение судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о публичных договорах // Вестник гражданского права. 2009. № 4.

[2] См.: *Вавилин Е.В.* Осуществление и защита субъективных прав слабой стороны в гражданском правоотношении // Российское правосудие. 2007. № 6. С. 31–37; *Славецкий Д.В.* Принцип защиты слабой стороны гражданско-правового договора: Дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2004. С. 30; *Мачетин Д.В.* Слабая сторона в договоре присоединения // Гражданское право. 2010. № 2. С. 39, 40.

«участники имущественного оборота, вступающие в договорные отношения, располагают различными средствами и возможностями влияния на формирование обязательства... иногда указанные различия достигают степени несопоставимости, когда один из участников договора не располагает никакими возможностями оказывать какое-либо влияние на контрагента... и напротив, другая сторона, располагая всеми реальными возможностями, в состоянии диктовать партнеру по договору свою волю»[1]. Как справедливо отмечает А.С. Комаров, «содержание конкретных коммерческих договоров определяется не столько удовлетворением взаимных интересов контрагентов, сколько возможностями и желаниями экономически более сильного партнера и необходимостью, которую диктует конкретная ситуация более слабому участнику сделки»[2].

Понятие неравенства переговорных возможностей нами подробно разбиралось в т. 1 настоящей книги. Поэтому более детальный анализ здесь не требуется. Достаточно напомнить, что несопоставимость переговорных возможностей может быть следствием монопольного положения одного из контрагентов, ситуативной рыночной власти, возникшей из-за чрезвычайности поводов к заключению договора или иных подобных причин, информационной или профессиональной асимметрии, потребительского статуса одного из контрагентов, а также может вытекать из иных оснований, лишающих одного из контрагентов реальной возможности существенно влиять на содержание контракта.

Таким образом, наличие возможности у присоединяющейся стороны заключить конкретный договор иным способом, кроме как путем присоединения к предложенным другой стороной условиям, определяется в каждом конкретном случае с учетом всех обстоятельств дела, при оценке которых суду следует стремиться оценить степень сопоставимости переговорных возможностей сторон. При этом отнюдь не обязательно, чтобы для одной из сторон имела место полная невозможность влияния на содержание договора. Для признания сделки договором присоединения достаточно того, чтобы положение присоединяющейся стороны было настолько слабым, что ее реальные возможности влияния на содержание договора были *существенно* ограничены.

Также следует уточнить еще одну важную деталь. При определении факта неравенства переговорных возможностей суд, безусловно, может и должен принять во внимание тот факт, что у присоединяющейся стороны не был ограничен выбор контрагентов, а также то обстоятельство, что при заключении договора с другими контрагентами эта сторона могла бы относительно легко избежать принятия спорного условия.

[1] *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 2003. С. 793.

[2] *Комаров А.С.* Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. С. 34.

При отсутствии ограниченного круга предложений и наличии многообразия встречающихся в сфере заключения таких договоров условий один из факторов, свидетельствующих в пользу слабых переговорных возможностей присоединяющейся стороны (а именно рыночная власть), будет отсутствовать. Это в свою очередь должно подталкивать суд к отказу от признания спорного договора договором присоединения в ситуации, когда у присоединившейся стороны была свобода выбора контрагента и контрактных условий.

Этот фактор будет иметь особое значение применительно к сделкам между предпринимателями. Думается, что наличие достаточной конкуренции на рынке и относительно легкой возможности найти контрагента, предлагающего иные, более справедливые условия договора, может действительно служить сильным свидетельством в пользу отсутствия фактора вынужденности присоединения к стандартным условиям. В то же время применительно к потребительским договорам ситуация отличается. Во-первых, отсутствие ограниченности выбора контрагентов само по себе не может предопределить отказ суда от блокирования несправедливых условий потребительского договора. Тот факт, что потребитель мог легко найти других контрагентов на рынке, может иметь определенное значение при вынесении финального решения суда. Тем не менее, как уже отмечалось ранее, даже в условиях развитой конкуренции предприниматели, осознавая неспособность потребителей осуществлять детальное сопоставление всех предлагаемых условий, часто концентрируются лишь на ценовой конкуренции, используя в остальном похожие стандартные условия. Поэтому свобода выбора контрагента отнюдь не всегда означает, что у присоединяющейся стороны имелись реальные возможности добиться иных условий при заключении договора с другой компанией. Во-вторых, даже тогда, когда установлено, что, обратившись к конкурентам, гражданин мог получить лучшие условия, очевидно, что асимметрия информации и профессионализма в случае потребительского договора, как правило, носят настолько мощный характер, что было бы неоправданным ригоризмом наказывать потребителя за то, что он не провел адекватный поиск конкурентных предложений и не смог сопоставить условия конкурентов в их соотношении с ценой и всей структурой прав и обязанностей, подразумеваемой сравниваемыми версиями стандартных условий.

Тем не менее вряд ли стоит идти настолько далеко, чтобы вовсе исключать какое-либо значение данного фактора в контексте потребительских договоров. В сочетании с иными факторами (например, высокой профессиональностью опытного финансиста, привлекающего крупный ипотечный кредит на приобретение загородного дома) наличие широкого выбора контрагентов и возможности избежать включе-

ния спорного условия при обращении к конкурентам, видимо, может иметь определенное значение и препятствовать признанию конкретного договора договором присоединения.

Стандартный характер условий

Буквальный смысл ст. 428 ГК РФ учитывает при квалификации сделки в качестве договора присоединения не только затруднительную несопоставимость переговорных возможностей (затруднительность уклонения от принятия предлагаемых условий). Не стоит упускать из виду еще один важный квалифицирующий признак договора присоединения, который прямо предусмотрен в п. 1 ст. 428 ГК РФ, а именно стандартность предложенных условий.

Закон говорит о том, что условия договора присоединения закрепляются в предложенных одной из сторон «формуляре или иной стандартной форме». Понятие «формуляр или иная стандартная форма» не имеет легальной дефиниции в российском гражданском праве, хотя и используется в ГК РФ не только в ст. 428, но и в ряде других статей (например, в ст. 493, 940). В российской юридической литературе терминология, касающаяся стандартных условий, как справедливо признают некоторые авторы, еще не сформировалась[1]. Если понятие формуляра еще более или менее понятно[2], то понятие стандартной формы допускает различные толкования.

При этом в тех странах, где в терминологии проводилось разграничение между стандартными условиями и формулярами, данное различие не оправдалось, в связи с чем использование термина «стандартная форма» или «формуляр» в законе было признано нецелесообразным[3]. Как мы показали в первой главе этого раздела, немецким, голландским законодателям, а также авторам DCFR показалась приемлемой более универсальная категория «стандартные условия».

Думаем, и российскому праву в контексте ст. 428 ГК РФ стоило бы de lege lata под договором в стандартной форме понимать предложенный одной из сторон текст договора, содержащий в той или иной его части

[1] *Клочков А.А.* Стандартные (общие) условия договоров в коммерческом обороте: правовое регулирование в России и зарубежных странах: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 157. См. там же обширный обзор используемой в доктрине терминологии.

[2] Б.И. Пугинский приводит следующее определение формуляра – это «бланк, подлежащий заполнению, а также шаблонный текст (проформа) договора, используемый крупными фирмами, который может быть принят другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом». См.: Российская юридическая энциклопедия. М., 1999. С. 1044.

[3] *Клочков А.А.* Стандартные (общие) условия договоров в коммерческом обороте: правовое регулирование в России и зарубежных странах: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 165.

стандартные условия. Соответственно ключевое значение при квалификации договора в качестве договора присоединения имеет не столько наличие некого заранее отпечатанного или хранящегося в электронном виде формуляра или проформы, сколько использование при заключении договора стандартных условий.

Предпринятый нами выше анализ зарубежного законодательства показал, что толкование понятия стандартных условий хотя и имеет некоторые незначительные различия в разных правопорядках, но в то же время достаточно унифицированно.

Если попробовать обобщить зарубежный опыт, то можно выделить три *основных признака стандартных условий: 1) данные условия предлагаются одной из сторон при заключении договора; 2) они сформулированы этой стороной или третьим лицом заранее; 3) они рассчитаны на неоднократное использование в отношении широкого круга контрагентов.*

Аналогичный подход к интерпретации критерия стандартности вполне можно использовать и в российском праве. При этом важно отметить, что подготовка или разработка стандартного условия одной из сторон не является квалифицирующим признаком стандартного условия, так как такие условия могут быть разработаны и третьим лицом, например, соответствующим объединением предпринимателей. Ключевыми являются именно факты использования этой стороной таких условий, выражающийся в выставлении их своему контрагенту, и исключения контрагента из процесса их выработки. Происхождение же таких условий не должно иметь значения.

Что касается неоднократности использования данных условий, то тут необходимо учитывать следующее. Для квалификации договора в качестве договора присоединения необходимо, чтобы был доказан не столько факт реального многократного использования соответствующих условий, сколько то, что сторона намеревалась их использовать многократно.

При этом доказанный факт многократного использования таких условий говорит сам за себя. Но теоретически можно допустить, что компания включила в договор стандартные условия (например, разработанные некой ассоциацией), но более такого рода договоры не заключала или впоследствии переключилась на иной комплект стандартных условий. В такого рода случаях также есть основания считать условия стандартными и применять ст. 428 ГК РФ. Хотя доказательств многократного использования этих условий стороной, предложившей их, у суда не будет, он может признать условия стандартными в силу того, что авторы этих условий явным образом формулировали их с целью многократного использования. Как было показано в первой главе настоящего раздела, этот вывод также в полной мере соот-

носится с пониманием феномена стандартизации договорных условий в зарубежном праве.

Нацеленность на многократное использование, а значит, и стандартизированность неких условий могут вытекать из ряда обстоятельств (например, из факта размещения их текста на веб-сайте соответствующей стороны или факта включения в публичную оферту). Важным фактором является и потребительский характер договора. Как уже отмечалось, в подавляющем большинстве случаев сторона, которая специализируется на предоставлении товаров или оказании услуг, выступающих предметом спорного потребительского договора, использует стандартные условия для целей рационализации процедуры его заключения. В этой связи, например, потребительский статус договора будет по большей части автоматически означать и заключение его на стандартных условиях. Думается, что суды вполне могут исходить из презумпции того, что потребительский договор является стандартизированным.

Все эти выводы были сделаны нами de lege lata. Но как мы можем оценить тот факт, что российское законодательство построило режим контроля именно стандартных условий de lege ferenda? Вряд ли этот подход можно признать оптимальным с данных позиций.

Во-первых, он создает для присоединяющейся стороны серьезные сложности в доказывании стандартности навязанных ей договорных условий и соответственно не вполне обоснованные барьеры для применения предусмотренного ст. 428 ГК РФ режима контроля. В отсутствие специальных правил о перераспределении бремени доказывания будет действовать общее правило, согласно которому каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований или возражений (например, п. 1 ст. 65 АПК РФ). Соответственно бремя доказывания стандартности спорного условия будет нести присоединившаяся сторона. Теоретически в случае необходимости присоединившаяся сторона может (например, в порядке п. 4 ст. 66 АПК РФ) обратиться к суду с ходатайством об истребовании текстов аналогичных договоров, заключенных ответчиком с иными лицами. В случае присутствия соответствующих условий хотя бы в одном из них можно сделать обоснованный вывод о том, что они носят стандартный характер. Тем не менее и это решение не является универсальным, так как провести тотальный мониторинг всех используемых этой компанией договоров невозможно. При этом нет никаких гарантий того, что сильная сторона представит в суд именно те имеющиеся договоры, которые составлены на основе данной проформы, а не иные договоры, умышленно подобранные так, чтобы продемонстрировать, что с другими контрагентами используются иные условия.

Во-вторых, есть и более фундаментальная проблема критерия стандартности условия. Будучи отраженным в качестве необходимого и квалифицирующего критерия применения института договора присоединения, он без достаточных оснований исключает из сферы контроля условия не стандартизированные, в отношении которых также может быть оправданно вмешательство суда (при явной несопоставимости переговорных возможностей). В результате получается, что предпринимателю – сильной стороне достаточно доказать, что текст договора не был стандартизирован и составлен для этой конкретной сделки, чтобы исключить применение правил о договоре присоединения. При этом тот факт, что соответствующий текст договора был безальтернативно навязан контрагенту и лишал его возможности заключить договор иначе чем путем присоединения к таким условиям, теряет свое значение в контексте данной статьи. Конечно, некоторые вопиюще несправедливые условия таких договоров могут быть отсечены путем применения ст. 10 ГК РФ как инструмента «последней инстанции». Но здравый смысл подсказывает, что ст. 428 ГК РФ, включающая критерий стандартизации как квалифицирующий, проводит «водораздел» не там, где он оправдан с точки зрения политики права.

Таким образом, если мы истолкуем нормы ст. 428 ГК РФ как предусматривающие контроль стандартных условий, т.е. условий, заранее разработанных, предназначенных для неоднократного применения и предложенных контрагенту, мы лишь приведем понимание данного режима к немецко-голландскому образцу и отсечем самые абсурдные подходы к его пониманию. Но мы не устраним родовые недостатки самой идеи создать специальный режим контроля справедливости именно в отношении стандартизированных договоров.

Конечно, отказ от критерия стандартности как необходимого условия применения режима контроля, предусмотренного в ст. 428 ГК РФ, можно было бы обеспечить, не меняя текст закона. Например, можно было бы применить телеологическое расширение смысла данной статьи и применять ее правила и к договорам с нестандартизированными условиями, заключенным по модели вынужденного присоединения. Практика высших судов знает множество примеров творческого применения метода расширительной интерпретации. Кроме того, можно было бы применять правила ст. 428 ГК РФ по аналогии и к нестандартизированным договорам, в остальном соответствующим критериям, предусмотренным данной статьей. Так, например, А.В. Цыпленкова, использующая, видимо, этот способ толкования, приходит к выводу о том, что «в соответствии с действующим законодательством договор будет являться договором присоединения независимо от того, для однократного или многократного применения разработаны условия

формуляра оферентом»[1]. Однако пока российская судебная практика не пошла по этому пути. Поэтому, как будет показано далее, было бы желательно реализовать концептуальное изменение подхода на уровне реформы законодательства. Хотя нельзя исключить также возможности проведения данной реформы и на уровне практики высших судов.

Значение факта наличия в договоре ряда нестандартизированных условий

Другим вопросом, от которого зависит сфера применения существующих норм о договоре присоединения, является толкование положения «путем присоединения к предложенному договору в целом». Указание на присоединение к договору в целом[2] при буквальной интерпретации означает, что присоединяющаяся сторона была лишена возможности влиять на *любые* условия такого договора.

Но разумно ли толковать фразу «в целом» как подразумевающую полное соответствие изначально предложенного текста соглашения подписанному в итоге обеими сторонами договору (за исключением реквизитов сторон, которые как таковые не являются условиями договора)? Означает ли это, что наличие в договоре некоторых условий, которые были сформулированы именно для данного конкретного договора и стали предметом согласования, лишает возможности квалифицировать такой договор как договор присоединения?

Доминирующей в российской доктрине является точка зрения, которая исходит из буквального толкования данного положения. Как отмечает Н.И. Клейн, сущность договора присоединения «состоит в том, что к предложенному одной стороной договору со стандартными условиями вторая сторона присоединяется в целом, не влияя на его содержание»[3]. Аналогичные мнения высказаны и многими другими авторами[4].

---

[1] *Цыпленкова А.В.* Договор присоединения как особая категория гражданского права: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 92.

[2] Точнее – присоединение к условиям, определенным одной из сторон, а не к договору, который не существует, пока он не признан заключенным в соответствии со ст. 432 ГК РФ.

[3] *Клейн Н.И.* Принцип свободы договора и основания его ограничения в предпринимательской деятельности // Журнал российского права. 2008. № 1.

[4] *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 2003. С. 795 (автор соответствующей главы – В.В. Витрянский); Гражданское право. Т. 3 / Под ред. Е.А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 187; *Белов В.А.* Гражданское право: Общая и особенная части. М.: ЮрИнфорР, 2003. С. 178; Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева. М.: ТК «Велби», 2008. С. 849; Публичные услуги и право: Научно-практическое пособие / Под ред. Ю.А. Тихомирова. М.: Норма, 2007. С. 369; Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации части первой / А.Б. Бабаев, Р.С. Бевзенко, В.А. Белов, Ю.А. Тарасенко; Под общ. ред. В.А. Бе-

Эта позиция находит отражение и в решениях некоторых судов. Так, иногда суды отмечают, что «доводы о том, что договоры кредита и залога являются договорами присоединения, противоречат статье 428 ГК РФ, поскольку банковские бланки договоров не определяют все условия, согласованные сторонами, включая размер кредита, транши, банковский процент, сроки погашения кредита, наименование и количество имущества, передаваемого в залог, и др.»[1].

Проблема с таким буквальным прочтением нормы п. 1 ст. 428 ГК РФ состоит в том, что договоры, которые заключаются только на тех условиях, которые сформулированы заранее в стандартных формах и исключают всякие индивидуализированные условия, крайне редки на практике. Примерами такого договора являются лицензионный договор на право использования программного обеспечения, условия которого изложены на экземпляре программы или ее упаковке (п. 3 ст. 1286 ГК РФ), либо соглашения, заключаемые в сети «Интернет» путем щелчка мыши в рамках некой электронной формы (Click-wrap agreement)[2]. Присоединение к условиям такого договора действительно происходит «в целом», и присоединяющаяся сторона не участвует в выработке условий данного договора: с компьютером, как говорится, не поторгуешься. Однако на практике подавляющее большинство договоров, основная масса условий которых может быть в реальности принята только путем присоединения, содержит в себе и некоторые условия, которые были «выбраны» или определены с учетом мнения присоединяющейся стороны либо определены исключительно для конкретного договора, т.е. не являются стандартными.

Сказанное относится в первую очередь к существенным и некоторым иным условиям договора – объему обязательств, срокам и иным подобным условиям. Например, в договоре банковского вклада или

лова. М., 2008. С. 1096; *Клочков А.А.* Стандартные (общие) условия договоров в коммерческом обороте: правовое регулирование в России и зарубежных странах: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 183. Свое логическое завершение и законодательное оформление данный подход нашел в п. 1 ст. 634 ГК Украины: «...договором присоединения является договор, условия которого установлены одной из сторон в стандартных формах, который может быть заключен лишь путем присоединения другой стороны к предложенному договору в целом, другая сторона не может предложить свои условия договора». Как будет показано далее, это далеко не тот идеал правового регулирования, к которому надо стремиться.

[1] Постановление ФАС Поволжского округа от 24 февраля 2010 г. по делу № А65-17195/2009. См. также: Постановление ФАС Поволжского округа от 24 сентября 2009 г. по делу № А65-9868/2009, оставленное в силе Определением ВАС РФ от 11 марта 2010 г. № ВАС-530/10.

[2] О юридической силе подобных соглашений в российских реалиях см.: *Савельев А.И.* Отдельные вопросы применения норм об исчерпании прав в отношении программ для ЭВМ // Вестник гражданского права. 2011. № 3.

кредита условие о размере вклада или сумме кредита определяется с учетом пожелания заемщика или вкладчика. То же касается часто и условий о сроках вклада и кредита. Другой пример: покупая в магазине бытовой прибор, покупатель вынужден принимать все условия магазина, кроме самых важных – условий об объекте купли-продажи и количестве товара, при определении которых решающую роль имеет выбор покупателя. Разве можно отрицать тот факт, что в предложенной продавцом стандартной форме, которая с учетом пожеланий покупателя дополнена наименованием товаров и упоминанием об их количестве, имеются условия, согласованные с покупателем? Или условия о наименовании и количестве товара более не относятся к договорным условиям?

Еще один пример – договор страхования имущества. Некоторые условия таких договоров неизбежно являются индивидуальными (например, условия о размере страховой суммы и страховой премии, которые, как правило, определяются по результатам анализа вероятности наступления страхового случая, стоимости застрахованного имущества и других индивидуальных факторов в каждом конкретном случае). Наличие таких индивидуальных условий приводит некоторые суды к выводу о том, что указанные договоры не являются договорами присоединения. Например, в одном решении суд не признал договор страхования договором присоединения, сославшись в том числе на то, что в этом договоре условия о страховой сумме и премии, периоде страхования и безусловной франшизе были включены в текст договора «по обоюдному согласию» сторон[1]. Такой вывод выглядит особенно странно с учетом того, что, как мы помним, сама категория договора присоединения была разработана зарубежными правоведами во многом именно в ответ на распространенную практику стандартизации условий договора страхования. Так что договоры страхования являются одними из первых кандидатов на данную квалификацию[2].

В этой связи нельзя согласиться с мнением В.В. Груздева, в соответствии с которым стандартная форма соглашения, являясь стандартной формой оферты, должна содержать все существенные условия буду-

[1] Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 28 сентября 2006 г. № Ф08-4760/2006 по делу № А32-6024/2006-61/165.

[2] Еще В.И. Серебровский относил договор страхования к договорам присоединения (см.: *Серебровский В.И.* Очерки советского страхового права // Избранные труды по наследственному и страховому праву. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2003. С. 341). В современной литературе эта позиция находит свою поддержку в лице М.И. Брагинского, который отмечал, что «в случаях заключения договоров страхования по стандартным формам интересы страхователя защищаются нормами о договоре присоединения» (см.: *Брагинский М.И.*, *Витрянский В.В.* Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.: Статут, 2005. С. 608).

щего договора[1]. При таком подходе большинство договоров, заключаемых фактически по модели присоединения и являющихся предметом ex post контроля со стороны судов в тех правопорядках, которые в принципе знают режим контроля стандартных условий, выходит из-под действия ст. 428 ГК РФ в силу того, что, как мы выше показали, большинство типичных договоров присоединения (потребительский кредит, вклад, страхование и т.п.) не предполагает стандартизацию существенных условий (например, размер кредита или вклада и т.п.).

Таким образом, в реальности даже в, казалось бы, очевидных случаях стандартизации условий, некоторые условия договора или хотя бы одно из них определяются индивидуально для конкретного договора и(или) с учетом мнения присоединяющейся стороны. Обратное означало бы, что ст. 428 ГК РФ практически не имела бы сферы применения. Поэтому не вызывает никаких сомнений, что сам факт наличия в договоре некоторых индивидуально согласованных или определенных для данного конкретного договора нестандартизированных условий не может с точки зрения разумного прочтения ст. 428 ГК РФ лишить присоединяющуюся сторону защиты в отношении остальных условий, если эти условия были предложены ей другой стороной, носили стандартный характер и не могли быть изменены в результате переговоров из-за разрыва в переговорных возможностях.

Предложенный подход, безусловно, является результатом не буквального, а телеологического толкования ст. 428 ГК РФ. Сам текст данной статьи говорит о принятии условий «в целом». Тем не менее с учетом того, что буквальное толкование приводит к настолько абсурдно узким рамкам применения данных норм, что вряд ли можно было бы предположить такую волю законодателя, предложенное нами телеологическое толкование представляется вполне допустимым. Оно приводит к тому, что de lege lata российский институт договора присоединения начинает выглядеть более или менее логично.

---

[1] *Груздев В.В.* Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву. М., 2010. С. 177. Данное мнение скорее всего связано с убеждением данного автора в том, что присоединение одного контрагента ко всей оферте другого контрагента является тем критерием, который позволяет выделить договор присоединения в самостоятельную гражданско-правовую категорию (см. *Груздев В.В.* Указ. соч. С. 176). В ответ на это следует отметить, что заключение договора посредством акцепта, предполагающего безоговорочное согласие с условиями выставленной оферты, в силу ст. 438 ГК РФ является общим способом заключения любого гражданско-правового договора, а не только договора присоединения. Критерием выделения договора присоединения является не способ заключения договора, а способ формулирования его условий (в виде включения в договор стандартных условий) и соотношение переговорных возможностей сторон (лишающее присоединяющуюся сторону реальных шансов существенно повлиять на их содержание).

Следует в этой связи полностью приветствовать вышедшие уже в период редакционной обработки данной книги разъяснения Президиума ВАС РФ применительно к данному вопросу. Президиум ВАС РФ в Информационном письме от 13 сентября 2011 г. № 147 (п. 2), применив правила ст. 428 ГК РФ к договору кредита, прямо указал следующее: «...тот факт, что в договоре имелись и условия, согласованные сторонами индивидуально (сумма кредита, сроки возврата и т. п.), не препятствует применению пункта 2 статьи 428 ГК РФ к тем положениям кредитного договора, в отношении которых заемщик был вынужден принимать навязанные ему условия». Эта правовая позиция, которая фактически сформулирована вопреки букве не вполне удачной нормы ст. 428 ГК РФ о принятии условия договора «в целом», являет собой еще один шаг в сторону сближения российского института договора присоединения с немецко-голландской конструкцией контроля справедливости стандартизированных условий. По сути ВАС РФ вводит судебный контроль справедливости именно стандартных условий и ориентирует суды на то, что наличие в договоре отдельных нестандартизированных условий этому не препятствует.

Но тут возникает иной вопрос: теряет ли заключенный договор статус договора присоединения, если будет доказано, что в результате переговоров присоединяющаяся сторона смогла добиться изменения некоторых предложенных ей стандартных условий или даже тех из них, которые являются предметом спора?

В.В. Груздев считает, что факта того, что оферент, предложивший проформу договора, уступил в том или ином вопросе и согласился в этой части на изменение стандартных условий, достаточно, чтобы лишить сделку значения договора присоединения. По его мнению, иной подход «связан с неоправданным расширением сферы договоров присоединения»[1].

Сложно согласиться с таким подходом к толкованию закона. В первую очередь потому, что если бы компании было достаточно пойти на уступки хотя бы в одном пункте, чтобы лишить свой договор значения договора присоединения и уйти от судебного ex post контроля его справедливости, то вся эта система превратилась бы в чистую профанацию. Компании при ведении переговоров соглашались бы изменить из всех оспоренных контрагентом условий проформы какую-нибудь одну ничего не значащую деталь и тем самым лишали бы суд легальной возможности применить ст. 428 ГК РФ к другим, наиболее принципиальным условиям, уступать по которым компании не намеревались изначально, сколь угодно несправедливыми они бы ни были.

[1] *Груздев В.В.* Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву. М., 2010. С. 175.

Нет никаких сомнений, что если эта позиция была бы признана в нашем праве, компании, практикующие использование стандартных условий в своей договорной работе, для обхода ст. 428 ГК РФ просто прямо указывали бы в сопроводительных письмах к проектам своих договоров, что они готовы вести переговоры и принимать протоколы разногласий по тем-то и тем-то не столь важным условиям.

Этот сценарий демонстрирует, что столь формальный подход приведет к тому, что применение ст. 428 ГК РФ может быть легко исключено применением несложных трюков.

В этом контексте представляет интерес позиция А.Н. Кучер по данному вопросу. Соглашаясь в целом с доминирующей точкой зрения и отмечая, что, «если в ходе заключения договора второй стороне удалось настоять на изменении условий формуляра, специфика процедуры заключения договора... пропадает, в силу чего такой договор не подпадает под понятие договора присоединения»[1], она делает существенную оговорку. Автор подчеркивает, что такая ситуация будет иметь место, только если изменению были подвергнуты условия, которые в первоначальном варианте лишали присоединяющуюся сторону обычно предоставляемых прав, ограничивали ответственность другой стороны или содержали явно обременительные для присоединяющейся стороны условия. Если же были изменены другие условия (например, об упаковке товара, сроке договора и т.п.), а собственно обременительные условия остались без изменения, то договор должен все равно квалифицироваться как договор присоединения[2]. Иначе говоря, на взгляд А.Н. Кучер, квалификация договора в качестве договора присоединения становится не основанием, открывающим возможность контроля справедливости договорных условий, а в некоторой степени производной от наличия в договоре несправедливых условий.

Этот подход также не кажется нам логичным. Определить то, насколько справедливость того или иного условия подпадает под признаки п. 2 ст. 428 ГК РФ, можно зачастую лишь путем сопоставления его со всеми иными условиями, а также принимая во внимание все существенные обстоятельства дела. По сути это предмет судебного разбирательства, необходимой предпосылкой которого является уже *состоявшаяся* квалификация соглашения как договора присоединения.

Наиболее разумный подход состоит, видимо, в том, чтобы допускать возможность квалифицировать в качестве договора присоединения и тот договор, в котором вынужденное присоединение происходило лишь к части условий, в то время как в отношении некоторых иных

[1] *Кучер А.Н.* Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: Статут, 2005, С. 310.

[2] Там же.

стандартных условий переговоры сторон привели к их изменению. Подобно тому как режим недействительности сделки может применяться как ко всей сделке в целом, так и к ее части, правовой режим, предусмотренный в ст. 428 ГК РФ, может применяться как ко всему договору, так и к отдельным его условиям. Если в договоре имеются явно несправедливые стандартные условия, навязанные слабому контрагенту, ограниченному в возможностях уклониться от их принятия, то суд вправе применять ст. 428 ГК РФ именно к этим условиям, несмотря на то, что по иным условиям слабой стороне пошли на уступки.

Более того, не должно блокировать применение ст. 428 ГК РФ и то, что сильная сторона пошла на уступки непосредственно по спорным условиям. Несправедливые условия могут быть изменены по инициативе присоединяющейся стороны чисто символически или «косметическим» образом. В противном случае у сильной стороны появится достаточно простой способ уклонения от неудобного для нее режима судебного контроля над справедливостью условия. Такая сторона может в ответ на замечания присоединяющейся стороны переформулировать условие иным образом, оставив неизменным его существо. Формально такой результат будет свидетельствовать о некотором участии присоединившейся стороны в определении условий договора, однако реально заметных улучшений ее положения от таких изменений не произойдет. Неразумно считать, что такого рода притворные попытки «бегства в индивидуализацию условий» могут лишить суд права применять ст. 428 ГК РФ. Соответственно факт того, что по спорным условиям могли быть формально проведены переговоры и по ним были осуществлены некоторые малозначительные уступки, не должен сам по себе блокировать возможность применения к этим условиям ст. 428 ГК РФ.

Наконец, следует иметь в виду, что во многих случаях профформы договоров, используемых компаниями, заранее предполагают вариативность тех или иных условий и предлагают контрагенту выбор из нескольких вариантов «пакетов условий». Так, например, на практике существует немало банков, которые предлагают гибкие условия банковского вклада, где гражданин помимо суммы вклада может выбирать между несколькими вариантами условий (срок вклада, наличие права пополнить вклад или забрать его часть без расторжения договора и т.п.). Если бы такая заранее предусмотренная в стандартной проформе вариативность условий исключала квалификацию договора в качестве договора присоединения, сильные контрагенты получили бы четкий и ясный способ избежать судебного контроля справедливости их договоров. Для этого им было бы достаточно прописать несколько вариантов условия, каждый из которых был бы в той или иной форме несправедлив. Поэтому предоставление присоединяющейся

стороне различных вариантов того или иного условия на выбор, который осуществляется путем проставления галочки или иным подобным образом, также не может автоматически лишать договор статуса договора присоединения. Ведь все возможные для выбора варианты изначально составлены другой стороной[1].

Таким образом, в условиях действующего понимания ст. 428 ГК РФ как инструмента контроля только стандартизированных условий можно сделать следующие выводы.

Во-первых, наличие в договоре ряда нестандартизированных условий не препятствует его возможной квалификации в качестве договора присоединения в части стандартных условий, которые фактически могли быть приняты другой стороной лишь путем присоединения к ним без возможности существенно повлиять на их содержание.

Во-вторых, проведение переговоров по отдельным стандартным условиям и даже их корректировка по результатам таких переговоров сами по себе не блокируют возможность применения к другим стандартным условиям ст. 428 ГК.

В-третьих, наличие в стандартной проформе договоре возможности выбрать те или иные заранее предусмотренные предложившей ее стороной варианты условий само по себе не лишает их статуса стандартизированных.

В-четвертых, даже тот факт, что сильная сторона вела переговоры непосредственно по спорным условиям и пошла по ним на «косметические» уступки, сам по себе не исключает возможности признания применимости к таким условиям инструментария защиты, предусмотренного в ст. 428 ГК РФ.

Тут важно сделать важное уточнение для правильного понимания сделанных выше выводов. Нет никаких сомнений, что факт того, что контрагент, предложивший стандартные условия, предоставил другой стороне выбор между различными вариантами условий, вел переговоры, обсуждал контрпредложения и даже, возможно, пошел на некоторые уступки, является одним из главных признаков того, что договор в принципе не заключался по модели присоединения в силу того, что переговорные возможности «присоединяющейся» стороны были достаточными, чтобы влиять на содержание договора и не вынуждать ее заключать договор путем присоединения. Наша позиция заключается лишь в том, что одни эти факты не являются достаточными для того,

[1] Такие попытки «изобразить» видимость переговоров знакомы зарубежным правопорядкам, имеющим опыт регулирования стандартных условий договора, и получили в зарубежной доктрине название «бегство в индивидуальные условия». См.: *Клочков А.А.* Стандартные (общие) условия договоров в коммерческом обороте: правовое регулирование в России и зарубежных странах: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 92.

чтобы бесповоротно исключить применение ст. 428 ГК РФ. У стороны должны быть шансы доказать, что, несмотря на то, что ей дали возможность выбора между несколькими вариантами стандартных условий, с ней вели переговоры и даже пошли на уступки в каких-то незначительных деталях по стандартным условиям, в реальности у нее не было шансов существенно повлиять на содержание договора.

Возможность отказа от критерия стандартизации

Выявление всех вышеуказанных сложностей с применением критерия стандартизации условий подталкивает нас к выводу о желательности отказа от него при изменении ст. 428 ГК РФ или в рамках судебного правотворчества.

Фактор стандартизации выступает в качестве критерия, посредством которого несколько правовых систем пытается очертить сферу, в рамках которой допускается интенсивный судебный контроль справедливости договора и защита слабой стороны договора. Но насколько de lege ferenda точен этот критерий? На наш взгляд, очевидно, что критерий стандартизации очерчивает сферу интенсивного судебного контроля справедливости не вполне точно.

Во-первых, как уже отмечалось в рамках компаративного анализа, он неоправданно выводит из-под действия данного режима нестандартизированные условия, которые могут быть навязаны слабой стороне договора, вынужденной фактически присоединяться к договору. Различный подход права к ситуациям, когда переговорная сила одной из сторон использовалась для навязывания стандартных и нестандартных условий, не базируется на политике права и не оправдан с точки зрения здравого смысла. Действительно, не совсем понятно, почему право может ограничить злоупотребление своей переговорной силой со стороны лица, использующего стандартные условия, и вынуждено игнорировать аналогичные злоупотребления в ситуации, когда другой стороне несправедливые условия навязываются не в стандартизированном, а в специально подготовленном для данного конкретного случая договоре. В чем принципиальное различие между ситуациями, когда сильная сторона взяла чистый лист бумаги и внесла в него несправедливые условия и когда такая сторона пришла с уже заготовленным ранее текстом, содержащим такие условия? Именно эти соображения и послужили в свое время основанием для исключения из проекта § 2-302 ЕТК упоминаний о стандартном характере договора как необходимом условии применения заложенных в нем положений о судебном контроле справедливости договора.

Во-вторых, использование законодателем критерия стандартизации создает ничем не оправданные сложности в доказывании стандартиза-

ции условий договора и провоцирует трюки по «бегству в индивидуальные условия». Все это создает абсолютно лишние препятствия для осуществления судебной защиты слабой стороны договора.

В этих условиях постепенное падение популярности критерия стандартизации в праве зарубежных стран вполне показательно.

Думается, было бы разумнее, если бы позитивное право закрепило в ст. 428 ГК РФ сам источник проблемы – дисбаланс переговорных возможностей, лишающий слабую сторону реального шанса на сколько-нибудь равноправное участие в разработке условий договора и вынуждающий слабую сторону присоединиться к навязанным условиям. Критерий же стандартизации без ущерба для целей законодательного регулирования может быть устранен как излишний.

Это позволит судам брать под контроль именно те договоры, применительно к которым интенсивный патернализм в принципе может (как минимум в силу доминирующих в современных западных обществах соображений) быть оправдан. Данная реформа освободит суды от необходимости анализа сложных с доказательственной точки зрения вопросов о стандартном характере условий договора и сконцентрирует их на главном – на анализе оправданности патернализма в контексте конкретной сделки.

При этом, безусловно, стандартизация договорных условий может оцениваться судом как один из факторов, принимаемых во внимание при оценке дисбаланса переговорных возможностей (как правило, в качестве фактора, свидетельствующего о таком дисбалансе или усиливающего его). Но отсутствие стандартизации не должно мешать суду интенсивно контролировать справедливость договора в случае несправедливости договорных условий, если будет определено, что жертва этой несправедливости была слабой стороной и не имела реальных возможностей существенно повлиять на содержание договора. Как отмечается в зарубежной литературе, сам факт, что договор был заключен между сторонами с существенно неравными переговорными возможностями, лишающими одну из сторон реальных возможностей влиять на содержание договора, уже является достаточным основанием для того, чтобы суды рассматривали такой договор с подозрением[1].

При этом предлагаемая модификация правового режима может быть осуществлена двумя способами. Первый, наиболее прямой и откровенный, состоит именно в том, чтобы изменить п. 1 ст. 428 ГК РФ, устранив из него указания на стандартизацию и выразив саму суть конструкции присоединения через терминологию неравенства переговорных воз-

[1] *Voyiakis E.* Unconscionability and the Value of Choice // Unconscionability in European Financial Transactions: Protecting the Vulnerable. Cambridge University Press. 2010. P. 80.

можностей и(или) отсутствия возможности существенно влиять на содержание договора.

Второй же, более мягкий, вариант состоит в том, чтобы сохранить норму п. 1 ст. 428 ГК РФ и закрепленный в нем критерий стандартизации в неизменности, положившись на то, что данный критерий будет пониматься судами с учетом сделанных нами ранее de lege lata замечаний. Но при этом необходимая новация произойдет путем фиксации в законе того, что данный режим контроля будет применяться и к иным договорам, условия которых хотя и не были стандартизированы, но были навязаны стороне договора, лишенной реальной возможности существенно влиять на содержание договора. Последний вариант может быть реализован и в рамках судебного правотворчества посредством применения аналогии закона. В любом случае такой вариант менее транспарентен, так как по сути соответствующая новелла закона (или применение аналогии закона) приведет к лишению какого-либо смысла критерий стандартизации, упоминание которого сохранится в п. 1 данной статьи. Тем не менее такой вариант в прагматическом плане также допустим, так как приводит к нужному результату. В итоге сфера применения ст. 428 ГК РФ максимально приблизится к той, в рамках которой интенсивный патернализм допустим с точки зрения политики права, и разрыв между догматикой права и его политикой будет в значительной степени устранен.

Кроме того, думается, что в рамках реформы законодательства заодно с отсечением критерия стандартизации можно было бы устранить из п. 1 ст. 428 ГК РФ и намек на то, что подвергаемые контролю условия должны быть определены одной из сторон заранее. Нет никаких политико-правовых оснований возлагать бремя доказывания данного обстоятельства на сторону, ссылающуюся на ст. 428 ГК РФ. Дело в том, что в большинстве случаев доказать, что соответствующие условия конкретного заключенного договора были разработаны не той стороной, чьи интересы они ущемляли, а другой стороной, крайне сложно. В рамках доминирующего в российской арбитражной практике «документарного уклона» процесса, при котором ключевыми и заслуживающими доверия доказательствами являются не свидетельские показания, а письменные документы, выяснять в суде, кто же разработал и предложил соответствующие условия, крайне проблематично.

Соответственно, для того чтобы рассчитывать на применение данного режима судебного контроля, «пострадавшей» стороне должно быть достаточно доказать, что при заключении договора у нее отсутствовали реальные возможности существенно влиять на содержание договорных условий (т.е. ее переговорные возможности были значительно ограничены), из-за чего она была вынуждена присоединиться к таким усло-

виям. При этом другая сторона могла бы доказать, что спорные условия были предложены как раз пострадавшей стороной, и тем самым исключить применение ст. 428 ГК РФ. Переложение бремени доказывания на сторону, в пользу которой такие условия включены, является, на наш взгляд, вполне оправданным. Этот нюанс, возможно, нет необходимости отражать в тексте самого закона, положившись в данном вопросе на разъяснения судебной практики высших судов.

В результате таких модификаций сама предусмотренная рассматриваемой статьей модель контроля приблизится к той универсальной модели защиты слабой стороны договора, которая нами была определена в качестве одного из нескольких элементов оптимальной системы ex post контроля справедливости договоров. Это приведет к тому, что режим контроля содержания договора присоединения перестанет иметь что-либо общее с признанной нами неудачной немецко-голландской моделью контроля справедливости стандартизированных условий и превратится в законодательный режим контроля справедливости договора, при заключении которого переговорные возможности одной из сторон были ограничены настолько, что она была лишена реальных шансов существенно влиять на содержание договора. По сути в российском праве появится близкий аналог американской доктрины uncoscionability в том ее виде, который проявляется не столько в самом тексте § 2-302 ЕТК, носящей достаточно общий характер, сколько из принятой в американской судебной практике и доктрине ее интерпретации, при которой судебный контроль допускается в случае, когда неравенство переговорных возможностей (процедурный фактор) приводит к заключению договора на явно несправедливых условиях (содержательный фактор).

Сфера действия ст. 428 ГК РФ по кругу лиц

Механизмы ex post контроля справедливости стандартных договорных условий подразумевают в качестве основного объекта защиты фигуру потребителя. Однако неизбежно встает вопрос о целесообразности распространения данных механизмов и в отношении субъектов предпринимательской деятельности. В немецком праве режим контроля стандартных условий был изначально распространен в том числе и на коммерсантов. В Голландии же, как мы видели, он распространяется как на потребителей, так и на малых предпринимателей.

Идеология времен laissez-faire, не допускающая патерналистскую защиту коммерсантов и возлагающая все риски от своего поведения на самого предпринимателя, постепенно теряла свой априорный статус и в некоторой степени перестала соответствовать новым экономическим условиям. Привычная аксиома, согласно которой предприниматели осуществляют свою деятельность на свой страх риск и *ни при каких*

условиях не нуждаются в дополнительных средствах патерналистской защиты при заключении контрактов, постепенно стала подвергаться сомнению[1]. Практика показала, что даже предприниматели могут в силу различных причин оказаться в роли слабой стороны договора, не имея реальных возможностей повлиять на содержание договора (например, в случае заключения договора с монополистами).

В этой связи неудивительно, что в доктрине, судебной практике, а вслед за ней и в законодательстве ряда правопорядков возобладало мнение об отсутствии убедительных доводов в пользу полного освобождения от подобного контроля договоров, заключенных между предпринимателями[2]. Однако перед судами и законодателями неизбежно встал вопрос о степени распространения такого механизма в отношении предпринимателей.

Представляется, что подход, при котором защита от несправедливых условий договора распространяется на всех предпринимателей, наиболее приемлем. Во-первых, это не требует создания параллельных правовых режимов для различных видов предпринимателей, что упрощает правоприменительную практику.

Во-вторых, достаточно сложно провести четкую грань между малыми предпринимателями (*small businesses*) и их более крупными «коллегами». Использование формального критерия, такого, например, как в Голландии (численность работников либо наличие обязанности в соответствии с законом публиковать отчетность), носит, очевидно, искусственный характер. Несправедливость условий договора как результат эксплуатации неравенства переговорных возможностей и связанная с этим необходимость контроля справедливости договора в принципе напрямую не зависят от размера компании. Порой и достаточно крупное предприятие, вступая в договор с монополистом, попадает в положение слабой стороны договора. Как было показано в т. 1 книги, в некоторых случаях предприниматель тоже должен иметь возможность оспаривать навязанные ему договорные условия, если при заключении такого договора его переговорные возможности были существенно ограничены.

---

[1] *Slawson D.* Binding Promises. Princeton University Press. 1996. P. 32.

[2] *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 34. При подготовке проекта Директивы 93/13/ЕЕС было высказано мнение о том, что разработка единого общеевропейского режима контроля над справедливостью договорных условий, распространяющего сферу своего действия и на потребительские договоры, и на договоры между предпринимателями, была бы «хорошей идеей», однако нереализуемой в рамках Директивы, которая разрабатывается как инструмент защиты прав именно потребителей (см.: *Niglia L.* Transformation of Contract in Europe. Kluwer Law International. 2003. P. 101). Как мы видели, данное расширение режима контроля недавно было реализовано в рамках «мягкой» унификации европейского частного права (DCFR).

В контексте же российского законодательства оказалось, что механизм контроля справедливости договоров присоединения в отношении предпринимателей практически не работает. Обусловлено это тем, что в силу ГК РФ применение этого инструмента по инициативе предпринимателя возможно только тогда, когда он, выступая в качестве присоединившейся стороны, не знал и не должен был знать, на каких условиях заключает договор (п. 3 ст. 428 ГК РФ). Разработчикам ГК РФ эта идея исключить патернализм в отношении коммерсантов показалась оправданной[1]. В результате п. 3 ст. 428 ГК РФ фактически заблокировал применение данной статьи к договорам, заключаемым между предпринимателями[2].

С точки зрения теории гражданского права сама эта оговорка, содержащаяся в п. 3 ст. 428 ГК РФ, выглядит как минимум необычно. Если лицо не знало *и не должно было* знать о содержании определенных условий заключаемого договора, то таковые просто не могут стать частью договора, ведь любой договор является результатом взаимного согласования воль лиц, в нем участвующих. Как справедливо отмечает А.А. Клочков, сторона, определившая условия договора в стандартных формах, отнюдь не является законодателем. Поэтому другие участники оборота не обязаны знать содержание ее формуляров. Соответственно, если не будет доказано, что присоединившаяся сторона – предприниматель знала или должна была знать о таких условиях, она не будет связана ими[3].

В результате действующая редакция п. 3 ст. 428 ГК РФ фактически исключает защиту от навязывания несправедливых условий коммерсанта независимо от того, что в конкретной ситуации его переговорные возможности были существенно ограниченны и он был фактически принужден к присоединению к предложенной редакции договора. Как мы показали выше, с точки зрения политики права это ограничение не вполне оправданно.

Причем идея о необходимости защиты от несправедливых договорных условий не только потребителей, но и предпринимателей не явля-

---

[1] *Витрянский В.В.* Гражданский кодекс о договоре // Вестник ВАС РФ. 1995. № 10. С. 108, 109.

[2] Отсутствие судебных решений в пользу присоединившейся стороны – предпринимателя по данному вопросу – лишнее подтверждение данного факта. Пример отрицательного решения – Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 9 июня 2008 г. № 09АП-6138/2008-ГК по делу № А40-2255/08-51-27, в котором суд, признав договор на оказание услуг по контекстной рекламе на Яндексе публичным договором присоединения, отказал индивидуальному предпринимателю в изменении его условий со ссылкой на п. 3 ст. 428 ГК РФ.

[3] *Клочков А.А.* Стандартные (общие) условия договоров в коммерческом обороте: правовое регулирование в России и зарубежных странах: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 189.

ется чем-то характерным только для российского гражданского оборота. В немецкой доктрине отмечается, что проблема экономического неравенства и навязывания недобросовестных договорных условий, от которых «зачастую волосы встают дыбом», более ярко выражена в отношениях между предпринимателями, чем это изначально представлял себе законодатель[1]. Как мы видели из сравнительно-правового обзора, право большинства стран, как правило, дает судам возможность ограничивать свободу договора ex post в части явно несправедливых условий даже тогда, когда речь идет о договоре между предпринимателями с существенно неравными переговорными возможностями.

В этой связи было бы разумно изменить текст ст. 428 ГК РФ таким образом, чтобы предусмотренный данной статьей режим защиты распространялся и на коммерсантов. До момента такой реформы суды могли бы достигать того же самого результата посредством применения правил ст. 428 ГК РФ к коммерсантам, только решившись на толкование закона contra legem.

И здесь важно отметить, что в 2011 г. Президиум ВАС РФ на такой шаг решился. В информационном письме от 17 сентября 2011 г. № 147 (п. 2) Президиум ВАС РФ применил правила ст. 428 ГК РФ для защиты от несправедливых условий договора предпринимателя посредством аналогии закона. Конечно же этот шаг носит достаточно экстраординарный характер, так как ВАС РФ фактически вынес решение вопреки буквальному смыслу п. 3 указанной статьи, прямо оговаривающему, что суд не вправе контролировать справедливость договора по инициативе предпринимателя, знакомого с текстом заключаемого им договора. Противников «судебного активизма» столь вольное отношение суда с буквой закона, безусловно, возмутит. Но нас такого рода подход не смущает. Современные европейские правопорядки пришли к признанию того, что высшие суды в исключительных случаях, оправданных весомыми политико-правовыми соображениями, могут вынести решение contra legem[2].

[1] См.: *Bunte H.-J.* Zehn Jahre AGB-Gesetz – Ruckblick und Ausblick // NJW. 1987. S. 922.

[2] Так, например, как отмечается в современной литературе, французские суды во главе с Кассационным судом не только заполняли пробелы в ФГК и развивали его крайне фрагментарные положения, но даже зачастую устанавливали судебную практику прямо вопреки букве закона, т.е. contra legem (см.: *Steiner E.* French Legal Method. 2002. P. 93–96; *Troper M.*, *Grzegorczuk C.* and *Gardies J.-L.* Statutory Interpretation in France // Interpreting Statutes. A Comparative Study / Ed. by D.N. MacCormick and R.S. Summers. 1991. P. 173). Множество подобных примеров знает и немецкая судебная практика (см.: *Zimmermann R.* An Introduction to German Legal Culture // In, Introduction to German Law / Ed. by W.F. Ebke and M.W. Finkin. 1996. P. 20). Эта практика сейчас «освещана» позицией Конституционного суда ФРГ (см.: *Zimmermann R.* The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives. Oxford, 2005. P. 26; *Alexy R.*, *Dreier R.* Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany // Interpreting Statutes. A Comparative Study / Ed. by D.N. Mac-

При этом следует признать, что когда речь идет о коммерсанте, то признание его слабой стороной договора возможно в намного более ограниченных случаях, чем то допустимо в отношении некоммерческих участников оборота. Коммерсанты действительно осуществляют свою деятельность на свой страх и риск, и применительно к таким участникам оборота право должно быть крайне осторожным при реализации патерналистских регулятивных решений.

Так, например, выше мы отмечали, что сам по себе факт отсутствия ограниченного предложения на рынке и возможности заключения договора с другими контрагентами не может автоматически блокировать признание присоединяющейся стороны в качестве слабой стороны договора, и для иллюстрации этого тезиса привели пример потребителя, который во многих (хотя и не во всех) случаях должен защищаться от несправедливых условий даже тогда, когда у него была возможность относительно легко избежать принятия таких условий, обратившись к другим контрагентам. Но ситуация несколько меняется тогда, когда на статус слабой стороны договора претендует коммерсант. Наличие у него доступных альтернатив и шансов избежать принятия спорного условия посредством обращения к другим контрагентам должно существенно сдерживать судебный патернализм. Это не значит, что применение ст. 428 ГК РФ в таких случаях в принципе невозможно. Иногда информационная асимметрия или неравенство экономических возможностей могут быть выражены настолько сильно, что заслуживать защиты в такой ситуации будет и коммерсант (например, при приобретении малым предприятием сложной системы компьютерной безопасности). Но вполне очевидно, что отсутствие ограниченного выбора на рынке является очень серьезным признаком того, что контрагент имел относительно реальную возможность избежать заключения договора на предложенных условиях, а следовательно, в большинстве (хотя, видимо, и не во всех) случаях может стать причиной отказа в применении ст. 428 ГК РФ к коммерсантам. В отличие от некоммерческих участников оборота

Cormick and R.S. Summers. 1991. P. 80, 97). Современные немецкие суды и правоведы рассматривают судебное правотворчество contra legem как нежелательный, но возможный выход из положения, когда отступление от закона (в основном частноправового) оправдано крайне сильными политико-правовыми мотивами (в первую очередь этическими ценностями, укорененными в основах конституционного строя и базовых основах общественной нравственности). Такое решение выносится, если эти политико-правовые ценности оказываются в данном конкретном случае более весомыми, чем соображения определенности и стабильности позитивного права (см.: *Zippelius R.* Introduction to German Legal Method. 2008. P. 96ff; *Brugger W.* Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence and Anthropology: Some Remarks From a German Point of View // 42 American Journal of Comparative Law. 1994. P. 400, 401). Подробнее см.: *Карапетов А.Г.* Борьба за признание судебного правотворчества в европейском и американском праве. М., 2011).

предприниматель подразумевается обязанным искать наилучшие альтернативы на свободном рынке и чаще всего не заслуживает защиты, если такая альтернатива имелась и была относительно легко доступна.

В результате с учетом распространения действия ст. 428 ГК РФ и на защиту лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, возникают основания выделить внутри данного режима контроля справедливости договора различные уровни допустимого патернализма. Применяя указанную статью, суды должны осознавать, что одно и то же условие может как быть, так и не быть предметом контроля в зависимости от того, насколько слабы были переговорные позиции стороны, ищущей судебной защиты, при заключении договора. И давая ответ на этот последний вопрос, суд вполне может и должен осознавать, что коммерческий участник оборота может быть признан слабой стороной договора для целей применения данной статьи в намного более редких случаях, чем гражданин или некоммерческая организация.

Остается только отметить, что осуществленное ВАС РФ распространение ст. 428 ГК РФ и на случаи защиты от несправедливых договорных условий коммерсантов было бы желательно зафиксировать законодательно.

Итоговые замечания в отношении сферы применения ст. 428 ГК РФ de lege ferenda

С учетом вышеизложенного становится очевидно, что de lege ferenda ст. 428 ГК следует подвергнуть концептуальному изменению.

Минимальный набор необходимых законодательных модификаций представляется следующим.

Во-первых, необходимо распространить сферу ее применения и на случаи, когда слабой стороной договора является коммерсант. Это решение уже осуществлено в практике ВАС РФ и требует законодательного признания.

Во-вторых, из закрепленных в ст. 428 ГК признаков договора присоединения критерий стандартизации следовало бы устранить, тем самым распространив данный механизм на любые условия, которые были навязаны одной стороной без наличия у другой стороны возможности реального влияния на их содержание.

В-третьих, из данной статьи необходимо исключить намек на то, что для ее применения от слабой стороны договора требуется доказать, что спорные условия были определены сильной стороной.

В этой связи примечательно, что эти изменения предусматриваются в рамках идущей в России на момент написания настоящей работы реформы гражданского законодательства.

В опубликованном в 2011 г. Проекте изменения ГК РФ, подготовленном в рамках идущей реформы гражданского законодательства, предлагается внести в ст. 428 ГК два важных изменения.

Во-первых, предлагается исключить из нее п. 3, ограничивающий суды в праве защищать от навязывания несправедливых условий коммерсантов. Этот шаг, совпадающий с нашими выводами и сформулированной в Информационном письме Президиума ВАС РФ № 147 позицией, следует полностью приветствовать. Как мы уже отмечали, хотя степень допустимого патернализма и интенсивность применения данного режима контроля в отношении коммерсантов должны быть ниже, чем в отношении некоммерческих контрагентов, нельзя игнорировать того, что в ряде случаев слабой стороной договора, заслуживающей патерналистской защиты от несправедливости навязываемых условий, может быть и коммерсант.

Во-вторых, вместо нормы нынешнего п. 3 предлагается включить в данную статью следующее правило: «*Правила, предусмотренные пунктом 2 настоящей статьи, подлежат применению также в случаях, когда при заключении договора, не являющегося договором присоединения, условия договора определены одной из сторон, а другая сторона поставлена в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора*».

Если данное изменение будет принято, то оно будет представлять собой для отечественного права подлинную революцию в области контроля справедливости договорных условий и реализацию искомой идеи устранения фактора стандартизации условий как необходимого для применения ст. 428 ГК. При этом предлагается использовать описанный нами выше и в принципе допустимый вариант скрытого исключения критерия стандартизации. Понятие договора присоединения как договора, заключенного на стандартных условиях, останется неизменным, но при этом сама возможность применения предусмотренного данной статьей механизма контроля справедливости более не будет поставлена в зависимость от квалификации соглашения в качестве договора присоединения. В качестве основания для применения данной статьи будет достаточно самого факта неравенства переговорных возможностей, в результате которого одна из сторон не могла существенно влиять на содержание договорных условий, выставленных другой стороной.

При реализации этой реформы более не будет иметь значения, являлись ли спорные условия стандартными либо были составлены для данного конкретного случая. Кроме того, отсутствие в данной новелле указания на принятие предложенных условий *«в целом»* и наличие в ней упоминания о затруднительности согласования иного содержания *«отдельных условий договора»* означает, что судебный контроль

не будет зависеть от того, присутствуют ли в договоре условия, которые были предметом переговоров или определялись индивидуально для данного договора. Главное, чтобы соответствующее оспариваемое условие было выставлено одной стороной, а другая сторона не имела реальной возможности существенно повлиять именно на его содержание в силу неравенства переговорных возможностей.

Таким образом, в случае принятия предлагаемой поправки одна из основных проблем, связанных с существующим режимом договора присоединения, будет устранена.

При этом само понятие договора присоединения, сохранившееся в п. 1 ст. 428 ГК РФ, видимо, потеряет какое-либо самостоятельное значение. Дело в том, что по сути предлагаемая норма расширяет сферу судебного контроля настолько, что это снимает всякую необходимость предварительной квалификации договора в качестве договора присоединения как договора, содержащего стандартные условия, и все связанные с этим сложности в доказывании стандартизированности условий. Для применения данного режима контроля будет достаточно доказать, что некие несправедливые условия были навязаны «слабой стороне», т.е. стороне, чьи слабые переговорные возможности лишили ее реальных шансов существенно повлиять на содержание контракта. Ситуация, упомянутая в п. 1 ст. 428 ГК (заключение договора на стандартных и заранее утвержденных одной из сторон условиях, при котором другая сторона была лишена возможности вести переговоры), будет выступать лишь в качестве частного случая ситуации неравенства переговорных возможностей, упомянутой в п. 3 указанной статьи. Таким образом, сфера действия нормы п. 3 ст. 428 ГК в значительной степени, если не полностью, поглотит сферу действия режима договора присоединения.

Следует заметить, что данное предлагаемое в рамках реформы ГК РФ изменение сферы применения ст. 428 Кодекса в одном нюансе расходится со сделанными нами de lege ferenda предложениями.

В предлагаемой Проектом для включения в ст. 428 ГК норме сохраняется указание на то, что спорные условия должны быть определены той стороной, в чью пользу соответствующее условие и составлено. Это означает, что при буквальном прочтении данной нормы стороне, пытающейся оспорить несправедливое условие, для демонстрации оснований для применения режима контроля, предусмотренного ст. 428 ГК, придется доказывать, что спорное условие было определено контрагентом, а не включено в договор по ее собственной инициативе. Вполне очевидно, что в практическом плане слабой стороне (например, потребителю) доказать это может быть достаточно сложно. Причем эта сложность особенно очевидна именно тогда, когда договор не носит стандартный характер. Доказать в суде, что инициатива включения спор-

ного условия исходила от другой стороны, посредством предъявления электронной переписки, не заверенной ЭЦП, крайне проблематично, а свидетельским показаниям российские суды не очень доверяют. Из указанного следует, что наиболее надежным доказательством являлось бы предъявление «пострадавшей» стороной образцов договоров, заключаемых контрагентом на таких же условиях с другими клиентами. Но именно в ситуации заключения нестандартизированного договора найти такие образцы будет невозможно.

Соответственно, если суды будут «считывать» данную норму буквально, у слабой стороны договора могут возникнуть определенные проблемы в доказывании наличия оснований для применения данного режима контроля. Этот редакционный недостаток было бы разумно устранить. Если этого не произойдет, проблема могла бы быть отчасти разрешена на уровне судебной практики. Высшие суды могли бы указать на то, что в случае наличия в договоре явно несправедливых условий и установленного факта неравенства переговорных возможностей следует презюмировать, что инициатива включения таких условий исходила от стороны, в чью пользу такие условия были направлены, с возложением бремени доказывания обратного на последнюю. Если не считать этих замечаний, предложения Проекта в части модификации сферы применения ст. 428 ГК следует оценить в целом положительно. Предусмотренные им новации позволят признать норму указанной статьи в качестве предусматривающей режим умеренно-интенсивной защиты слабой стороны договора в рамках реализуемой в российском праве многокомпонентной модели контроля справедливости договорных условий.

Критерии несправедливости договорного условия на основании ст. 428 ГК РФ

В п. 2 ст. 428 ГК в качестве критериев несправедливости договорного условия закрепляются три фактора:

1) условие лишает присоединяющуюся сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида;

2) условие исключает или ограничивает ответственность стороны, его предложившей, за нарушение обязательства;

3) условие в силу иных причин явно обременительно для присоединяющейся стороны настолько, что она, исходя из своих разумно понимаемых интересов, не приняла бы его при наличии у нее возможности участвовать в его определении.

При буквальном прочтении данного пункта возникает видимость того, что три этих фактора соотносятся в альтернативном формате. Может показаться, что для оспаривания условий договора достаточно наличия

хотя бы одного из трех признаков несправедливости договорных условий. На это на первый взгляд указывает использование законодателем при их перечислении союзов «или» и «либо».

Тем не менее, думается, эти три критерия носят разнородный характер. По сути общим и ключевым является третий критерий (явная обременительность), который, иными словами, закрепляет принцип справедливости договорных условий как идею сбалансированности прав и обязанностей сторон (т.е. справедливость как равенство прав). Первые же два критерия носят скорее иллюстративный характер, демонстрируя некоторые примеры и признаки несправедливости.

От того, согласна ли правовая система с такой интерпретацией этих трех критериев, при которой первые два являются лишь иллюстрациями применения более общего третьего, зависят ответы на следующие вопросы: достаточно ли наличия признаков того, что спорное условие соответствует одному из двух первых критериев, чтобы оно могло быть оспорено на основании данной статьи, или суду в любом случае необходимо оценивать его с учетом общего третьего критерия явной обременительности и являются ли критерии необычности условия и его направленности на ограничение или освобождение от ответственности самодостаточными и абсолютно закрепляющими его несправедливость (т.е., пользуясь европейской терминологией, формируют короткий «черный» список несправедливых условий) или они лишь намекают суду на некоторые возможные признаки несправедливости, но не предопределяют вывод о несправедливости (т.е. являют собой «серый» список несправедливых условий)?

Для нас ответ очевиден. Признать критерии необычности и направленности на ограничение и исключение ответственности, как априори свидетельствующие в пользу несправедливости условия, нельзя. Далеко не всякое необычное условие, отличающееся от того, что обычно практикуется на рынке или закреплено диспозитивными нормами договорного права, может быть признано несправедливым. Условие может лишать присоединяющуюся сторону некого права, обычно ей предоставляемого диспозитивными нормами закона или распространенными в практике условиями договоров данного типа, но при этом не быть существенным, т.е. не быть явно обременительным. Кроме того, договор в целом может вполне компенсировать это «лишение» предоставлением присоединяющейся стороне неких «зеркальных» преимуществ. Право не может столь грубо блокировать развитие договорной практики и экономического оборота.

При этом необычность ограничения прав может действительно рассматриваться как один из факторов, свидетельствующих в пользу несправедливости условия. Но этот фактор не может иметь абсолютно

определяющее значение, исключающее анализ условия на предмет соответствия общему критерию явной обременительности.

То же можно сказать и о критерии направленности условия на ограничение или освобождение от ответственности. Нормы п. 1 и 3 ст. 401 ГК РФ о невиновности или обстоятельствах непреодолимой силы как основаниях освобождения от ответственности имеют диспозитивный характер. Прямо закрепленная в норме п. 3 ст. 401 ГК ее диспозитивность допускает, например, указание в договоре на то, что коммерсант освобождается от ответственности не только в силу обстоятельств непреодолимой силы, но и в случае отсутствия признаков виновности. Статья 15 ГК прямо допускает установление в договоре ограничения принципа полного возмещения убытков, а п. 1 ст. 394 Кодекса – согласование сторонами исключительной неустойки, которая ограничивает права пострадавшего от нарушения кредитора только взысканием согласованной суммы неустойки. Норма п. 2 ст. 400 ГК жестко запрещает оговаривать ограничение ответственности в договоре присоединения, в котором кредитором является потребитель, и только тогда, когда объем этой ответственности предусмотрен в законе «для данного вида обязательств» (т.е. в специальных нормах закона об отдельных видах договоров) и само такое соглашение заключается заранее. Соответственно применительно к договорам между юридическими лицами указание в договоре ограничения объема ответственности прямо законодательством не запрещено и по сути при толковании п. 2 ст. 400 ГК a contrario санкционировано. И этот либерализм вполне оправдан. Специфика отдельных видов договоров может предопределить разумность условий об ограничении или освобождении от ответственности, которые в контексте конкретного договора, его цели и общего содержания могут и не носить явно обременительный характер.

В то же время такого рода оговорки об ограничении или освобождении от ответственности безусловно являются первыми претендентами на особо подозрительное отношение со стороны судов тогда, когда договор носил характер договора присоединения или в целом заключался при явном неравенстве переговорных возможностей, лишавшем одну из сторон реальных шансов существенно влиять на его содержание.

Таким образом, оба этих специальных критерия должны признаваться не альтернативными по отношению к общему критерию явной обременительности, а лишь указывающими на «подозрительность» условия договора. Соответственно цель их указания в законе примерно та же, которой руководствуются и европейские законодатели, предусматривая «серые» списки несправедливых условий. Эта цель состоит в указании тех условий, которые хотя и не являются ex ante запрещенными, но должны привлекать особое внимание судов.

В принципе допустима и такая интерпретация, при которой соответствие спорного условия одному из этих двух специальных критериев будет означать презумпцию его несправедливости, перекладывающую бремя доказывания обратного на сильную сторону договора, подпадающего под действие ст. 428 ГК. Как мы видели, такой подход к определению статуса условий, закрепленных в «сером» списке, известен и европейскому праву. Это же решение можно было бы реализовать и в российской судебной практике, оставаясь в рамках толкования действующего законодательства.

В любом случае ключевой критерий несправедливости, согласно ст. 328 ГК, – явная обременительность условия, которая должна оцениваться судом с учетом обстоятельств конкретного спора, степени неравенства переговорных возможностей, всего содержания договора в целом, его цели и других факторов.

Более подробно вопрос об оценке несправедливости договорных условий будет проанализирован нами в отдельном параграфе данной главы.

Последствия признания судом условия несправедливым

Если в силу указанных выше критериев условие признано несправедливым в контексте применения ст. 428 ГК РФ, право допускает ограничение договорной свободы. Но какова механика реализации этого ограничения?

Статья 428 ГК РФ указывает два возможных последствия квалификации условия в качестве несправедливого – судебное изменение или расторжение договора.

Представляется, что такой инструментарий средств защиты не в полной мере отвечает существу отношений, возникающих в связи с судебным контролем справедливости договорных условий. Что касается расторжения договора, то оно является малоэффективным, так как присоединившаяся сторона в большинстве случаев нуждается в соответствующем товаре или услуге, именно это и вынудило ее в свое время заключить договор на крайне несправедливых условиях. Поэтому расторжение договора в таких случаях чаще всего означает не решение проблемы, а создание для слабой стороны новых сложностей.

Изменение договора в этом плане гораздо более логично, так как позволяет суду нейтрализовать конкретное спорное условие, оставив договор в силе в части остальных условий. Но и этот инструмент не вполне удачен.

Изменение договора в контексте российской догматики договорного права может иметь эффект лишь на перспективу. То есть все не-

благоприятные последствия соответствующего условия, уже возникшие у присоединившейся стороны в связи с действием данного условия в течение всего периода до вступления в силу судебного решения об изменении договора, не отменяются ab initio.

Например, представим, что договор присоединения (или договор, при заключении которого одна из сторон была лишена реальной возможности существенно влиять на его содержание) предусматривал формально законное, но явно несправедливое условие, дающее сильной стороне право на применение той или иной меры одностороннего характера. Полагаясь на это условие, такая сторона соответствующую меру осуществила. Столкнувшись с применением данного договорного условия, слабая сторона обращается в суд и по истечении долгих месяцев судебных разбирательств добивается вынесения судебного решения об изменении договора посредством исключения спорного условия. Исходя из сложившегося в России понимания института судебного изменения договора, это будет означать, что договор изменен на будущее, но легитимность реализации указанного условия в период до вынесения данного решения не ставится под сомнение. К моменту вступления в силу судебного решения договор может быть давно уже исполненным и прекращенным. Решение суда не лишит договорного основания соответствующую одностороннюю меру на момент ее реализации.

Такой результат вряд ли можно признать разумным, а предусмотренную в ст. 428 ГК механику защиты прав слабой стороны договора – эффективной.

При этом имеется и более существенная проблема действующей редакции названной статьи в части описания механики защиты присоединяющейся стороны. Закон предполагает, что требование о расторжении и изменении договора должно быть заявлено слабой стороной договора в суд и при этом лишь после соблюдения досудебного порядка рассмотрения спора (ст. 452 ГК). На практике большинству контрагентов, имеющих характеристики слабой стороны договора (в особенности потребителю), просто крайне сложно соблюдать досудебную процедуру, инициировать такие судебные процессы, уплачивать государственную пошлину, нанимать юристов и т.д. Такому контрагенту гораздо проще заявить в ответ на иск сильной стороны, основанный на соответствующем спорном условии, устное или письменное ходатайство о признании условия несправедливым (возражение).

С учетом издержек на инициирование судебного процесса и вероятности пропуска срока исковой давности при режиме судебного расторжения или изменения значительно снижается процент вероятности оспаривания слабой стороной договора (особенно потребителем) несправедливого условия. В то же время эта вероятность имеет колоссаль-

ное превентивное значение. Чем мощнее и эффективнее режим защиты слабой стороны договора, тем меньше у сильной стороны стимулов включать в договор явно несправедливые условия и тем в итоге меньше судебных споров. Когда же закон эту вероятность снижает путем избыточного усложнения процедуры инициации применения ст. 428 ГК, он снижает и вероятность оспаривания, а следовательно, и стимулы к добросовестному контрактированию для сильной стороны.

По этим же причинам вариант с применением режима оспоримости как возможная de lege ferenda замена признанных в ст. 428 ГК сейчас инструментов также не является идеальным. Его преимущество состоит в том, что он позволяет (в отличие от судебного расторжения или изменения) аннулировать несправедливое условие ab initio. Но как и режимы судебного расторжения и изменения, оспоримость (в российской версии данного института) предусматривает возложение на слабую сторону бремени возбуждения судебного процесса и, кроме того, предполагает необходимость соблюдения укороченного срока исковой давности. В то же время слабая сторона может быть во многих случаях лишена возможности подать такой иск сразу же после заключения договора. Дело в том, что многие явно несправедливые условия рассчитаны на применение в будущем при возникновении тех или иных заранее не предопределенных ситуаций (например, ограничение ответственности на случай нарушения сильной стороной договора). Договор же может носить долгосрочный характер. Соответственно слабая сторона, даже осознавая явную обременительность данного условия, может не инициировать оспаривание договора в течение года после заключения договора, не желая вступать в конфликт с контрагентом в ситуации, когда основания для применения соответствующего условия к этому времени не возникли и, вероятно, не возникнут и в будущем. Но представим, что по прошествии нескольких лет сильная сторона нарушает договор и отказывается нести ответственность, ссылаясь на данное условие. В этом случае возможность защиты от несправедливости данного условия у слабой стороны при применении режима оспоримости будет заблокирована истечением срока давности.

Конечно, острота этой проблемы могла бы быть снижена за счет введения по голландскому образу правила о том, что срок давности на оспаривание начинает исчисляться не с момента заключения договора, а с момента реализации спорного условия. Но при этом сохраняется основной недостаток данного механизма – необходимость подачи искового заявления в суд. Подобного рода бюрократизация процесса защиты явно не будет способствовать защите интересов слабой стороны.

Соответственно было бы разумно принять эти замечания во внимание и принципиально снять для слабой стороны необходимость обя-

зательной подачи искового заявления для оспаривания несправедливого условия. Практически ни в одной изученной нами стране слабая сторона не вынуждается к подаче судебного иска для оспаривания несправедливых условий договора.

Опыт зарубежных стран и анализ догматики российского права предлагают нам несколько теоретически возможных моделей решения этой проблемы.

Первый вариант – это вариант ничтожности несправедливого условия (Германия). В таком случае слабая сторона могла бы как подать иск с просьбой признать факт ничтожности данного условия, так и заявить об этом в суде в качестве возражения на иск сильной стороны. Сильная же сторона должна осознавать, что в случае попытки злоупотребить своими переговорными преимуществами явно несправедливые условия просто не будут признаны действительными. Другой вариацией данного подхода можно считать признание соответствующего условия несуществующим подобно тому, как это имеет место во Франции[1].

Второй вариант известен праву ряда других стран (например, Голландии) и актам международной унификации договорного права, предусматривающим право слабой стороны оспорить несправедливое условие путем одностороннего заявления, действующего с обратной силой. Соответствующее заявление может быть сделано сразу после заключения договора, в ходе его исполнения и даже в судебном процессе, инициированном на основании спорного условия сильным контрагентом. В последнем случае это заявление будет по сути иметь характер возражения. Право заявить об отказе от спорного условия утрачивается, только если слабая сторона добровольно спорное условие исполнила. В этом случае она должна терять право заявлять об отказе от спорного условия. С другой стороны, этот вариант все-таки будет оставлять за слабой стороной столь важный в некоторых случаях выбор.

Третий вариант – признание условия необязательным для слабой стороны договора. Этот вариант встречается в DCFR и в некоторых правопорядках (например, Италии[2]), имплементировавших Директиву ЕС 1993 г. В ряде случаев такой подход встречается и в российском законодательстве[3]. В таком гибком формате несправедливое условие признается действительным, но не обременяющим слабую сторону. Она может

[1] EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis / Ed. by Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke. 2007. P. 391.

[2] Статья 36 (3) итальянского Потребительского кодекса закрепляет концепцию «протективной ничтожности» (*nullità di protezione),* согласно которой определенное условие является ничтожным только в той степени, в которой это соответствует интересам потребителя.

[3] См. п. 4 ст. 943 ГК РФ: «Страхователь (выгодоприобретатель) вправе ссылаться в защиту своих интересов на правила страхования соответствующего вида, на которые име-

ссылаться на данное условие, если того пожелает, но сильная сторона такой возможности лишается. В принципе такой вариант также вполне приемлем. Он оставляет вопрос о применении условия на усмотрение слабой стороны договора, но не требует от нее подачи каких-либо исков.

Четвертый вариант – отказ в защите права (по сути – отказ в судебном признании спорного условия). Сторона, навязывающая слабой стороне те или иные условия, реализует тем самым свое право на определение условий договора. Если контрагент в силу явного неравенства переговорных возможностей существенно ограничен в возможностях влиять на определение договорных условий, то другая сторона должна в соответствии с принципом добросовестности учесть, хотя бы и в минимальной степени, разумные интересы слабого партнера и воздерживаться от очевидного злоупотребления своей властью[1]. Если же, несмотря на это, сильная сторона включает в состав своих условий явно несправедливые, «репрессивные» условия, то она злоупотребляет своим правом, вытекающим из свободы договора. Соответственно суд в ответ на это может отказать в защите права, основанного на соответствующей спорной оговорке. При этом такой отказ может быть осуществлен как в том случае, когда сильная сторона пытается добиться применения спорного условия в суде, так и в том случае, когда в суд с тем или иным иском обращается слабая сторона. В последнем случае в ответ на возражение ответчика, ссылающегося на спорное условие договора (например, об ограничении ответственности), суд может это возражение отвергнуть и тем самым отказать в защите вытекающего из этого условия права[2].

Такой вариант не заставляет слабую сторону обращаться в суд с иском и при этом оставляет вопрос об оспаривании спорного условия на усмотрение пострадавшего. Ведь без его инициативы (не обязательно оформленной в виде иска) суд отказывать контрагенту в праве как минимум по патерналистским мотивам в условиях состязательного процесса не может.

Иначе говоря, любой из четырех вариантов (ничтожность, односторонний отказ с ретроспективной силой, необязательность и отказ в за-

---

ется ссылка в договоре страхования (страховом полисе), даже если эти правила в силу настоящей статьи для него необязательны».

[1] *Клочков А.А.* Стандартные (общие) условия договоров в коммерческом обороте: правовое регулирование в России и зарубежных странах: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 149. Включение в договор присоединения условий, явно обременительных для присоединяющейся стороны, рассматривает в качестве формы злоупотребления правом и М.В. Кратенко. См.: *Кратенко М.В.* Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты. М., 2010. С. 29.

[2] Использование ст. 10 ГК не только в качестве «щита», но и в качестве «меча» не является чем-то принципиально невозможным. Так, например, согласно проекту реформирования ГК РФ злоупотребление правом в соответствии со ст. 10 ГК будет давать пострадавшей стороне возможность взыскивать убытки.

щите права) лучше, чем судебное расторжение или изменение договора, которые предусмотрены в действующем законодательстве. В принципе с точки зрения политики права все четыре варианта являются в общем и целом приемлемыми, хотя и обладают теми или иными техническими преимуществами и недостатками.

Проблема с вариантами одностороннего ретроспективного отказа и необязательности несправедливого условия заключается в том, что введение таких новых для российской догматики гражданского права институтов, видимо, невозможно осуществить, оставаясь в рамках действующего законодательства.

Остаются два варианта: ничтожность и отказ в защите права. Оба этих варианта, способны быть реализованными при реформе законодательства, не требуют от слабой стороны подачи исковых заявлений для оспаривания спорного условия, предусматривают его неприменение ab initio и в целом более традиционны и понятны для российского права.

Но какой из них оптимален с точки зрения действующего законодательства?

Что касается варианта ничтожности, то следует напомнить, что последняя практика ВАС РФ по применению ст. 10 ГК РФ допускает ничтожность сделки в качестве санкции за злоупотребление правом[1]. Но серьезный минус этого варианта состоит в том, что подчас слабая сторона может быть не заинтересована в ничтожности спорного условия. Как мы дальше покажем, иногда слабая сторона будет заинтересована не в аннулировании спорного условия, а в изменении такового (например, когда спорное условие носит существенный характер и его аннулирование не может быть восполнено диспозитивными нормами и влечет незаключенность всего договора). С логической точки зрения сложно исходить из базовой идеи об изначальной ничтожности явно несправедливого условия и одновременно допускать право слабой стороны пойти в суд и потребовать его изменения. Ведь такая возможность будет означать, что суд, прежде чем изменить спорное условие, задним числом отменяет его ничтожность. В принципе ничего невозможного в догматике права нет, и институт конвалидации ничтожной сделки не новость для континентально-европейского гражданского права[2]. Но такая конвалидация для целей ретроспективного изменения спор-

[1] В п. 9 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации» отмечено, что, «поскольку при заключении договоров купли-продажи покупателем было допущено злоупотребление правом, данные сделки признаны судом недействительными на основании пункта 2 статьи 10 и статьи 168 ГК РФ».

[2] *Тузов Д.О.* Конвалидация ничтожных сделок в российском гражданском праве // Вестник ВАС РФ. 2004. № 7. С. 145–165.

ного условия, думается, вряд ли является самым удачным решением. Напомним, что в Германии, где закреплена ничтожность несправедливого условия, суд не вправе его адаптировать. В тех же странах, где признается право суда на модификацию несправедливого условия, чаще всего предусматривается не ничтожность этого условия, а либо вариант необязательности, либо вариант односторонней отмены.

Возникновения этой логической проблемы можно было бы избежать, если исходить из того, что при адаптации спорного условия суд не меняет ничтожное несправедливое условие, а на самом деле заполняет образующийся в связи с этой ничтожностью пробел путем определения содержания условия по своему усмотрению. Последнее отнюдь не является экзотикой в рамках действующего законодательства: схожая ситуация имеет место при рассмотрении судом преддоговорных споров (ст. 446 ГК). Тем не менее без внесения в ГК РФ соответствующих уточнений реализация такого варианта de lege lata с формально-логической точки зрения, возможно, не является оптимальным решением.

Другой вариант, который можно реализовать в условиях действующего законодательства, состоит в применении предусмотренного в ст. 10 ГК РФ механизма отказа в защите права. Он позволяет уйти от логического противоречия, возникающего при применении режима ничтожности: условие формально действительно, но по заявлению слабой стороны договора лишается правового эффекта. Такой вариант не требует подачи отдельного иска об оспаривании спорного условия (заявление может быть выдвинуто и в качестве простого возражения) и снимает со слабой стороны договора соответствующие издержки. И самое главное – он опирается на букву действующего законодательства. При парном применении норм ст. 428 (в части критериев допустимости контроля) и ст. 10 ГК о недопустимости злоупотребления правом (в отношении следствия включения несправедливого условия) суды уже сейчас могут дополнить предусмотренные в ст. 428 ГК, но неэффективные инструменты (расторжение и изменение договора) адекватной с политико-правовой точки зрения санкцией. По крайней мере до изменения закона такое решение является вполне допустимым.

При этом для реализации последнего варианта необходимо право, в защите которого суд отказывает на основании применения ст. 10 ГК, понимать не узко (как некое вытекающее из договора субъективное право требования или секундарное право), а широко (как право ссылаться на условие договора, вытекающее из принципов свободы договора и pacta sunt servanda). Это важно подчеркнуть, так как спорное условие вполне может предусматривать не право сильной стороны, а ее обязанность (например, по выплате мизерной исключительной неустойки).

В таких случаях суд отказывает в защите не субъективного права требования или секундарного права сильной стороны, а права ссылаться на несправедливое условие договора.

В любом случае было бы логичнее, если бы законодатель прямо изменил ст. 428 ГК в части последствий выявления несправедливых условий и прямо закрепил бы один из двух вышеуказанных вариантов неприменимости спорного условия ab initio (отказ в судебном признании или ничтожность).

Как в случае ничтожности, так и при отказе в судебном признании спорного условия вместо него подлежит применению соответствующая диспозитивная норма закона[1]. Например, если условие договора присоединения, исключающее ответственность предлагающей эти условия стороны за случаи, когда нарушение вызвано действиями третьих лиц, будет признано по просьбе слабой стороны договора несправедливым в контексте применения ст. 428 ГК, то вместо этого условия будет действовать общее правило п. 3 ст. 401 Кодекса, устанавливающее, что предприниматель освобождается от ответственности только в случае непреодолимой силы.

При этом не следует забывать, что, как уже было отмечено, в некоторых исключительных ситуациях изменение спорного договорного условия ab initio может быть более предпочтительным, нежели лишение его юридической силы. В частности, такая ситуация возникает, когда баланс интересов сторон в принципе не может быть восстановлен путем признания условия недействительным (например, в тех ситуациях, когда спорное договорное условие является существенным и его отсутствие может лишить договор жизнеспособности). В таких случаях, которые, видимо, будут носить исключительный характер, защита интересов слабой стороны договора могла бы быть более эффективной, если бы суд по ее просьбе не аннулировал, а модифицировал спорное условие. Такая модификация должна быть направлена на приведение условия к такому содержанию, которое бы соответствовало принципам разумности, справедливости и добросовестности.

Поэтому законодателю следовало бы обратить внимание при реформе механики применения защиты, предусмотренной в ст. 428 ГК, на необходимость предоставления суду возможности по просьбе слабой стороны модифицировать спорное условие с ретроспективным эффектом.

Остается только напомнить, что при реализации законодателем варианта ничтожности спорного условия с точки зрения формальной логики следует скорее говорить не об изменении условия как таковом

[1] Не исключена также возможность применения вместо данного условия положений обычая делового оборота при его наличии.

(ведь ничтожного условия попросту нет), а об определении договорного условия по воле суда.

Нам могут возразить, что возможность использования судом данного инструмента адаптации несправедливого условия может несколько снизить стимулы для сильной стороны к формулированию справедливых условий ex ante, поскольку она будет рассчитывать на то, что такие условия, если что, поправит суд. Но в реальности острота проблемы значительно снижается, если модификация условия будет являться не единственным, а лишь факультативным режимом защиты, выбираемым по инициативе слабой стороны. В таких условиях сильная сторона определить заранее, какой способ защиты выберет контрагент, зачастую не сможет. И проблема морального риска и снижения стимулов к формированию справедливых договорных условий становится менее серьезной.

В качестве примера можно вспомнить § 2-302 ЕТК США, который дает суду право не только отказать в придании судебной защиты контракту или отдельному его условию, но и «так ограничить применение такого условия, чтобы избежать недобросовестного результата». Напомним также, что право на модификацию несправедливого договорного условия предоставлено судам и скандинавским законодательством, и Принципами УНИДРУА, и Принципами европейского контрактного права, и DCFR.

Возможно ли вывести право суда на модификацию несправедливого условия из действующего законодательства, не меняя закон? В принципе это возможно. Напомним, что ст. 428 ГК РФ сейчас говорит об изменении договора, в котором содержатся несправедливые условия. Высшим судебным инстанциям достаточно истолковать эту норму таким образом, что суд вправе изменить именно само спорное условие, приведя его в соответствие со стандартами справедливости, честной деловой практики и добросовестности, и уточнить, что это изменение может быть осуществлено как перспективно, так и ретроспективно (ab initio). В принципе лаконичное упоминание в указанной статье изменения договора оставляет высшим судам достаточный простор для телеологического толкования.

При этом такой факультативный формат защиты слабой стороны договора естественным образом предполагает необходимость подачи этой стороной иска об изменении договора. Если слабую сторону не устраивает базовое последствие несправедливости (отказ в защите права или как альтернативный вариант de lege ferenda – ничтожность) и она хочет добиться изменения спорного условия (его замены), то, видимо, у нее нет другой альтернативы, кроме как обратиться в суд. Этот иск может быть как основным, так и встречным и, судя по всему, если и должен

подчиняться правилу об общем сроке исковой давности, то с одной оговоркой. Начало течения срока давности в отношении такого требования при реформе данной статьи на голландский манер необходимо привязать не к моменту заключения договора, а к моменту, когда спорное условие было реализовано или возникли основания для его реализации. При этом разумно предположить, что слабая сторона в иске должна указывать на то, требует ли она адаптации спорного условия ab initio или только на будущее.

Таким образом, уже в рамках действующего законодательства можно при желании вывести из телеологического толкования ст. 10 и 428 ГК в их взаимосвязи следующие наиболее адекватные последствия навязывания несправедливых условий слабой стороне договора присоединения. Во-первых, это отказ в защите права сильной стороны ссылаться на несправедливое условие договора (или ничтожность). Во-вторых, это судебная модификация спорного условия по иску слабой стороны договора на будущее или ab initio. Законодателю лишь стоит посоветовать этот инструментарий прямо закрепить в ст. 428 ГК и, возможно, решить некоторые технические вопросы (например, об исковой давности по искам об изменении несправедливых условий).

Здесь следует отметить, что согласно внесенному в Государственную Думу РФ на момент верстки настоящей книги тексту законопроекта о реформе ГК РФ предполагается уточнить предусмотренный в ст. 428 ГК РФ инструментарий защиты присоединяющейся стороны путем фиксации следующего правила: «Если иное не установлено законом или не вытекает из существа обязательства, в случае изменения или расторжения договора судом по требованию присоединившейся к договору стороны договор считается действовавшим в измененной редакции либо соответственно не действовавшим с момента его заключения».

Данная новелла решит одну из проблем действующего режима (сугубо перспективный эффект расторжения или изменения): согласно новой редакции судебное решение об изменении условий договора будет иметь ретроспективный эффект и менять или прекращать договор ab initio. Этот шаг следует в целом приветствовать. Тем не менее мы не считаем такое решение оптимальным с точки зрения вышеприведенных de lege ferenda соображений, так как новая редакция ГК (если в итоге именно такой текст данной новеллы станет частью действующего законодательства) все равно сохраняет для присоединяющейся стороны бремя возбуждения судебного процесса. Соответственно необходимость дальнейшей оптимизации инструментария защиты остается. Напомним, что этот шаг можно осуществить как в условиях действующего законодательства, так и при принятии новой редакции ст. 428 ГК за счет парного применения данной статьи (в части оснований для су-

дебного вмешательства) и ст. 10 ГК (в части инструментария защиты). Такой механизм защиты мог бы дополнить те последствия (в виде судебного изменения или расторжения договора с ретроспективным эффектом), которые станут частью действующего законодательства при принятии новой редакции ст. 428 ГК РФ.

Итоговые замечания

После предпринятого рассмотрения ряда проблем интерпретации ст. 428 ГК РФ ответ на поставленный в начале статьи вопрос о причинах незначительной практики ее применения становится более очевидным. Равно как и очевидным становится заблуждение А.Н. Кучер, считающей, что «с теоретической точки зрения положения о договоре присоединения сформулированы квалифицированно», а отсутствие практики споров по такого рода договорам обусловлено соображениями целесообразности, поскольку присоединившаяся сторона не хочет тратить время и средства на споры с экономически более сильной стороной[1].

На самом деле предусмотренный в ст. 428 ГК режим контроля справедливости договорных условий, особенно в той его интерпретации, которая доминирует в доктрине и до последнего времени встречалась в судебной практике, является крайне неудачным и неэффективным. Этот режим, как мы постарались показать, отнюдь не «свидетельствует о сближении российского законодательства с правом Евросоюза», как на то ошибочно указывают некоторые авторы[2]. Именно неточности законодательного регулирования и сугубо ограничительная практика судов и приводят в совокупности к тому, что указанная статья до сих пор в полную силу не заработала. В совокупности с тем, что не вполне эффективно работают и некоторые иные инструменты ex post контроля (не вполне последовательно и транспарентно – ст. 16 Закона о защите прав потребителей и крайне спорадически – ст. 10 и 179 ГК), это состояние дел, сложившееся в отношении ст. 428 ГК, способствует тому, что вся система ex post контроля справедливости договорных условий не функционирует так, как это происходит в развитых странах и как она должна была бы функционировать в российских реалиях.

Некоторый прогресс наметился только в рамках появившейся в 2011 г. судебной практики Президиума ВАС РФ и идущей сейчас реформы гражданского законодательства.

---

[1] *Кучер А.Н.* Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: Статут, 2005. С. 313.

[2] См.: *Кратенко М.В.* Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты. М., 2010. С. 73.

Безусловно, предсказать с абсолютной точностью то, как суды начнут применять открываемые данными реформами возможности, сложно. Остается надеяться, что у них хватит благоразумия не злоупотреблять ими и использовать ст. 428 ГК только в тех случаях, когда на то будут действительно серьезные основания. Опыт применения аналогичных инструментов ex post контроля справедливости договорных условий в зарубежных странах показывает нам достойный пример.

Конечно, нам могут возразить, что российская судебная система далека от тех высоких стандартов, которые характерны для развитых правопорядков, и это возражение следует принимать со всей серьезностью. Безусловно, некоторых эксцессов избыточного патернализма здесь не избежать. Но активное участие высших судов в направлении развития судебной практики, характерное для современного российского права, думается, способно стабилизировать правоприменение и сформировать нужные ориентиры. Кроме того, не следует забывать, что и сейчас российские суды ограничивают свободу договора в патерналистских целях достаточно активно, только делают это нетранспарентно, постоянно прикрываясь искусственными ссылками на смысл законодательства, используя лицемерные ссылки на применение императивных норм, зачастую не имеющих никакого отношения к рассматриваемому вопросу, тем самым избегая открытого приведения политико-правовых аргументов, обосновывающих ограничение свободы договора. Вряд ли такое положение вещей можно назвать идеалом правового регулирования.

Проблема не может и не должна быть решена принципиальным отказом от контроля справедливости формально законных договорных условий. Поэтому единственное и соответствующее опыту ведущих зарубежных стран решение состоит в таком совершенствовании механизмов ex post контроля, предусмотренных в ст. 428 ГК, при котором суды смогут реализовывать данную задачу прямо и транспарентно, приводя в решениях те истинные политико-правовые аргументы, которые кладутся в основу ограничения договорной свободы.

Более того, как ни парадоксальным это покажется, в случае оптимизации норм ст. 428 ГК и появления такого универсального «корректора» свободы договора, который сможет обеспечить суды эффективным режимом умеренно-интенсивного ex post контроля, будут созданы условия для либерализации договорного права в целом. Когда законодатель или суды будут осознавать, что отдельные злоупотребления могут пресекаться за счет эффективного инструментария ex post контроля справедливости договорных условий, потребность в значительном числе ex ante императивных норм значительно ослабнет, и право сможет более уверенно расширять сферу диспозитивности норм договорного

права. Отказ от жесткой презумпции императивности норм договорного прав и тем более переход к презумпции их диспозитивности оправданны только с одновременным повышением эффективности системы ex post коррекции договорной свободы, центральным звеном которой и должна стать ст. 428 ГК РФ.

§ 3. Иные механизмы судебного ex post контроля справедливости договорных условий

Кабальные сделки

Основания для применения доктрины кабальности

Другой инструмент судебного ex post контроля справедливости договорных условий, признанный в ГК РФ, формируют правила о кабальных сделках. В соответствии с п. 1 ст. 179 ГК РФ сделка, которую лицо было вынуждено совершить вследствие стечения тяжелых обстоятельств «на крайне невыгодных» для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась (кабальная сделка), может быть признана судом недействительной по иску потерпевшего. При этом с учетом ст. 180 ГК РФ такая сделка может быть признана судом недействительной как целиком, так и лишь в части соответствующих несправедливых условий.

Итак, какие основания открывают возможность для ex post блокирования договорной свободы на основании данной статьи?

Во-первых, вынужденное заключение одной из сторон договора под давлением стечения тяжелых обстоятельств. Этот критерий является аналогом использованного в п. 2 § 138 ГГУ критерия «стесненного положения» и фиксирует ситуацию явного неравенства переговорных возможностей из-за ситуативной рыночной власти одной из сторон, возникшей в связи с чрезвычайными для другой стороны обстоятельствами заключения договора (например, в условиях угрозы жизни).

Во-вторых, знание сильной стороной о стечении для контрагента тяжелых обстоятельств и недобросовестное использование этой ситуации. Речь идет о том, что одно лицо (1) знает о сложном положении и экстренной нужде в заключении договора другой стороны и своей случайно возникшей переговорной силе, (2) использует свою переговорную силу «по-максимуму» и диктует крайне несправедливое разделение кооперативного излишка, прижимая жертву обстоятельств «к стенке». Иначе говоря, здесь мы имеем все признаки злоупотребления правом фактически диктовать договорные условия.

Наконец, в-третьих, тот факт, что в результате стечения тяжелых обстоятельств заключенный договор содержит явно несправедливые условия. Здесь следует сразу уточнить, что буквально ст. 179 ГК РФ го-

ворит о невыгодности условий кабального договора. Для нас очевидно, что с содержательной точки зрения это терминологическая ошибка. Дело в том, что заключение любого кабального договора (например, приобретение умирающим от жажды в пустыне стакана воды по цене московской квартиры) влечет улучшение по Парето. Это означает взаимовыгодность договора. Недобросовестная сторона от ее исполнения, безусловно, выигрывает, но сделка оказывается выгодной и слабой стороне: иначе бы она попросту ее не заключила. Отказ страдающего от жажды от покупки «золотого» стакана воды стоил бы ему жизни. Поэтому, как ни странно и цинично это может звучать на первый взгляд, такая покупка выгодна обеим сторонам. Это не значит, что право не может такую сделку блокировать в принципе. Но с точки зрения точности законодательного текста речь в данной статье должна идти о противодействии навязыванию не *невыгодных*, а явно *несправедливых* условий. В идеале это уточнение было бы желательно отразить в тексте ст. 179 ГК РФ.

Следует также акцентировать внимание на том, что закон говорит о *явной* невыгодности (читай – явной несправедливости) договорных условий. Это ориентирует суды на осторожное отношение к применению данной статьи только в случаях грубого попрания в содержании договора принципов коммутативной справедливости. Частное право не может и не должно *требовать* от участников оборота альтруизма. Поэтому конечно же сам по себе факт эксплуатации сильной стороной своей переговорной силы не является порочным. И этот тезис верен даже тогда, когда речь идет о стечении тяжелых обстоятельств. Случайно образовавшуюся власть над содержанием договора сильная сторона вполне может использовать таким образом, чтобы добиться более выгодного содержания договора, чем то, которое скорее всего было бы согласовано в обычных условиях. Тем не менее, как и у любой свободы, у свободы сильной стороны эксплуатировать слабые переговорные возможности своего контрагента имеется предел, за которым поведение сильной стороны может быть признано недобросовестным. Пересечение этого условного порога означает злоупотребление правом.

При этом доктрину кабальности следует четко отличать от таких пороков воли, как заключение договора под влиянием угрозы или насилия, которые упомянуты в п. 1 ст. 179 ГК РФ как основания для оспаривания договора наряду с критерием кабальности. Насилие или угроза обусловливают принуждение к заключению договора и согласно данной статье дают право на оспаривание договора независимо от справедливости или несправедливости содержания договора. Когда имеет место столь грубый порок воли, сделка не может быть оставлена в силе, если лицо, воля которого была деформирована, решает сделку оспорить,

и вопрос о справедливости условий просто не актуален. В случае же кабальности речь идет не о пороке воли, а об инструменте ex post контроля справедливости договора. Поэтому применение данной доктрины возможно только в ситуации, когда эксплуатация стечения тяжелых обстоятельств приводит к навязыванию явно несправедливых условий.

Но в реальности разделение двух данных групп оснований для оспаривания договора не столь однозначно. Когда речь идет об угрозах или насилии, исходящих от другой стороны по договору, ситуация достаточно проста. Это повод для применения доктрин насилия или угрозы и оспаривания договора независимо от справедливости содержания договора. Но как быть, если угрозы или насилие исходили не от будущей стороны по договору, а от третьих лиц? К сожалению, описанный случай в российских реалиях является достаточно распространенным. Предприниматели нередко вынуждаются продавать принадлежащий им бизнес под незаконным давлением третьих лиц. Не секрет, что иногда этими третьими лицами являются правоохранительные органы. Покупатель же использует факт заключения продавцом договора под давлением и соглашается приобрести соответствующий актив (зачастую, хотя и не всегда, на достаточно «льготных» условиях или просто даром). Идет ли здесь речь о кабальном договоре или судам следует применять правила о насилии или угрозе? С точки зрения действующего ГК РФ разница в том, что в первом случае доказыванию подлежит знание «бенефициаром» о соответствующих обстоятельствах, а также в наличии крайней несправедливости условий. Во втором же случае ни то, ни другое как минимум при буквальном прочтении закона не имеет значения.

Для того чтобы решить проблему возможности применения доктрины кабальности к таким случаям, потребуется смоделировать две ситуации.

Во-первых, представим, что контрагент, с которым жертва насилия или угрозы была принуждена заключать договор, не знал и не должен был знать о данном пороке воли. В этом случае достаточно очевидно, что сделка не может быть никак оспорена на основании правил о кабальности, так как последние предполагают недобросовестное использование стечения тяжелых обстоятельств. Вопрос о том, может ли сделка в этом случае быть оспорена на основании правил о насилии или угрозе (т.е. независимо от справедливости или несправедливости условий договора), вызывает в зарубежном праве серьезные расхождения. Недавние компаративные исследования показывают, что в одних странах (например, во Франции, в Бельгии, Италии) допускают такое оспаривание, считая, что интерес жертвы насилия или угрозы в аннулировании договора должен иметь приоритетную защиту перед интересом добросовестного контрагента, не знавшего об этих обстоятель-

ствах. В других же (например, в Англии, Голландии, Австрии) считают стабильность оборота более важной ценностью[1]. Мы не имеем возможности здесь детально анализировать данный вопрос, так как он явным образом относится к проблематике пороков воли, которая выходит за рамки настоящей работы.

Во-вторых, представим ситуацию, когда контрагент знал или должен был знать о том, что другая сторона заключает договор под давлением насилия или угрозы, или тем более ситуацию, когда первая сторона имеет к этому давлению то или иное отношение (например, оказывали давление через «агентов»). Может ли с точки зрения политики права суд в таких случаях воздержаться от признания сделки недействительной на основании того, что сами ее условия носят сбалансированный характер? Безусловно, нет. В описанных обстоятельствах сделка должна по иску жертвы признаваться недействительной независимо от ее содержания. И это позволяет сделать доктрина насилия или угрозы, которая, видимо, здесь и должна применяться.

В итоге мы приходим к выводу, что в ситуации, когда тяжелыми обстоятельствами являлись действия третьего лица, в форме насилия или угрозы принуждающего «жертву» к заключению договора с соответствующим контрагентом или даже без указания желательного контрагента, с точки зрения политики права нет оснований для применения доктрины кабальности. Вопрос об ограничении свободы договора в такой ситуации должен так или иначе решаться в рамках сферы применения концепции пороков воли и доктрин насилия и угрозы.

Безусловно, применение доктрины кабальности может быть вызвано стечением тяжелых обстоятельств, спровоцированных действиями или бездействием третьих лиц. Так, человек может оказаться на грани жизни и смерти из-за преступления, совершенного третьим лицом, и тем самым быть вынужден заключать кабальную сделку (например, с врачом). Но в данном случае действия третьих лиц не были специально направлены на принуждение контрагента к заключению договора. Соответственно здесь для оспаривания сделки на основании правил о насилии или угрозе нет оснований, и речь может идти именно о применении или неприменении доктрины кабальности.

Практика применения

Анализ доступной судебной практики показывает, что доктрина кабальности для целей ex post контроля справедливости договоров в России практически не применяется. Среди огромного числа постановле-

[1] Подробный компаративный обзор по данной проблематике см.: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. DCFR. Full Edition / Ed. by C. von Bar and E. Clive. 2009. P. 500–507, 515–520.

ний Президиума ВАС РФ, вынесенных с момента вступления в силу ГК РФ, имеется всего семь, в которых аргумент о кабальности сделки был предметом спора, и нет ни одного, в котором суд однозначно поддержал бы оспаривание сделки по причине кабальности. Еще более странная картина наблюдается в практике Верховного Суда РФ. Как известно, данный суд осуществляет надзор в отношении решений судов общей юрисдикции, в которых разбирается большинство споров с участием граждан, где, казалось бы, очень часто могут возникать основания для применения ст. 179 ГК. Но анализ опубликованной практики Верховного Суда РФ показывает, что в актах этого суда ссылка на кабальность сделки фигурирует лишь в 17 актах, из которых только в трех суд однозначно поддержал признание сделки кабальной[1]. И хотя в практике нижестоящих арбитражных судов и судов общей юрисдикции примеры успешного оспаривания условий договора по причине кабальности изредка встречаются, общая картина достаточно очевидна[2].

Здесь нет возможности подробно останавливаться на причинах такого состояния дел. Думается, в большой степени это связано с тем, что ст. 179 ГК предусматривает такое странное для частного права последствие, как реституция всего полученного в доход государства. Возможно, суды смущает непропорциональность этой санкции тяжести проступка сильной стороны, воспользовавшейся крайней нуждой контрагента. И это в итоге сдерживает готовность судов активно применять правила о кабальных сделках. Все же отказ от солидарности и милосердия к проблемам ближнего с точки зрения общественной морали есть существенно менее серьезный проступок, чем упомянутые в той же ст. 179 ГК обман, насилие или угроза, на которые реституция в доход государства также распространяется.

Другая причина носит объективный характер и связана со сложностями, которые возникают у слабой стороны при доказывании (1) самого факта стечения тяжелых обстоятельств и того, что этот факт вынудил слабую сторону заключить «невыгодный» договор, (2) умысла контрагента недобросовестно воспользоваться этой возможностью и (3) крайней степени «невыгодности» договорных условий[3].

Как бы то ни было, законодательный режим института кабальных сделок на настоящий момент в полной мере не «заработал», несмотря на то, что, судя по нашим субъективным ощущениям, в реальной жиз-

[1] Определение Верховного Суда РФ от 3 ноября 2000 г. № 5-В00-178.

[2] См., напр.: Постановление ФАС Московского округа от 30 декабря 2008 г. № КГ-А40/12186-08.

[3] Для применения правил о кабальности условия договора должны быть не просто невыгодными, а крайне невыгодными, на что специально обращал внимание Верховный Суд РФ в Определении от 29 апреля 2002 г. № 25-В02-7.

ни примеров заключения договоров на крайне несправедливых условиях вследствие стечения тяжелых обстоятельств очень много.

Возможные изменения законодательного режима

Проект реформирования гражданского законодательства содержит ряд изменений в правовой режим кабальных сделок, направленных на расширение сферы и интенсификацию практики его применения.

Одно из предложений состояло в том, чтобы указать в ст. 179 ГК на презумпцию кабальности сделки в случаях, когда ценность встречных предоставлений различается более чем в два раза. По сути предлагается определенная форма реинкарнации доктрины laesio enormis. Цель данной новеллы состоит в том, чтобы упростить судам задачу оценки «крайней невыгодности» договора, сделав принятие решения более механическим и менее сопряженным с судебным усмотрением. Мы выступаем категорически против такой новации и надеемся на то, что в ГК РФ данная норма не попадет[1]. Более подробно наша позиция будет аргументирована далее. Забегая вперед, укажем, что введение презумпции кабальности сделки, применяемой исключительно на основе двукратного разрыва договорной и рыночной цен, является избыточной реакцией на проблему неактивного применения ст. 179 ГК и может настолько значительно интенсифицировать практику судебного контроля свободных цен, что это выведет ее далеко за те рамки, которые могут быть оправданны с политико-правовой точки зрения.

Другая поправка существенно исключает применительно к кабальным сделкам реституцию в доход государства. Эта поправка может в некоторой степени снять психологический барьер, который сдерживает суды в применении указанной статьи. В целом данную новацию следует признать оправданной.

Наконец третья из предлагаемых в рамках реформы ГК РФ поправок в ст. 179 распространяет нормы о кабальных сделках на договоры, заключенные гражданином на крайне «невыгодных» условиях вследствие неопытности в делах, легкомыслия или слабоволия. Очевидно, что основным источником вдохновения для данного положения выступала норма п. 2 § 138 ГГУ, которая среди критериев кабальности упоминает не только стесненное положение одного из контрагентов, но и его неопытность, легкомыслие или слабоволие. Мы не видим принципиальных возражений против самой этой идеи расширения процедурных критериев кабальности, особенно учитывая тот факт, что сфера приме-

[1] По нашим данным, на момент верстки настоящей книги в тексте внесенного в Государственную Думу законопроекта о реформе ГК РФ указанная норма отсутствует. Разработчики законодательства таким образом отказались вводить в российское право институт laesio enormis.

нения этих новых критериев согласно тексту проекта реформы ГК РФ будет ограничена отношениями с гражданами, где подобного рода патернализм может быть в ряде случаев действительно допустим.

Конечно же в случае принятия данного изменения многое будет зависеть от того, насколько суды (прежде всего суды общей юрисдикции) будут адекватно оценивать критерии легкомыслия, слабоволия или неопытности. Так, легкомыслие не есть то качество, которое право должно в принципе поощрять. Например, если человек легкомысленно поверил в свое легкое и скорое обогащение от очередного «мыльного пузыря» на рынке ценных бумаг и заключил сделку покупки акций, которая объективно является неудачной, о чем более опытный продавец прекрасно знал, суды вряд ли должны проявлять патернализм. Слабоволие же может проявляться в безудержном стремлении к употреблению алкоголя, вынудившего человека ночью купить бутылку у соседа «втридорога» из-за действия запрета на продажу алкоголя в ночное время. Право вряд ли может защищать такое проявление слабоволия. Наконец, неопытность взрослого человека с высшим образованием, проявившаяся в покупке поддержанного отечественного автомобиля по цене новой иномарки, граничит с глупостью и не может сама по себе давать суду повод для признания сделки недействительной.

С другой стороны, также очевидно, что в ряде других подобных случаев политика права потребует от суда вмешательства. Поэтому, как это случается и со многими иными подобными оценочными нормами, предлагаемые для включения в ст. 179 ГК РФ критерии легкомыслия, слабоволия и неопытности в делах требуют от суда оценки вопросов общественной морали и практической целесообразности. При этом судам следует быть осторожными при применении данных критериев, избегая проявления избыточного патернализма.

В равной степени последнее замечание относится и к признанному в действующей редакции ст. 179 ГК критерию стечения тяжелых обстоятельств. Это особенно актуально с учетом того, что, если проект реформирования ГК РФ допускает использование критериев легкомыслия, слабоволия или неопытности только для защиты интересов граждан, то критерий стечения тяжелых обстоятельств как сейчас, так и в случае принятия новой редакции ГК РФ будет применим и к коммерческим организациям.

В литературе высказываются разумные опасения относительно интенсивного применения правил о кабальности к сделкам между предпринимателями в силу того, что в самой природе предпринимательской деятельности заложена вероятность разного рода непредвиденных обстоятельств и рисков (чрезвычайных расходов или убытков, финансового дефицита, неисполнения договоров контрагентами, угроз банкротства

и т.п.)[1]. Предпринимательская деятельность суть шумпетеровское «созидательное разрушение» немыслима без осознанного принятия лицом на себя рисков возникновения чрезвычайных и тяжелых обстоятельств. Как иногда отмечается, «капитализм без банкротств все равно что христианство без ада»[2]. Возможно, вряд ли современное право готово идти столь далеко, чтобы бесповоротно исключить применение критерия стечения тяжелых обстоятельств в отношении коммерсантов. Тем не менее очевидно, что судам следует проявлять особую осторожность при применении правил о кабальности для контроля справедливости договоров, заключенных между коммерсантами. Недействительность сугубо коммерческого договора по причине стечения тяжелых обстоятельств должна рассматриваться как явление абсолютно аномальное и возможное лишь в самых исключительных случаях. В этом плане тот факт, что примеры успешного применения ст. 179 ГК в арбитражной практике достаточно редки, является, на наш взгляд, в целом оправданным. Интенсификация практики патерналистской опеки коммерческой организации, заключившей договор по явно заниженной или завышенной по отношению к рыночному уровню цене в силу стечения тяжелых обстоятельств, была бы крайне нежелательной.

Соотношение ст. 428 и 179 ГК РФ

Важно подчеркнуть, что как предусмотренный в данной статье критерий стечения тяжелых обстоятельств, так и эти новые критерии кабальности являют собой всего лишь некоторые примеры более общего феномена неравенства переговорных возможностей сторон. Поэтому разумно задаться вопросом, не дублируют ли эти нормы правила ст. 428 ГК. Следует признать, что в рамках действующей редакции норм ст. 179 и 428 ГК такое дублирование происходит. Договор может удовлетворять критериям кабальной сделки, но одновременно подпадать и под определение договора присоединения. Иначе говоря, сейчас ст. 428 ГК предусматривает режим контроля только стандартизированных договоров, а ст. 179 ГК позволяет контролировать содержание любых договоров (как стандартизированных, так и нестандартизированных), если, конечно, они подпадают под соответствующие процедурные критерии кабальности. Однако, как справедливо отмечает А.Н. Кучер, ситуации пересечения этих режимов достаточно редки на практике, ведь одним из признаков договора присоединения de lege lata является стандартность условий, а условия кабальной сделки чаще всего формулируют-

[1] См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. М., 1997. С. 374.

[2] Цит. по: *Рубини Н., Мим С.* Нуриэль Рубини: как я предсказал кризис. М., 2011. С. 180.

ся специально для того, чтобы извлечь максимум выгоды из тяжелого положения другой стороны[1]. В этом смысле в рамках нынешней редакции ГК РФ между ст. 428 и 179 определенное пересечение сфер применения хотя и имеет место, но носит лишь частичный характер и в целом незначительно.

В то же время если планы реформы ГК РФ будут осуществлены и ст. 428 распространит свое действие и на нестандартизированные условия, а критерии кабальности, предусмотренные в ст. 179, будут расширены за счет факторов неопытности, легкомыслия и слабоволия, проблема дублирования значительно обострится. Напомним, что согласно предлагаемой в рамках реформы ГК РФ редакции п. 3 ст. 428 под судебный контроль справедливости подпадут и те случаи, когда и нестандартизированные условия *«определены одной из сторон, а другая сторона поставлена в положение, затрудняющее согласование иного содержания отдельных условий договора»*.

Проблему значительного пересечения сфер применения данных режимов в случае реализации этой законодательной реформы легко продемонстрировать. К числу подлежащих доказыванию при применении ст. 179 ГК в новой редакции обстоятельств относятся: а) стечение тяжелых обстоятельств, легкомыслие, слабоволие или неопытность одной из сторон; б) осознанная эксплуатация другой стороной сложившейся ситуации; в) спровоцированный всем этим факт заключения сделки на «крайне невыгодных» для первой стороны условиях. Критерий «а» описывает некоторые из случаев, которые могут привести к дисбалансу переговорных возможностей и соответственно к «затруднениям в согласовании иного содержания договора». Критерий «б» отражает факт эксплуатации неравенства переговорных возможностей. Критерий «в» по сути, как и положение п. 2 ст. 428 ГК, указывает на несправедливость содержания договора.

При этом очевидно, что во всех случаях кабальности (как стечения тяжелых обстоятельств, так и легкомыслия, слабоволия или неопытности) мы имеем примеры положения, затрудняющего согласование иного содержания договора. В случае стечения тяжелых обстоятельств это достаточно очевидно: лицо вынуждается к согласию на несправедливые условия в силу различных чрезвычайных факторов, резкой нужды и тому подобных причин, затрудняющих его возможности полноценно вести переговоры. Но в равной степени этот вывод оправдан и применительно к предлагаемым ко включению в ст. 179 ГК новым признакам кабальности. В случае легкомыслия положение, затрудняющее со-

[1] *Кучер А.Н.* Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М.: Статут, 2005. С. 315.

гласование иного содержания договора, вытекает из «сверхоптимизма» и элементарного непонимания контрагентом истинных последствий заключаемой сделки и связанной с ней рисков и издержек; в случае слабоволия – из психологической неспособности рационально управлять своими желаниями; в случае неопытности – из непрофессионализма и недостаточной практической рациональности. Во всех трех случаях, если бы контрагент был в положении, в котором он имел возможность равноправно влиять на содержание договора, не было бы и оснований констатировать наличие данных признаков кабальности.

Иначе говоря, нормы ст. 179 ГК о кабальности в случае принятия предлагаемых изменений будут выполнять по сути ту же функцию, что и расширенный режим контроля справедливости договорных условий в соответствии с предлагаемой редакцией п. 3 ст. 428 ГК, но только в отношении некоторых ограниченных случаев неравенства переговорных возможностей. В рамках ст. 179 ГК доказывание неравенства переговорных возможностей, лишивших сторону возможности существенно влиять на содержание договора, будет осуществляться посредством указания на стечение тяжелых обстоятельств или на ограниченную рациональность гражданина, вызванную его неопытностью в делах, легкомыслием или слабоволием.

В результате хотя и не любой договор, попадающий в сферу судебного контроля на основании расширенной редакции ст. 428 ГК, будет «покрываться» нормами о кабальных сделках, но практически любая двусторонняя сделка, соответствующая вышеуказанным признакам кабальности, будет теоретически подпадать под действие режима, предусмотренного в указанной статье. Соответственно возникнет вопрос о конкуренции механизмов защиты[1].

Последствия этой конкуренции режимов легко проиллюстрировать. Не считая, к счастью, устраняемое правило о реституции в доход государства, гораздо более серьезно то, что как нынешняя, так и новая редакции ст. 179 ГК предполагают оспоримость договора, но не его расторжение или изменение, которые предусматриваются в качестве последствий признания договорного условия несправедливым на основе п. 2 ст. 428 ГК.

Насколько эти различия режимов оправданны? Оба инструмента имеют общую функциональную направленность и нацелены на контроль справедливости содержания договора. При этом оба они в качестве процедурного условия такого контроля указывают на неравенство переговорных возможностей. Норма п. 3 ст. 428 ГК в новой редакции

[1] *Брагинский М.И.*, *Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 2003. С. 261.

указывает на неравенство переговорных возможностей в самом общем виде, в то время как ст. 179 просто упоминает лишь некоторые из видов такого неравенства. С точки зрения системной согласованности законодательства достаточно экзотична ситуация, когда частный случай контроля справедливости договора при неравенстве переговорных возможностей (ст. 179 ГК) предполагает инструментарий защиты, принципиально отличающийся от общего режима контроля справедливости договорных условий (ст. 428 ГК). Упомянутая в ст. 179 ГК оспоримость сделки означает необходимость предъявления слабой стороной иска в течение годичного срока исковой давности, в то время как ст. 428 ГК предусматривает подачу исков о расторжении и изменении договора, в отношении которых, если и должен применяться некий срок давности, то общий, трехгодичный. При принятии же доминирующего за рубежом и предлагаемого нами подхода, исключающего необходимость для слабой стороны предъявлять судебный иск в контексте применения ст. 428 ГК, неоправданное различие режимов еще более усугубится.

Нам могут возразить, указав на то, что в силу ст. 179 ГК для оспаривания договора по причине его кабальности необходимо не только доказать крайнюю несправедливость содержания договора и наличие стечения тяжелых обстоятельств, неопытность, легкомыслие или слабоволие одного из контрагентов, но и недобросовестность другой стороны, проявляющуюся в том, что контрагент знал о данных обстоятельствах, вынудивших эту сторону к заключению договора на крайне несправедливых для нее условиях, и умышленно использовал данную ситуацию к своей выгоде[1]. Нормы ст. 428 ГК этот критерий не упоминают, что может давать некоторые основания считать, что сфера применения правил о кабальности не полностью перекрывается сферой действия новой редакции этой статьи.

В ответ следует указать, что, хотя ст. 428 ГК как в действующей, так и в новой редакции действительно не упоминает об умышленной эксплуатации тех причин, которые поставили одного из контрагентов в положение, затрудняющее согласование иного содержания договора, думается, встречается крайне мало ситуаций, когда сильная сторона навязала слабой стороне договора явно несправедливые условия, не зная о своих переговорных преимуществах. Так что это различие носит скорее мнимый характер.

Другое возражение против нашего тезиса о практически полном поглощении режима кабальности правилами ст. 428 ГК в новой редакции может состоять в следующем. В норме п. 3 указанной статьи в но-

[1] См.: *Киселев А.А.* Проблемы квалификации недействительности кабальных сделок // Бюллетень нотариальной практики. 2004. № 2.

вой редакции упоминается, что соответствующие спорные условия хотя и не являются стандартизированными, но все же определены той стороной, в чью пользу они направлены. Применительно же к кабальным договорам этот фактор иррелевантен, и сами несправедливые условия могут быть теоретически предложены той стороной, чьи интересы они ущемляют. В принципе в каких-то редких случаях такая ситуация действительно может иметь место.

В ответ следует заметить следующее. Во-первых, указание в п. 3 ст. 428 ГК в новой редакции на то, что несправедливое условие должно быть определено контрагентом «жертвы» несправедливости, само по себе, на наш взгляд, является избыточным, на что уже обращалось внимание выше. Эта избыточность в равной степени очевидна как применительно к тем случаям, которые «покрываются» нормами ст. 179 ГК о кабальности, так и к остальным случаям, подпадающим под действие ст. 428 ГК. Выше мы уже отмечали, что от этого критерия следовало бы отказаться из-за сложностей в доказывании. Во-вторых, даже если критерий определения несправедливых условий сильной стороной все же признать в качестве обязательного условия допустимости применения ст. 428 ГК, его отсутствие в контексте правил о кабальности хотя и создает некоторое (на наш взгляд, неоправданное) отличие в основаниях применения данных режимов, но в любом случае вряд ли настолько принципиальное, чтобы служить основанием для столь кардинального расхождения в механике судебного контроля.

Соответственно мы приходим к выводу о том, что при условии принятия новой редакции ст. 428 в рамках идущей реформы ГК РФ подавляющее число случаев, когда имеются основания для признания договора кабальным, будет одновременно подпадать и под действие ст. 428 ГК в новой редакции. В результате возникает очевидный логический конфликт режимов оспаривания несправедливых договорных условий.

Как мы показали в сравнительно-правовом анализе, далеко не все правопорядки идут на выделение правил о кабальности или злоупотреблении обстоятельствами. А те, которые это делают, синхронизируют механизм контроля справедливости кабальных договоров и иных договоров (например, стандартизированных или потребительских). Так, как мы видели, в Германии речь в обоих случаях идет о ничтожности несправедливого условия, а в Голландии в обоих случаях применяется право на одностороннее их аннулирование по заявлению пострадавшей стороны.

С учетом того, что российское законодательство в ближайшей перспективе вряд ли откажется от института кабальных сделок, было бы разумно снять неоправданную конкуренцию режимов, синхронизировав предусмотренный в ст. 179 ГК инструментарий защиты с режимом,

предусмотренным в ст. 428 Кодекса. Думается, de lege ferenda в обеих статьях речь должна идти о ничтожности или отказе в судебном признании договора или отдельных его условий. Это устранит неоправданный разнобой в механизме контроля.

До тех пор пока эти изменения в ст. 179 ГК внесены не будут, можно de lege lata допустить альтернативность мер защиты, смирившись с некоторым разнобоем в регулировании самой механики защиты. Слабая сторона при наличии признаков кабальности может пытаться оспорить условия на основании указанной статьи, но сможет апеллировать и к ст. 428 ГК в новой ее редакции. Следует признать, что в условиях, когда законодательные режимы обоих инструментов не вполне совершенны, такая вариативность может иногда иметь и для слабой стороны некоторые преимущества.

Как бы то ни было, проведенный анализ показал, что в случае принятия новой, подготовленной в рамках идущей реформы ГК РФ редакции ст. 428 ГК и расширения признаков кабальности по ст. 179 ГК институт контроля справедливости кабальных сделок станет играть роль лишь уточнения общего режима защиты слабой стороны договора от несправедливости договорных условий, предусмотренного ст. 428 ГК.

Законодательство о защите прав потребителей

Статья 16 Закона о защите прав потребителей и феномен «полуимперативности» норм потребительского законодательства

Отечественное законодательство содержит еще один механизм контроля справедливости договорных условий. Речь идет о норме, предусмотренной Законом РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-I «О защите прав потребителей»[1] (далее – Закон о защите прав потребителей, Закон). Сфера действия Закона распространяется на договоры, заключенные между потребителями и изготовителями, исполнителями, продавцами при продаже товаров (выполнении работ, оказании услуг).

Ключевое значение в данном случае имеет зафиксированное во введении к Закону определение потребителя, под которым понимается исключительно гражданин, имеющий намерение заказать или приобрести либо заказывающий, приобретающий или использующий товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности. Как и в Директиве ЕС 1993 г., определение понятия «потребитель» не распространяется на юридических лиц. Так, например, Верховный Суд РФ отмечает, что «суды не вправе руководствоваться законодательством о защите прав потребителей при разрешении спо-

[1] Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 15. Ст. 766.

ров, вытекающих из отношений, возникающих в связи с приобретением гражданином-предпринимателем товаров, выполнением для него работ или предоставлением услуг не для личных, семейных, домашних и иных нужд, а для осуществления предпринимательской деятельности либо в связи с приобретением товаров, выполнением работ и оказанием услуг в целях удовлетворения потребностей предприятий, учреждений, организаций»[1].

В соответствии со ст. 16 Закона *условия договора, ущемляющие права потребителя по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами Российской Федерации в области защиты прав потребителей, признаются недействительными*. Из приведенного текста вытекает, что речь идет не об оспоримости, а о ничтожности данного условия[2].

Ключевое значение для применения ст. 16 Закона имеет толкование понятия «ущемление прав потребителей». Как отмечает Ю.Б. Фогельсон, в этом вопросе имеется определенная неясность[3]. Из буквального смысла формулировки указанной нормы вытекает, что ничтожными являются те договорные условия, которые ухудшают положение потребителя по сравнению с тем, как они зафиксированы в нормах потребительского законодательства.

Достаточно очевидно, что буквальная интерпретация нормы ст. 16 Закона состоит в том, что данная норма устанавливает презумпцию «полуимперативности» норм самого Закона и других законодательных норм, специально регулирующих права потребителя и прямо не оговаривающих возможность согласовать иное в договоре. Иначе говоря, если эти нормы законодательства о защите прав потребителей не являются прямо диспозитивными, они в силу ст. 16 должны считаться императивными в той их части, в которой они предоставляют потребителям те или иные права, и запрещающими ухудшение положения потребителя. Полуимперативный характер таких норм проявляется в том, что договор может вполне легально такое положение улучшать по сравнению с тем, что предусмотрено в таких нормах.

Соответственно в случаях, в которых договор ограничивает права потребителя, предусмотренные специальными нормами законодательства о защите прав потребителей, эти условия считаются ничтожными как

[1] См. п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 сентября 1994 г. № 7 «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей».

[2] Это прямо закреплено в Определении Верховного Суда РФ от 17 мая 2011 г. по делу № 53-В10-15. См. также: *Шерстобитов А.Е.* Юридические гарантии охраны прав потребителей в договорных отношениях // Сфера услуг. Гражданско-правовое регулирование: Сборник статей. М., 2011. С. 46.

[3] См.: *Фогельсон Ю.Б.* Несправедливые (недобросовестные) условия договоров // Хозяйство и право. 2010. № 10.

противоречащие ex ante императивным нормам. Не нужно доказывать ни их явную обременительность, ни наличие иных оснований применения ст. 428 ГК. При таком прочтении ст. 16 Закона появляется достаточно четкое основание для отграничения этого режима контроля справедливости договора от того, который вытекает из ст. 428 ГК. Норма ст. 16 Закона при ее буквальном прочтении не устанавливает инструмент судебного ex post контроля, а определяет модель ex ante контроля содержания потребительских договоров.

Но судебная практика знает и иные интерпретации данной статьи. Здесь следует прежде всего выделить позицию Президиума ВАС РФ, выраженную в Информационном письме № 146 (п. 3). Согласно данной правовой позиции в договорах с потребителями недействительными являются любые условия, ограничивающие права потребителя, которые предусмотрены диспозитивными нормами российского законодательства. Такой вывод ВАС РФ мотивировал ссылкой на ст. 16 Закона о защите прав потребителей.

По сути ВАС РФ, судя по тексту п. 3 Информационного письма № 146, вывел из ст. 16 Закона идею о том, что не только нормы потребительского законодательства, а в принципе все нормы договорного права (в том числе общие нормы об обязательствах и договорах) являются в отношении потребительского договора «полуимперативными», причем даже тогда, когда сама норма прямо допускает согласование сторонами иного. Как мы показали выше, схожее решение нами поддерживается применительно к нормам договорного права, прямо не указывающим ни на свою императивность, ни на диспозитивность. Такие нормы должны презюмироваться полуимперативными применительно к потребительским договорам, оттеняя обратную презумпцию диспозитивности всех норм договорного права с неопределенным статусом в отношении сугубо коммерческих контрактов. Но ВАС РФ здесь пошел намного дальше и зафиксировал, что в отношении потребительских договоров полуимперативными являются даже те нормы, которые прямо предусматривают право сторон оговорить иное.

Здесь ВАС РФ явно допустил некорректное цитирование закона. Так, он указал на то, что «возможность сторон договором изменять положения диспозитивных норм закона в договорных отношениях с участием потребителя ограничена пунктом 1 статьи 16 Закона о защите прав потребителей, запрещающим ухудшение положения потребителя по сравнению с *правилами, установленными законами или иными правовыми актами Российской Федерации* (курсив наш. – *Авт.*)». В реальности же данная статья указывает на недопустимость противоречия правилам, установленным законами или иными правовыми актами Российской Федерации *в области защиты прав потребителей*. В результате того, что

ВАС РФ упустил из виду эту последнюю фразу, его толкование ст. 16 Закона о защите прав потребителей привело к значительному расширению ее смысла. В принципе само по себе столь вольное обращение с буквой закона не есть нечто недопустимое. Главное наше возражение состоит в том, что для столь широкого понимания ст. 16 Закона нет достаточных политико-правовых оснований.

Во-первых, с точки зрения политики права очевидно, что далеко не всякое отступление от диспозитивной нормы договорного права приводит к включению в договор явно несправедливых условий. Неужели ВАС РФ уверен в том, что применительно к значительному числу диспозитивных общих положений об обязательствах и договорах ГК РФ стороны никогда не вправе установить в договоре иное регулирование, возможно и несколько ухудшающее положение потребителя, но при этом несущественно? Ведь то, что законодатель установил некую общую норму в качестве диспозитивной, означает, что он признает, что с учетом специфики конкретного договора отступление от этого правила может быть не только возможным, но и просто необходимым. Столь жестко блокировать свободу договора просто неразумно. По крайней мере ни в одной зарубежной юрисдикции таких примеров мы не встречали. Например, в Германии диспозитивный статус нормы договорного права не дает возможности *существенно* отклоняться от основной идеи соответствующего правила и серьезно ограничивать права потребителя. Как мы показали выше, немецкие суды исходят из того, что чем дальше условие потребительского договора отступает от содержания диспозитивной нормы, тем очевиднее основания для применения инструментов ex post контроля справедливости таких договоров. Но из этого никто не делает вывод о том, что контрагенты в принципе не могут скорректировать прямо диспозитивную норму в пользу предпринимателя, если такая коррекция не приводит к явной несправедливости содержания договора.

Например, диспозитивная норма ст. 711 ГК РФ предусматривает, что заказчик обязан оплачивать услуги по факту их оказания, если иное не предусмотрено договором. Допустим, что спорный потребительский договор подряда предусматривает частичное авансирование. Такое договорное условие несколько менее выгодно потребителю, чем то решение, которое зафиксировано в диспозитивной норме. Но неужели это может означать автоматическую ничтожность такого условия независимо от того, что в контексте конкретного договора авансирование ни в коей мере не является признаком несправедливости договора? Неужели в потребительском договоре не может быть установлен размер процентов годовых, превышающий на пару процентных пунктов ставку рефинансирования ЦБ РФ (ухудшение положения потребителя по от-

ношению к диспозитивной норме ст. 395 ГК)? И таких вопросов очень много. Очевидно, что на такого рода грубейшее попрание принципов свободы договора современный правопорядок пойти не может.

Во-вторых, еще более очевидна нелогичность закрепленного Президиумом ВАС РФ подхода в случае явно выраженных диспозитивных норм, содержащихся в потребительском законодательстве. Если нормы, непосредственно регулирующие потребительские договоры, прямо предусматривают право сторон оговорить иное, это вряд ли может означать безусловную ничтожность любого договорного условия, отступающего от нее в пользу предпринимателя.

В-третьих, необходимо иметь в виду, что справедливость договора должна определяться с учетом всего содержания договора в целом. Некоторое отступление от определенной диспозитивной нормы в пользу предпринимателя может оказаться вполне оправданным с учетом конкретной специфики структуры прав и обязанностей спорного договора, обычаев оборота и «компенсироваться» предоставлением потребителю преимуществ в части иных договорных условий.

Иначе говоря, неверно пытаться в случае с потребительскими договорами подменить необходимость анализа содержательной справедливости договора жесткой ничтожностью любых условий потребительского договора, изменяющих диспозитивные нормы гражданского законодательства в пользу предпринимателя. Такое решение носит слишком грубый характер и будет приводить к множеству «ошибок первого типа». В этой связи стоит предвидеть, что судебная практика в скором времени представит нам множество тому примеров и тогда Президиуму ВАС РФ придется вернуться к данному вопросу и уточнить, что в п. 3 Информационного письма № 146 он не имел в виду столь жесткий подход. Скорее всего суд действительно вряд ли имел его в виду при разработке письма, и в данном случае мы имеем дело лишь с чисто редакторским упущением. Так что остается надеяться на то, что у закрепленной в п. 3 Информационного письма № 146 и отвергнутой нами интерпретации ст. 16 Закона о защите прав потребителей будет не очень долгая судьба и здравый смысл в скором времени возобладает.

Соотношение буквального смысла ст. 16 Закона о защите прав потребителей и ст. 428 ГК РФ

Если отвлечься от рассмотренной выше проблематики и вернуться к буквальному смыслу ст. 16 Закона как правила, указывающего на полуимперативный статус норм потребительского законодательства, то на первый взгляд создаются условия для достаточно логичного сосуществования этого инструмента и норм ст. 428 ГК. Законодательство о защите прав потребителей предусматривает нормативное регу-

лирование далеко не всех вопросов, в отношении которых свобода потребительского договора может стать инструментом злоупотребления. Кроме того, в силу несовершенства устаревшего Закона под его действие не подпадают некоторые договоры, которые безусловно являются потребительскими по своей экономической сути и с точки зрения соответствия одной из сторон дефиниции потребителя, но в то же время не укладываются в «прокрустово ложе» триады продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг[1].

Если нет специальной (не диспозитивной) нормы потребительского законодательства, устанавливающей то или иное право потребителя, то договор, содержащий условие, ограничивающее или исключающее такое право и существенно несправедливое в отношении потребителя, формально не может быть оспорен на основании ст. 16 Закона. Соответственно в отношении именно таких случаев суды и должны применять нормы ст. 428 ГК. Если какое-то условие договора не ущемляет прямо права потребителя, как они предусмотрены в полуимперативных нормах законодательства о защите прав потребителей, но при этом носит явно обременительный и несправедливый характер, условие может быть оспорено на основании ст. 428 ГК. В случае принятия новой редакции этой статьи бремя доказывания будет ослаблено, и доказывать стандартизацию договорных условий не будет необходимо, а неравенство переговорных возможностей и затруднительность влияния на содержание договора будут, видимо, презюмироваться в силу потребительского статуса договора.

В общем и целом мы видим, что, если руководствоваться соответствующими нормами закона, параллельное существование норм ст. 16 Закона о защите прав потребителей и ст. 428 ГК может быть оправданно. Оспаривать условие, ущемляющее законодательно признанные права потребителя со ссылкой на ст. 428 ГК, нельзя. Такое условие просто ничтожно в силу того, что на основании ст. 16 Закона законодательные нормы, определяющие права потребителя, признаются полуимперативными по определению. В то же время, как мы помним, ст. 428 ГК прямо предоставляет судам право контролировать явно несправедливые условия, формально не противоречащие закону. В тех случаях, когда по своей сути потребительский договор выпадает из-под действия данного Закона или он навязывает потребителю явно несправедливые условия, не ограничивая при этом его права, предусмотренные специ-

[1] Так, например, до сих пор не решен положительно вопрос о применении Закона о защите прав потребителей к договорам страхования. Ср.: Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за первый квартал 2008 года, утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 28 мая 2008 г. (вопрос № 2); Решение Верховного Суда РФ от 28 апреля 2004 г. № ГКПИ04-418.

альными нормами потребительского законодательства, нет формальных оснований для применения ст. 16 Закона, и условие может быть оспорено в порядке ст. 428 ГК.

Однако на практике все несколько сложнее.

Толкование ст. 16 Закона о защите прав потребителей в качестве инструмента ex post контроля

Серьезное пересечение двух режимов в реальности все же возникает в силу того, что уже достаточно давно суды интерпретируют ст. 16 Закона несколько шире, чем ее буквальный смысл. Если сам текст данной статьи недвусмысленно запрещает включать в договор условия, ограничивающие права потребителя, предусмотренные специальным потребительским законодательством (законами или иными правовыми актами РФ в области защиты прав потребителей), и тем самым ограничивает судебную роль лишь механическим отсевом условий, противоречащих полуимперативным нормам потребительского законодательства, то понимание данной нормы многими судами принципиально отличается.

Анализ судебной практики показывает, что суды под правами потребителя все чаще понимают не только и не столько конкретные правомочия, вытекающие из тех или иных правовых норм потребительского законодательства, сколько общий уровень защищенности интересов потребителя. В очень многих решениях суды даже не удосуживаются указать, какое право потребителя спорное условие нарушило и из какой нормы потребительского законодательства это право вытекает. В последнее время эта тенденция находит закрепление в практике высших судов России[1]. Ссылка на ограничение прав потребителя становится по

[1] В частности, ВАС РФ признал условие о взимании банком платы за открытие и ведение ссудного счета «ущемляющим права потребителей» вне всякой связи с нарушением каких-либо специальных норм потребительского законодательства (см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 17 ноября 2009 г. № 8274/09). Данная тенденция нашла свое дальнейшее развитие в судебной практике высших судов (см.: Постановление Президиума ВАС РФ от 2 марта 2010 г. № 7171/09, Определение Верховного Суда РФ от 17 мая 2011 г. по делу № 53-В10-15 и т.д.). Суды все чаще со ссылкой на ст. 16 Закона о защите прав потребителей признают недействительными условия, не вступающие в конфликт ни со специальными нормами потребительского законодательства, ни с императивными общегражданскими нормами, но не устраивающие суды с точки зрения защиты интересов потребителя как слабой стороны договора (например, о взимании комиссии за выдачу кредита, штраф за досрочный возврат кредита и т.п.). Подробные обзоры практики применения ст. 16 Закона см.: *Касенов Р.Б.* Статья 16 «Недействительность условий договора, ущемляющих права потребителя» Закона РФ «О защите прав потребителей» (Подборка судебных решений за 2010 г.) // СПС «КонсультантПлюс»; *Он же.* Статья 16 «Недействительность условий договора, ущемляющих права потребителя» Закона РФ «О защите прав потребителей» (Подборка судебных решений за 2011 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

сути лишь эвфемизмом, прикрывающим оспаривание условия по причине его несправедливости.

Это расширение изначального смысла ст. 16 Закона было поддержано и рядом ученых. Так, например, как отмечает А.Е. Шерстобитов, «недействительными могут быть признаны не только условия договора, прямо противоречащие законодательству, но и условия, ущемляющие права потребителей в целом, т.е. ухудшающие положение потребителя, делающие его менее благоприятным по сравнению с предусмотренным законодательством»[1].

Тем самым рассматриваемая статья вышеназванного Закона фактически помимо фиксации полуимперативного статуса всех норм потребительского законодательства, затрагивающих права потребителя, стала выполнять еще и функцию инструмента контроля формально законных, но несправедливых договорных условий и стала требовать от суда широкой степени судебного усмотрения. Соответственно при такой расширительной интерпретации ст. 16 Закона в рамках данного Закона появляется полноценный инструмент ex post контроля справедливости формально законных условий, который начинает во многом дублировать положение ст. 428 ГК.

Может показаться, что суды, расширяющие сферу применения ст. 16 Закона, поступают не совсем логично и было бы разумнее, если бы они, не найдя в потребительском законодательстве специальной нормы, на которую можно было бы сослаться с целью устранения несправедливого условия на основании модели ex ante контроля, опирались на ст. 428 ГК. Но в действительности использование судами расширительно истолкованной нормы ст. 16 Закона вместо ст. 428 ГК вполне оправданно в рамках существующего законодательства. В условиях, когда ст. 428 ГК вопреки опыту всех развитых стран возлагает на присоединившуюся сторону бремя подачи иска и предполагает лишь не востребованное на практике судебное расторжение или действующее лишь на будущее судебное изменение договора, следует признать, что практика судов, достигающих справедливости за счет расширительного толкования ст. 16 Закона, а не прямой апелляции к ст. 428 ГК, не лишена практического смысла. При этом в случае изменения правил ст. 428 ГК о последствиях выявления несправедливых условий, навязанных слабой стороне договора, у такой конкуренции в рамках этого нового состояния законодательства prima facie исчезнут разумные основания, и судам можно будет вместо искусственной ссылки на ст. 16 Закона

[1] *Шерстобитов А.Е.* Гражданский кодекс Российской Федерации и законодательство о защите прав потребителей о договорах с участием потребителей // Актуальные вопросы государства и права в Российской Федерации и в Республике Македонии: Сборник научных статей. Вып. 1 / Отв. ред. А.Е. Шерстобитов. М.: Статут, 2006.

о защите прав потребителей при желании аннулировать несправедливое, но формально законное условие применять напрямую ст. 428 ГК. До проведения данной реформы потребительского законодательства и оптимизации механизмов защиты, предусмотренных в ст. 428 ГК, думается, имеются все основания для применения в целях защиты потребителя от несправедливых договорных условий не столько этой статьи Кодекса, сколько ст. 16 Закона в ее широкой интерпретации, намеченной в российской судебной практике.

В то же время думается, что если в российском праве все же сохранится специальный инструмент судебного контроля справедливости потребительского договора (в виде широко интерпретируемой ст. 16 действующей редакции Закона или в иной форме), этому можно было бы найти вполне разумное основание. По сути мы бы получили специальную разновидность общего режима защиты слабой стороны договора, предусмотренного в ст. 428 ГК. Главное, чтобы этот специальный инструмент не имел бы не оправданных с политико-правовой точки зрения процедурных отличий и не создавал бы избыточную пестроту регулирования.

Выделение правовой системой такого особого случая применения судебного патернализма в целях защиты слабой стороны договора можно было бы обосновать со ссылкой на сигнальный эффект. Как мы уже отмечали, контроль справедливости потребительских договоров должен быть намного более интенсивным, чем иных договоров, при заключении которых имеется неравенство переговорных возможностей. Это обосновывается тем, что потребители в большинстве случаев не просто ограничены в своих переговорных возможностях, но вовсе не читают второстепенные условия подписываемых договоров и зачастую не в состоянии их понять, фактически лишь рассчитывая на то, что коммерсант является в меру добросовестным, не будет злоупотреблять некомпетентностью потребителя и ничего особенно несправедливого в этой части в договоре не закрепит. Так как практически во всех потребительских договорах согласие потребителя в отношении периферийных условий носит сугубо бланкетный характер, принцип свободы договора в отношении этих условий в значительной степени утрачивает свои политико-правовые основания. Соответственно суды должны быть готовы контролировать содержание таких условий потребительских договоров намного более интенсивно.

Для подчеркивания этого уровня допустимого патернализма и стимуляции более активного судебного контроля справедливости условий договора законодательство вполне может содержать специальный инструмент ex post контроля, применяемый в отношении именно потребительских договоров. Сейчас такую функцию выполняет ст. 16 Закона

о защите прав потребителей в ее широкой интерпретации. Соответственно такое положение вещей вполне может быть сохранено, даже если бы крайне неэффективный инструментарий защиты, предусмотренный сейчас в ст. 428 ГК, был бы усовершенствован в рамках законодательной реформы или судебного правотворчества.

Более того, видимо, имело бы смысл включить в вышеназванный Закон норму, прямо указывающую на возможность судебного контроля справедливости потребительского договора. Наличие в этом Законе нормы, согласно которой не будет иметь судебной защиты любое условие, неоправданно ущемляющее интересы потребителя, послало бы судам нужный сигнал и стимулировало бы более интенсивный патернализм. Как мы уже отмечали, чем более специальный характер имеет норма, предоставляющая суду некую дискрецию, тем свободнее суды ее применяют.

Особенностью данного специального режима было бы отсутствие необходимости доказывания неравенства переговорных возможностей для «инициализации» механизма контроля. Статус контрагента как потребителя будет это предполагать либо как минимум презюмировать.

В принципе другое также вполне приемлемое решение состоит в том, что при оптимизации предусмотренного в ст. 428 ГК инструментария защиты судебный контроль справедливости потребительских договоров осуществлялся бы на основании именно данной статьи ГК РФ, в то время как потребительское законодательство сконцентрировалось бы исключительно на установлении специальных императивных и диспозитивных норм.

Публично-правовой инструментарий контроля справедливости потребительских договоров

Также следует отметить, что потребительское законодательство практически во всех странах предоставляет и должно предоставлять в России инструментарий блокирования практики использования какой-либо компанией тех или иных несправедливых условий в отношении с неограниченным кругом потребителей по инициативе государственных органов. Это существенно отличает такой режим от механизма, предусмотренного в ст. 428 ГК, который дает право на оспаривание несправедливого условия только конкретному контрагенту и не обязывает сильную сторону менять свою договорную практику в отношении других контрагентов.

Данную функцию в России выполняет Федеральная служба по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека (Роспотребнадзор). Указанный орган вынес немало постановлений о привлечении к ответственности по ст. 16 Закона о защите прав потребителей,

которые впоследствии оказались предметом обжалования в арбитражных судах. Арбитражные суды часто соглашаются с органами Роспотребнадзора в квалификации условий как чрезмерно обременительных[1].

Так, например, к таким условиям были отнесены условия: а) расширяющие перечень оснований для отказа предпринимателя от договора по сравнению с установленным в законе[2]; б) ограничивающие ответственность исполнителя за действия привлеченных к исполнению лиц[3]; в) предоставляющие право одностороннего изменения ставки процентов по кредиту[4]; г) о рассмотрении спора из договора по местонахождению предпринимателя[5] и ряд других.

Думается, что при реформе Закона о защите прав потребителей данный публично-правовой формат защиты от несправедливых условий следовало бы сохранить. Потребность в нем обусловлена тем, что во многих случаях возможности отдельного потребителя противостоять мощи крупных компаний ограниченны. Зачастую у него нет ни достаточной юридической компетенции, ни финансовых, ни временных возможностей последовательно отстаивать свои права. Гонорары успеха в российском праве запрещены, адвокатские расходы полностью не возмещаются, карательные убытки не взыскиваются, а коллективные иски в полной мере не работают. Соответственно даже тогда, когда потребитель в принципе в состоянии постоять за себя в суде, часто издержки на ведение частноправового процесса для отдельного потребителя оказываются намного выше размера ущерба. В таких условиях компенсация этой беззащитности отдельного потребителя традиционно состоит в усилении государственного административного контроля.

---

[1] Достаточно подробный перечень подобных условий содержится в работах Кратенко М.В. См.: *Кратенко М.В.* Злоупотребление свободой договора: частноправовые и публично-правовые аспекты. М., 2010. С. 89–113; *Он же.* Несправедливые условия в договорах с потребителями: понятие, виды, способы судебной защиты // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 4.

[2] Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21 января 2002 г. № А56-21085/01 (условия договора оказания платных образовательных услуг, устанавливающие дополнительные основания для отчисления студента по сравнению с теми, которые установлены в уставе вуза, были признаны чрезмерно обременительными); Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 9 апреля 2007 г. № Ф04-1990/2007 (суд согласился с квалификацией условий договора долевого участия в строительстве, расширяющих перечень оснований для отказа от него со стороны застройщика, в качестве ущемляющих права потребителя).

[3] Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 19 июля 2007 г. № А33-6061/07-Ф02-4388/07 (условие, ограничивающее ответственность туроператора за изменения в туристической поездке, вызванные действиями перевозчика, было признано ущемляющим права потребителя).

[4] Постановление Президиума ВАС РФ от 2 марта 2010 г. № 7171/09.

[5] Там же.

В принципе есть все основания для формирования в российском праве институциональных стимулов к самозащите потребительских прав и инструментов частноправового сдерживания злоупотреблений коммерсантов по отношению к потребителям. Рамки настоящей работы не позволяют нам подробно анализировать эту проблематику. Главное, что следует здесь отметить, состоит в том, что в имеющихся условиях наличие публично-правового инструментария противодействия навязыванию потребителю несправедливых условий может быть признано оправданным.

Снижение договорной неустойки

В российском законодательстве закреплен и такой специальный инструмент судебного контроля справедливости договора, как положение о праве суда снизить несоразмерную неустойку (ст. 333 ГК).

Не секрет, что в последние годы практика применения российскими судами ст. 333 ГК приобрела несколько нездоровый характер и абсолютно неадекватные масштабы. В этом смысле мы солидаризируемся с авторами Проекта совершенствования общих положений обязательственного права (разд. III, подразд. IV, п. 2.2.3), которые поставили себе цель решить проблему чрезмерно частого использования судами института снижения неустойки на основании ст. 333 ГК. В Проекте повторяется известная критическая оценка этой практики, согласно которой суды неверно воспринимают применение ст. 333 ГК скорее как свою обязанность, чем как исключительное право. Для снижения активности судов в данной сфере разработчики Проекта предлагали ряд мер, включая ограничение права суда снижать неустойку без ходатайства должника, возложение бремени доказывания несоразмерности неустойки на должника и ряд других. Перспективы реализации этих мер на момент написания настоящей работы не определены.

В рамках этой книги у нас нет возможности подробно анализировать проблематику снижения договорных неустоек и предлагать решения многих технических вопросов. Многие из этих вопросов сейчас нашли в целом достаточно логичные ответы в принятом в декабре 2011 г. Пленумом ВАС РФ постановлении «О некоторых вопросах практики применения ст. 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» (бремя доказывания, возможность снижения неустойки судом ex officio, нижний порог снижения и т.п.)[1]. Вместо этого обратим внимание на самый, на наш взгляд, важный аспект этой проблемы. Речь идет о политико-

[1] К моменту завершения написания работы документ официально опубликован еще не был.

правовой допустимости этого инструмента ограничения свободы договора и пределах такого патернализма.

Итак, зададимся первым вопросом: почему право должно проявлять повышенное внимание к такого рода условиям?

Ответ в духе того, что суды защищают ценности договорной справедливости, столь важные для средневекового права и повысившиеся в цене по мере «социализации» частного права в XX в. конечно же верен, но не дает нам полного понимания сложившейся ситуации. Нас интересует вопрос: почему правовые системы далеко не так ревностно относятся к справедливости цены, сроков и других условий, которые также могут быть далеко не самыми справедливыми, и проявляют такое завидное упорство в ограничении свободы определения сторонами размера неустойки. Что особенного в условии о неустойке?

Думается, что найти ответ на этот вопрос не так сложно. Элементарный опыт показывает, что участники оборота крайне редко заключают договоры с ценами, сроками и иными условиями исполнения, которые лишают одну из сторон выгоды от сделки. Когда же речь идет о согласовании неустойки, сплошь и рядом встречаются абсолютно не пропорциональные суммы, которые разумный контрагент никогда бы не согласовал. Иначе говоря, применительно к условиям о размере неустойки наблюдается устойчивый сбой в работе теории рационального выбора. Суды и законодатели наблюдают это на многочисленных примерах драконовских размеров санкций и теряют уверенность в том, что стороны способны рационально просчитать размер разумной компенсации за нарушение. Это в итоге и подвигает их на активное вмешательство.

Но почему теория рационального выбора дает столь устойчивый сбой в отношении расчета неустойки, и стороны при заключении договора, как правило, не уделяют достаточного внимания последствиям неисполнения обязательства? Ответ на этот вопрос мы уже давали в общей части настоящей работы в контексте рассмотрения вопроса о пределах допустимого патернализма.

Идеально рациональный контрагент при расчете эффективности и выгодности сделки должен был бы провести полноценный cost-benefit analysis (анализ издержек и выгод), включив в расчет издержек в том числе и величину неустойки, которую ему придется заплатить в случае нарушения, уменьшенную на вероятность совершения нарушения. Чтобы определить процент такой вероятности, контрагент мог бы, например, оценить статистику собственных нарушений контрактов такого типа и скорректировать ее с учетом комплекса специфических обстоятельств, связанных с заключаемым контрактом. Скажем, если он определяет вероятность собственного нарушения этого договора в 5%, а величина неустойки равна 1 млн рублей, то размер соответствующей

ожидаемой издержки, которую контрагенту следовало бы принять в расчет при оценке рентабельности договора, составил бы 50 тыс. рублей. Представим, что другие издержки по исполнению контракта составят 300 тыс. рублей, а экономическая польза – 350 тыс. рублей. В таких условиях добавление к издержкам дополнительных 50 тыс. рублей лишает потенциального нарушителя всякой прибыли. В случае если он исполнит договор надлежащим образом (95% вероятности), то заработает 50 тыс. рублей, а если нарушит (5% вероятности), то понесет чистый убыток в 1 млн рублей. В среднем же получается, что сделка, как говорится, заключается «в ноль», и в такой ситуации, казалось бы, нет смысла ее заключать. Но...

Но человек не является идеальным калькулятором издержек и выгод даже не столько в силу наличия общественных норм и моральных императивов, сколько в силу ограниченности и специфичности собственных когнитивных возможностей. Как уже отмечалось, обычно в центре переговоров оказываются условия о цене, спецификации, способе доставки и другие «центральные» условия исполнения обязательств. Если эти вопросы согласованы и контрагенты пошли друг другу на уступки по существенным и иным принципиальным положениям контракта, то условиям, применение которых произойдет только на случай его нарушения (в том числе и о размере неустойки), зачастую уделяется меньше внимания. Контрагент, придя к согласию по всем существенным и иным принципиальным условиям и рассчитав все выгоды, которые он получит от надлежащего исполнения контракта, как правило, не намерен его нарушать и поэтому не придает адекватного значения размеру неустойки, которой обеспечено выполнение им своих обязательств.

Выше мы уже отмечали важнейшее значение феномена ограниченной рациональности для понимания действующего права и его реформы. Как показал бихевио-экономический анализ процесса ведения переговоров при заключении договора, участники оборота хронически недооценивают риск нарушения договора («сверхоптимизм»). Выгода от исполнения контракта (в нашем примере – 50 тыс. рублей), получаемая здесь и сейчас, заставляет нас недооценивать вероятность срыва плана и риск потерять намного более значительные средства в будущем. Недооценка риска нарушить договор – вот та причина, которая мешает контрагенту одинаково рационально подходить к тем условиям договора, которые будут применены при его исполнении в любом случае, и к тем, которые предусматривают определенные последствия на тот маловероятный случай, когда этот контрагент нарушит контракт. Именно это приводит к тому, что договорные неустойки так часто встречаются на уровне, превышающем то, на что контрагент согласился бы, будь он идеально рациональным.

Если бы контрагенту предлагались непривлекательные условия в части цены или других основных положений договора и эти условия были бы невыгодны настолько, что делали бы сделку просто невзаимовыгодной, то эта сделка скорее всего бы не состоялась. Согласие на сделку показывает, что она оценивается как Парето-оптимизирующая обоими ее участниками. А так как «мудрый и всезнающий планировщик», способный просчитать взаимовыгодность и целесообразность соответствующих условий всех заключаемых в обороте сделок, является плодом фантазий советских экономистов и в природе существовать не может, то праву не остается ничего иного, кроме как придать силу соглашению сторон. Но в случае с неустойкой теория рационального выбора дает систематический сбой, так как штрафные санкции – это издержки, которые сторона нести не намеревалась. Она недооценивает вероятность того, что договор может быть нарушен, и поэтому штрафные санкции в расчет рентабельности сделки не принимает. В итоге стороны, как правило, готовы согласиться на заключение договора с «драконовскими» санкциями, особенно когда они крайне заинтересованы в заключении договора. Описанная ситуация довольно типична, особенно для России, где повсеместно встречались и отчасти до сих пор встречаются контракты с условием о пенях в размере 1% долга за каждый день просрочки или иными зачастую фантастическими по своему размеру штрафными санкциями.

В такой ситуации законодательство с целью исправления устойчивой когнитивной ошибки, допускаемой контрагентами при заключении договоров (debiasing), предоставляет судам дискреционное право корректировки размера неустойки и тем самым достигает восстановления рациональности договорных условий ex post. Вспомним дело Шейлока в «Венецианском купце» Шекспира и ту ситуацию, в которой Антонио легко согласился на установление в расписке буквально «драконовской» неустойки за невозврат займа. Что заставило опытного в деловых вопросах купца соглашаться на заем с условием уплаты такой «кровавой» неустойки? Современный исследователь в области бихевио-экономического анализа права ответил бы, что винить надо свойственный большинству людей сверхоптимизм, проявляющийся в нежелании точно оценивать вероятность просрочки возврата займа и нерациональной сконцентрированности исключительно на ожидаемом положительном эффекте сделки в ущерб адекватной оценке рисков. И не вмешайся тогда суд, ходить бы Антонио без фунта мяса на теле...

Данная сугубо экономическая логика введения института снижения неустойки давно воспринята цивилистами зарубежных стран. Так, именно опасность недооценки риска нарушения договора, а также отдаленность и негарантированность наступления условий для уплаты

неустойки видятся Р. Циммерманну в качестве главных причин ограничения свободы договора в отношении условия о размере неустойки[1].

И видимо, стоит эту логику поддержать, но с одним принципиальным уточнением.

Выше, при анализе общих вопросов допустимости патернализма, мы постарались показать, что патерналистски обусловленное ограничение свободы договора допустимо только при: 1) доказанном наличии неравенства переговорных возможностей; 2) извиняющем иррациональность статусе «жертвы» или 3) настолько несправедливом характере спорного условия, что при этом разумно предполагать либо наличие пороков воли, либо недобросовестную эксплуатацию неравенства переговорных возможностей. Эти же факторы, по нашему мнению, должны действовать в равной степени и по отношению к такому классическому проявлению патернализма, как снижение неустойки судом.

Без сомнений вопрос о снижении неустойки можно ставить в случае, когда нарушителем договора являются гражданин или некоммерческая организация. Иррациональность таких должников мы условно обозначили как извинительную. Кроме того, в тех случаях, когда они заключают договоры с предпринимателями, их переговорные возможности чаще всего являются незначительными (классический пример – потребительские сделки). Соответственно было бы вполне логично предоставить суду право снижать неустойку в отношении таких категорий должников.

Как только судам предоставляется такое право, грань между неустойкой и убытками в значительной степени стирается, так как никакого другого адекватного ориентира для определения соразмерности неустойки нет и не предвидится. Как отмечается в зарубежной литературе, как только суд получает право модифицировать размер неустойки, он начинает его использовать независимо от истинной воли сторон, и единственный критерий, который де-факто остается в качестве ориентира, – это размер реальных убытков[2]. Таким образом, если речь идет о должнике, являющемся гражданином или некоммерческой организацией, применение ст. 333 ГК означает восстановление коррективной справедливости посредством исключения возможности взыскания суммы, превышающей размер фактических убытков кредитора, вопреки воле сторон. В целом такой патернализм мы считаем допустимым.

Что же касается коммерческих участников оборота, то их иррациональность при согласовании неустойки по общему правилу не должна

[1] *Zimmermann R.* The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. 1996. P. 106, 107.

[2] *Mattei U.* The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts // 43 The American Journal of Comparative Law. 1995. P. 437.

корректироваться судом. Соответственно снижение неустойки в отношении такого рода нарушителя возможно только либо (1) при наличии убедительных доказательств того, что его переговорные возможности при заключении договора были ущемлены настолько, что он был лишен реальной возможности существенно влиять на содержание договора, либо (2) в случаях, когда размер неустойки настолько запределен, что суду очевидно: он бы никогда не был бы согласован при отсутствии пороков воли или явного дисбаланса переговорных возможностей.

В первом случае суд вправе рассмотреть вопрос о снижении неустойки, если должник-коммерсант докажет, что он был слабой стороной договора. Наказывать слабого участника переговоров (даже если он предприниматель) за когнитивные ошибки и просчеты, в воспитательных целях отказывая в патерналистской защите, здесь гораздо менее справедливо. Ведь у слабой стороны зачастую просто не бывает возможности избежать такой ошибки, даже если бы она вполне осознавала все ее последствия.

Во втором же случае несправедливость самого условия говорит сама за себя, наличие процедурных дефектов презюмируется и бремя доказывания их отсутствия перекладывается на кредитора. Если последний не сможет доказать отсутствие пороков воли или явного неравенства переговорных возможностей, суд получает легитимное право рассматривать вопрос о снижении неустойки. В обоих случаях, если суд получает легитимное право рассматривать вопрос о применении ст. 333 ГК, это отнюдь не значит, что он ее снизит. Доказанное должником неравенство переговорных возможностей или вопиюще несправедливый размер неустойки позволяют суду в принципе перейти к анализу вопроса о соразмерности неустойки. Но если такая неустойка окажется явно превышающей размер фактических убытков, суд действительно получит все основания для ее снижения.

Если же при заключении договора не наблюдалось существенного ущемления переговорных возможностей должника-коммерсанта и при этом сам размер неустойки не носит настолько вопиющий характер, чтобы оправдать применение презумпции наличия процедурных дефектов, то никакого смысла защищать «сверхоптимистичного» коммерсанта нет. Право не должно потакать неразумным коммерсантам и давать им надежду на то, что суд исправит их когнитивные ошибки при согласовании размера неустойки. Эта воспитательная строгость крайне важна как стимул к росту рациональности профессиональных предпринимателей и инвестиций в квалифицированные кадры. Поэтому ни о каком снижении неустойки не может идти речь, скажем, в контрактах двух профессиональных участников инвестиционного рынка, заключивших договор на продажу контрольного пакета акций того или

иного предприятия. То же можно сказать и об акционерных соглашениях или любых других аналогичных крупных инвестиционных, корпоративных, финансовых сделках между опытными предпринимателями в отсутствие существенных различий в переговорных возможностях.

Эти выводы вытекают из сделанных нами выше общих политико-правовых заключений о допустимости патернализма. Никаких оснований относиться к условию о размере неустойки принципиально по-иному мы не видим.

Сделанные выводы выталкивают нас на следующее предложение de lege ferenda. В норме ст. 333 ГК о праве суда снизить неустойку следует прямо указать на то, что эта норма применяется в отношении должника, действующего в качестве предпринимателя, в исключительных случаях. Высшим же судам следует интерпретировать эту норму таким образом, что под исключительными случаями следует понимать либо недобросовестную эксплуатацию неравенства переговорных возможностей сильной стороной, либо случай, когда вопиюще несправедливый размер неустойки, очевидно, свидетельствует в пользу наличия такой эксплуатации или пороков воли.

Нечто похожее, хотя, конечно, в более упрощенной форме, как мы видели из сравнительно-правового обзора, отражено в немецком праве, где ст. 343 ГГУ допускает снижение неустойки судом в общегражданских отношениях, в то время как ст. 348 ГТУ в коммерческих отношениях снижение неустойки не допускает. Как отмечается в литературе, в судебной практике данное жесткое правило о неснижаемости неустойки в исключительно коммерческих отношениях может в редких случаях не применяться, а неустойка соответственно может быть ограничена, если ее взыскание в согласованном размере приведет к нарушению принципа добросовестности (ст. 242 ГГУ)[1]. Тем не менее, если отвлечься от этого последнего уточнения, которое в принципе может скорректировать любую норму ГК или условие договора, решение немецкого права, взятое в чистом виде, вполне очевидно: неустойки, включенные в сугубо коммерческие контракты, снижаются гораздо реже.

Мы предлагаем несколько более тонкую дифференциацию, которая допускает снижение неустойки по инициативе предпринимателя на общих основаниях, если переговорные возможности контрактующих сторон были явно несоразмерны либо сам размер неустойки презюмирует наличие такой несоразмерности или пороков воли.

Немецкий вариант лишает малого предпринимателя права просить снижения неустойки даже тогда, когда речь идет о контракте с моно-

[1] Principles of European Contract Law. Part I and II / Prepared by the Commission on European Contract Law; Ed. by O. Lando and H. Beale. 2000. P. 456.

полистом или просто крупнейшей торговой сетью и никаких шансов повлиять на содержание контракта у должника не было. В Германии у него, конечно, есть шанс выпутаться, апеллируя к принципам добросовестности и добрых нравов (т.е. к инструментам экстраординарного контроля), но сам формат применения экстраординарного режима контроля обеспечивает гораздо менее интенсивный судебный контроль. Думается, что в российском контексте для такой дифференциации нет оснований. Коммерсант с ограниченными переговорными возможностями должен защищаться примерно так же интенсивно, как и гражданин или некоммерческая организация. Соответственно для надежной защиты коммерсанта, являвшегося слабой стороной договора, должна применяться все та же специальная норма ст. 333 ГК. Думается, что немецкий вариант ограничивает свободу договора недостаточно по сравнению с тем, какое решение нами выше обосновывалось в качестве приоритетного с политико-правовой точки зрения.

Одновременно немецкий вариант как минимум при его буквальном применении дает возможность ссылаться на снижение неустойки предпринимателю, нарушившему свое обязательство перед гражданином (в том числе потребителем) или некоммерческой организацией. Такие договоры подпадают под общегражданское регулирование и соответственно норму ГГУ о праве суда снижать неустойку. В то же время, как нам представляется, для такого патернализма нет оснований. Предприниматель, не являющийся слабой стороной договора, не вправе просить о патерналистской защите. Соответственно в этом смысле при немецком варианте проявляется избыточное ограничение свободы договора.

Реализация наших предложений сделает наше гражданское законодательство в этой части более сбалансированным, с одной стороны, отвадив суды от вмешательства в свободу договора там, где профессиональные и не лишенные возможностей влиять на содержание контракта предприниматели должны нести бремя собственных просчетов и недооценки рисков, а с другой стороны, предоставит такую возможность там, где исправление судом просчетов сторон при формулировании условий договора обусловлено ограниченными возможностями должника влиять на содержание контракта или извинительностью иррациональности.

В итоге серьезные и равные по своим переговорным силам бизнесмены в своих отношениях могут предусматривать практически любые неустойки, не переступая, впрочем, некий условный порог, за которым суд будет вправе применить презумпцию наличия процедурных дефектов. Такая свобода просто необходима для получения нужных гарантий надлежащего исполнения (например, в крупном инвестиционном контракте). И стороны не должны бояться того, что суд потом обесценит

это обеспечение, сведя его к минимуму. А граждане и некоммерческие организации, в отношении которых умеренный патернализм можно в принципе оправдать извинительностью иррациональности, и коммерсанты, оказавшиеся при заключении конкретного договора слабой стороной, получают доступ к механизму снижения неустойки.

Отсутствие в действующем законодательстве определения статуса нарушителя и переговорных возможностей при снижении неустойки приводит к избыточному ограничению свободы договора. Именно в этом, на наш взгляд, заключается основная проблема функционирования этого института в российском праве.

Принцип недопустимости злоупотребления правом как инструмент контроля справедливости договора «последней инстанции»

Как отмечалось ранее, одним из недостатков многокомпонентной системы судебного контроля над содержанием договора является возможность возникновения ситуаций, когда подобного рода контроль бывает оправданным с политико-правовой точки зрения, но в то же время этот случай не подпадает под действие ни одного из специальных механизмов такого контроля. Как мы помним, во многих европейских странах, реализующих многокомпонентную модель контроля справедливости договорных условий, над всеми специальными инструментами такого контроля нависает некое универсальное правило, которое суд может положить в основу решения об ограничении свободы договора в экстраординарных случаях, когда специальные инструменты неприменимы. В Германии это нормы о добрых нравах и добросовестности, а в Голландии и Скандинавских странах – норма о неприменении судом несправедливых и неразумных условий.

Применительно к каким случаям подобный инструмент может быть востребован?

Во-первых, как уже отмечалось, политика права может теоретически оправдать судебный контроль справедливости договорных условий и тогда, когда при заключении договора отсутствовал дисбаланс переговорных возможностей, но контрагент заслуживает патерналистской опеки в силу своего некоммерческого статуса (например, сделки между гражданами при отсутствии признаков кабальности). Эти случаи в условиях действующего российского законодательства могут не «покрываться» ни одним из специальных инструментов контроля.

Во-вторых, даже тогда, когда речь идет о сделках между коммерсантами, некоторые особо вопиющие, шокирующе несправедливые условия договоров все же могут стать предметом экстраординарного судебного контроля даже в отсутствие доказанного неравенства переговорных

возможностей. Как уже отмечалось, это может быть связано с осознанием трудностей в доказывании пороков воли или неравенства переговорных возможностей, которые скорее всего и повлекли включение в договор таких условий. В некоторых исключительных случаях, принимая во внимание эту сложность, суды могут фактически признать, что настолько несбалансированное содержание договора презюмирует наличие таких процедурных дефектов, и ограничить свободу даже сугубо коммерческого договора в отсутствие прямых доказательств пороков воли или доказательств неравенства переговорных возможностей. Думается, что жестко блокировать такую практику бессмысленно. Будучи выставлена «за дверь», она проникнет в судебную практику через «форточку». Главное, чтобы суды осознавали абсолютно исключительный характер такого «слепого» патернализма.

В российском законодательстве имеется два претендента на роль «корректора последней инстанции», способного легитимировать судебный ex post контроль справедливости договора. Это норма ст. 169 ГК РФ о ничтожности сделок в случае, если они противоречат основам нравственности, и норма ст. 10 ГК, запрещающая злоупотребление правом. В принципе обе нормы могут использоваться в качестве такого универсального механизма. Как мы помним, в Германии суды, ограничивающие свободу договора во имя защиты слабой стороны, часто ссылаются и на норму о добрых нравах, и на принцип добросовестности одновременно.

В российских правовых реалиях недостаток ст. 169 ГК РФ состоит в том, что она предусматривает реституцию полученного в доход государства, что никак не вяжется с функцией контроля справедливости договорных условий. В рамках идущей реформы ГК РФ предлагается этот «странный» режим реституции ограничить, что устранит недостаток варианта привлечения норм об основах нравственности для целей патерналистского контроля справедливости договорных условий. Но при этом сохранится еще один недостаток такого варианта. Он заключается в том, что привлечение ст. 169 ГК влечет ее использование в двух несколько разных целях. С одной стороны, эта норма рассчитана на блокирование явно аморальных сделок, не допустимых с точки зрения основ нравственности российского общества. С другой стороны, она будет использоваться и для патерналистского контроля справедливости договорных условий. Как мы видели, немецкие суды это не смущает, и они активно используют норму о добрых нравах ГГУ как для защиты слабой стороны договора от несправедливых условий, так и для блокирования договоров, опосредующих существенное нарушение этических норм общества в области, например, семейной жизни. Тем не менее думается, что с точки зрения системной согласованности

законодательства все же было бы разумно эти разные функции развести по различным институтам гражданского права. Если бы в российском законодательстве не было других претендентов на исполнение роли «корректора последней инстанции», это сугубо догматическое возражение вряд ли стоило бы нашего внимания. Но в ситуации, когда российский ГК предусматривает правило о недопустимости злоупотребления правом (ст. 10), думается, имеются основания именно этой норме делегировать роль универсального корректора договорной свободы последней инстанции.

Этот тезис усиливается тем, что, как уже отмечалось, в последние годы случаи использования данной нормы для целей ограничения свободы договора стали учащаться в практике арбитражных судов, которые признали, что нарушение принципа недопустимости злоупотребления правом при заключении договора может стать основанием для признания договора ничтожным. Так, ВАС РФ неоднократно указывал на то, что злоупотребление правом при заключении сделки в нарушение ст. 10 ГК дает основания для признания сделки ничтожной как противоречащей закону, т.е. в рамках применения ст. 168 ГК[1]. Если ст. 10 ГК, запрещающая злоупотребление правом (а значит, и правом на свободное определение договорных условий), является императивной, то договор, противоречащий императивной норме, является ничтожным в целом или в части.

В принципе такая логика вполне допустима. Тем не менее следует отметить, что в контексте судебного контроля справедливости содержания договора пострадавший контрагент в некоторых случаях может быть заинтересован не в аннуляции договорного условия, а в его изменении и приведении к некому условно сбалансированному виду. Соответственно, если российское право вслед за нашими предложениями и опытом ряда зарубежных стран и актов международной унификации договорного права допустит такую адаптацию в рамках режима, предусмотренного в ст. 428 ГК, то кажется логичным, чтобы такой же подход применялся бы и в случае использования в аналогичных целях ст. 10 ГК. В то же время возможность адаптации судом спорного условия логически не вполне вяжется с тем, что такие условия априори будут признаваться ничтожными.

С учетом этого, думается, для целей контроля справедливости договоров судам как минимум de lege lata следовало бы применять именно то последствие злоупотребления правом, которое непосредственно закреплено в ст. 10 ГК, – отказ в защите права. Соответственно фразео-

[1] Информационное письмо ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 (п. 9). См. также постановления Президиума ВАС РФ от 20 мая 2008 г. № 15756/07, от 12 июля 2011 г. № 18484/10.

логия этой статьи, предусматривающей отказ в защите права, в принципе допускает выведение из ее смысла того, что при явной несправедливости договора суд может как не признать ссылку недобросовестного контрагента на условия договора (или даже сам факт его заключения), так и изменить условия договора по иску пострадавшей стороны.

В любом случае в результате развития судебной практики применения ст. 10 ГК в качестве инструмента контроля справедливости договорных условий «последней инстанции» в российском праве появится режим, применяемый в качестве субсидиарного основания тогда, когда отсутствуют условия для применения других режимов контроля большей интенсивности, но политика права требует предоставления патерналистской защиты одной из сторон.

Есть основания полагать, что такая тенденция в судебной практике в последнее время наметилась. Здесь следует в качестве примера привести Постановление Президиума ВАС РФ от 12 июля 2011 г. № 17389/10, в котором суд при рассмотрении спора о допустимости искусственного занижения выкупной цены предмета лизинга указал следующее: «Согласно статье 421 Гражданского кодекса Российской Федерации... принцип свободы договора предполагает добросовестность действий сторон, разумность и справедливость его условий, в частности их соответствие действительному экономическому смыслу заключаемого соглашения. Свобода договора, подразумевая, что стороны действуют по отношению друг к другу на началах равенства и автономии воли и определяют условия договора самостоятельно в своих интересах, не означает, что при заключении договора они могут действовать и осуществлять права по своему усмотрению без учета прав других лиц (своих контрагентов)...»

Как нам представляется, это знаковое решение. В деле отсутствовали очевидные основания для признания неравенства переговорных возможностей и тем не менее, по мнению суда, условия договоры были явно несправедливы. Не вдаваясь в анализ того, насколько оправданным было само ограничение свободы договора в данном конкретном деле, следует заметить, что здесь имеет место, пожалуй, первый пример прямой (не прикрытой искусственными отсылками к неким императивным нормам) ex post коррекции договорной свободы в целях защиты справедливости договорных условий в ситуации отсутствия слабой стороны договора.

При этом следует отметить, что в этом деле ограничение свободы договора было аргументировано не только несправедливостью договорных условий, но и ссылкой на применение доктрины притворности. Это в некотором смысле затрудняет возможность сделать некое однозначное обобщение о признании в практике ВАС РФ применимости доктрины недопустимости злоупотребления правом к контролю спра-

ведливости договорных условий. Тем не менее, думается, что ВАС РФ постепенно подходит к той черте, за которой это обобщение можно будет уверенно сделать и констатировать появление в российском праве принципа добросовестности как универсального «корректора» договорной свободы «последней инстанции», применимого в тех случаях, когда нет оснований для применения в этих целях специальных норм законодательства (ст. 179, 333, 428 ГК, ст. 16 Закона о защите прав потребителей и др.), но политика права требует пресечения несправедливости договорных условий.

§ 4. Оценка справедливости договорных условий

Виды договорных условий, не подлежащих контролю

Все ли договорные условия могут быть предметом судебного контроля в рамках вышеприведенных режимов? Ответ достаточно очевиден и он отрицательный.

Во-первых, естественным образом из-под судебного контроля выходят те условия договора, которые воспроизводят императивные нормы правовых актов. Существует специальная процедура оспаривания нормативных правовых актов. Но если акт не оспорен (например, закон не признан неконституционным), то его императивные нормы являются обязательными для сторон независимо от того, повторили ли они соответствующий текст в договоре или нет. Соответственно суды не могут проверять на предмет справедливости условия договора, воспроизводящие императивные нормы законодательства, не ставя под сомнение действительность самого источника права, из которого произошло копирование.

Во-вторых, в равной степени не могут быть предметом судебной оценки условия договора, воспроизводящие диспозитивные нормы законодательства. Такие нормы теоретически должны отражать признанные государством наиболее оптимальными и сбалансированными решения[1]. Очень часто реальное содержание таких норм оказывается крайне далеко от этих высоких стандартов, в особенности в условиях низкого качества российского нормотворчества. Тем не менее думается, что суды все же не могут идти столь далеко, чтобы аннулировать по причине несправедливости договорные условия, дословно или по существу копирующие диспозитивные нормы закона.

[1] *Marsh P.* Comparative Contract Law. England, France, Germany, Glower Publishing. 1994. P. 302; *Markesinis B.*, *Unberath H.*, *Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. Oxford; Portland; Oregon, 2006. P. 164; *Leff A.* Unconscionability and the Code: The Emperor's New Clause // 115 University of Pennsylvania Law Review. 1967. P. 511.

В-третьих, аналогичным образом не должны оцениваться судом на предмет справедливости и те условия, которые закреплены в типовых договорах, утвержденных нормативными правовыми актами и являющихся обязательными для договоров данного типа.

В-четвертых, условия не соответствующие императивным нормам закона, также не должны выступать предметом контроля. На это, в частности, прямо указывает п. 2 ст. 428 ГК, где отмечается, что предметом контроля являются условия, которые не противоречат закону и иным правовым актам. Но в равной степени это относится и к некоторым другим инструментам судебного контроля справедливости договора (ст. 10, 179 ГК и др.). Если условие не соответствует императивной норме, то оно подпадает под действие ст. 168 ГК РФ и является ничтожным или может быть признано оспоримым. В данном случае никакой дополнительной оценки обременительности такого условия со стороны суда не требуется. Поэтому такая форма контроля содержания договоров является не ex post контролем, а механическим применением ex ante запретов.

Остальные условия могут с той или иной степенью интенсивности быть предметом судебного контроля.

Особенности судебного контроля справедливости центральных условий договора

Общие замечания

Как мы выше отметили, различные договорные условия, теоретически подпадающие под судебный ex post контроль, должны контролироваться судом с дифференцированной степенью интенсивности. Некоторые условия политика права требует контролировать гораздо менее интенсивно, чем другие.

Как уже отмечалось в т. 1 книги, речь идет в первую очередь о разделении договорных условий на центральные и сопутствующие (периферийные). Судебный контроль справедливости центральных договорных условий должен осуществляться намного более осторожно, чем контроль периферийных договорных условий. Это связано как с разной вероятностью сбоев теории рационального выбора, так и со сложностями в судебной оценке адекватности соответствующего условия.

Напомним, что с точки зрения политики права сколько-нибудь интенсивный патернализм возможен в основном в отношении сопутствующих условий договора. Соответственно ограничение свободы договора в отношении таких условий, которые определяют основной предмет исполнения и цену, и контроль соразмерности обмениваемых благ не могут осуществляться судом сколько-нибудь интенсивно. Этот вы-

вод в равной степени относится как к модели ex ante, так и к модели ex post ограничения договорной свободы. Суд не должен (за вычетом отдельных исключительных случаев) вторгаться в анализ эквивалентности обмениваемых благ, решать за сторону, какие товары, услуги или работы и в каком объеме ей нужны, и ставить под сомнение акцептованную этой стороной договорную цену. Эти ключевые параметры сделок в условиях рыночной экономики по общему правилу определяются законами спроса и предложения или в исключительных случаях – законодателем или органами исполнительной власти, но никак не судом.

Выше, в главе об издержках патерналистских ограничений договорной свободы, мы уже описывали причины такой дифференциации. Здесь лишь приведем еще один аргумент в ее пользу, релевантный именно ex post модели контроля. Дело в том, что цена ошибочного ограничения судом центральных условий договора, фиксирующих основные параметры сделки, гораздо выше, чем в случае ограничения неких периферийных условий договора. Безусловно, любые неценовые условия имеют отражение в цене. Но часто их «доля» влияния на цену не носит значительного характера с учетом низкой вероятности их реализации. Поэтому цена ошибки при судебной коррекции такого неценового условия часто (хотя и не всегда) оказывается намного ниже, чем цена ошибки судебного вмешательства в условия договора об основном предмете договора и цене. Если судья проявит избыточный патернализм и неоправданно снизит неустойку, то это не нарушит рациональные ожидания контрагентов настолько, чтобы полностью исключить взаимовыгодный характер сделки. В то же время ошибка суда при попытке снизить договорную цену или скорректировать условие о количестве товара гораздо чаще может существенно подорвать ожидания сторон и лишить сделку какого-либо «Парето-оптимизационного» смысла. Думается, осознание того, что судебные ошибки возможны в обоих случаях, но их цена применительно к контролю центральных условий договора значительно выше, также предопределяет более осторожное отношение судов к контролю таких условий.

При этом, как уже отмечалось, вряд ли стоит идти настолько далеко, чтобы блокировать саму возможность судебного контроля центральных условий договора. Думается, что судебный контроль справедливости таких условий, которые непосредственно фиксируют основной предмет договора и цену (например, условие о наименовании приобретаемого товара и его количестве, об объекте аренды, о виде оказываемой услуги или выполняемых работ, цене таких договоров, процентной ставке по кредиту и т.п.), в принципе допустим, но должен осуществляться значительно более осторожно и только в случаях, когда для этого есть особые основания.

Эти особые основания имеют место тогда, когда общие политико-правовые резоны патерналистского контроля выражены очень существенно. Если несправедливость такого рода договорных условий сочетается с присутствием крайне ярко выраженных политико-правовых оснований допустимости патернализма, суд в порядке исключения может ограничить свободу договора и применительно к таким основным условиям.

Попытаемся привести примеры таких квалифицированных оснований патернализма.

Во-первых, здесь может подразумеваться такая ситуация, когда неравенство переговорных возможностей было выражено настолько сильно, что у контрагента просто не было иного реального выбора из-за отсутствия или ограниченности конкуренции. Поэтому, думается, как минимум с точки зрения справедливости имеются некоторые основания для оспаривания монопольно-высоких цен и некоторых иных центральных условий, которые навязаны лицом, занимающим доминирующее положение на рынке, своим лишенным реального выбора клиентам. В отличие от этого в ситуации, когда контрагент не мог повлиять на содержание предложенного контракта, но мог без значительных сложностей, обратившись к конкурентам, добиться иных, более выгодных центральных условий, нет политико-правовых оснований для их контроля. Так, на наш взгляд, нет оснований для контроля центральных условий договора в отношении сделок с потребителями, если те могли бы относительно легко избежать принятия таких несправедливых условий на рынке. Если, например, рыночная цена галстука составляет 1 тыс. рублей, но конкретный продавец решил продать его за 5 тыс. рублей, и нашелся покупатель, который поленился изучать ценовую конъюнктуру, выше оценил свое время поиска альтернатив или в принципе получает удовлетворение от демонстрации своей способности покупать «задорого», судам нет никаких оснований вторгаться в свободное ценообразование. Если у потребителя была возможность купить то, что ему требуется, по рыночной цене, патернализм не оправдан.

При этом суд может принять во внимание не столько степень неравенства переговорных возможностей, сколько особенную, квалифицирующую природу эксплуатации дисбаланса переговорных возможностей. Например, тогда, когда одна сторона недобросовестно пользуется тем, что другое лицо оказалось в состоянии угрозы смерти, и обусловливает свое согласие помочь продажей ей квартиры спасаемого за полцены, наше нравственное чувство настолько возмущается тем, что член общества вместо помощи ближнему пытается нажиться на *случайно* подвернувшемся ему шансе, что это может также обусловить контроль справедливости главных условий договора (в том числе цены). Именно по-

добного рода ситуации выступают основной «мишенью» института кабальных сделок и являются хрестоматийными примерами применения ст. 179 ГК РФ. Аналогичная ситуация имеет место и в известных примерах из немецкой судебной практики, в которых банк, эксплуатируя очевидную неопытность и зависимое положение молодой и не имеющей никаких доходов дочери предпринимателя, получает ее согласие на то, чтобы стать поручителем по значительному кредитному долгу отца.

Во-вторых, квалифицированным образом может быть выражен не только фактор неравенства переговорных возможностей, но и фактор извинительности иррациональности контрагента. Здесь может учитываться крайняя степень извинительности иррациональности (например, заключение договора между корпорацией и жителями племени, проживающего в сельве Амазонки, по приобретению их продукции).

Но в равной степени может приниматься во внимание и особо недобросовестный характер эксплуатации этой иррациональности. В качестве примера приведем использование компанией в договоре с потребителем нетранспарентного и неясного способа изложения условий. Тут теория рационального выбора вполне может дать сбой даже в отношении таких центральных договорных условий, как цена или описание товара или услуги. Как уже отмечалось, потребителю сложно уяснить содержание многостраничных контрактов с множеством юридических деталей, перекрестных отсылок и специфической терминологией, но, как правило, осознать договорную цену и хотя бы в самом общем виде понять то, что он, собственно, за эту цену приобретает, он все же может. Тем не менее коммерсанты могут провоцировать сбой рациональности потребителя и в части таких условий посредством умышленного использования неясного, запутанного и нетранспарентного способа изложения текста договора. Соответственно в этом случае возникают некоторые политико-правовые основания для контроля справедливости даже центральных условий договора. Как мы помним, во многих европейских странах этот нюанс учтен позитивным правом. Там европейские суды по общему правилу не вправе применять судебный контроль справедливости цены и условия об основном предмете договора в рамках режима применения потребительского инструментария ex post контроля, но это правило обычно имеет исключение на случай неясного изложения договорных условий. Думается, что эта же оговорка могла бы быть вполне уместной и в России.

При этом неясность и запутанность языка договора могут извинять только потребителя, но никак не могут способствовать сколько-нибудь интенсивной переоценке центральных условий сугубо коммерческих договоров. Поэтому, как и в большинстве европейских стран, критерий неясности текста в России должен использоваться как ос-

нование, открывающее суду возможность контролировать центральные условия договора только в отношении потребительских договоров. Данный контроль, в частности, мог бы помочь судам пресекать такие случаи, как практика завуалированного отражения банками реального размера процентного бремени, возлагаемого на заемщика, за счет искусственного введения экономически неоправданных комиссий. Когда договор неоправданно выражает цену таким образом, что потребитель не может однозначно определить объем принимаемых им на себя обязательств, право может допустить вмешательство суда и в отношении условия о цене.

Наконец, в-третьих, не стоит забывать и о том, что в ряде редких случаев, когда сторона не смогла доказать ни неравенство переговорных возможностей, ни извинительный характер своей иррациональности, суд может иметь право контролировать справедливость договорных условий, если их содержание настолько аномально, что это само по себе презюмирует наличие пороков воли или эксплуатации явного неравенства переговорных возможностей. Это основание патернализма носит универсальный характер, поэтому применимо и к центральным (в том числе ценовым) условиям как минимум тогда, когда несправедливость такого условия выражена настолько сильно и ярко, что это без каких-либо сомнений оправдывает судебный патернализм.

Таким образом, в ситуациях, когда политико-правовые основания допустимости патернализма выражены особенно ярко, суд вопреки общему правилу может в порядке исключения оценить справедливость и центральных договорных условий. Однако по общему правилу он должен от оценки справедливости таких условий воздерживаться.

Laesio enormis

Как было отмечено выше, вопиющая степень несправедливости договорных условий сама по себе сигнализирует о неких аномалиях на стадии заключения договора и в ряде случаев может оправдать судебное вмешательство даже применительно к центральным условиям договора.

При этом вполне очевидно, что в законе невозможно заранее установить некие «пороговые» значения несправедливости всех возможных договорных условий, которые свидетельствуют о «включении» презумпции наличия оснований для ограничения свободы договора. Эти «пороговые» показатели определяются путем судебной дискреции.

Но иногда выдвигается идея установить в отношении договорных условий, фиксирующих объем встречных предоставлений, такое пороговое значение непосредственно в законе. Речь конечно же идет о хорошо известной нам по обзору зарубежного права доктрине laesio enormis, согласно которой фиксируется конкретный уровень девиации договор-

ной цены от рыночной, при которой суд получает право ограничивать свободу договора.

Как мы помним, данная доктрина сейчас не признается в подавляющем большинстве стран. В юрисдикциях таких стран, как Германия, Голландия, Швейцария, Англия, США и многие другие, а также во всех актах международной унификации договорного права предполагается, что суды могут брать под своей контроль соразмерность договорной цены при ее крайней обременительности, невыгодности, признаках эксплуатации или кабальности и т.п., но никакие четкие ценовые пороги не фиксируются. Франция законодательно ввела такой четкий порог только для договоров купли-продажи недвижимости и нескольких иных видов сделок, установив, что по общему правилу несоразмерность встречных предоставлений не порочит сделку. Тем не менее в ряде юрисдикций (Австрия, Италия) такого рода пороговые ценовые значения зафиксированы законодательно и носят общий характер. При этом даже в этих странах наличие двукратного отрыва договорной цены от рыночного уровня отнюдь не означает автоматическое вторжение суда. В законодательстве Австрии в силу § 935 АГУ имеется целый ряд условий, при которых даже такой двукратный ценовой разрыв не порочит сделку (например, при доказанном наличии воли одарить контрагента в части соответствующей ценовой разницы или признаков того, что контрагент знал о реальной рыночной цене, но осознанно принял предложенную контрагентом цену). Определение наличия или присутствия таких условий требует определенного судебного усмотрения и позволяет перевести этот формат контроля из режима ex ante запрета в режим ex post контроля. В Италии же наличие двукратного ценового разрыва вовсе не предопределяет вывод суда, а является необходимым условием для того, чтобы суд в принципе начал анализировать наличие признаков кабальности сделки (ст. 1447–1448 ГК Италии).

В Энциклопедии европейского частного права от Института Макса Планка (Германия) указывается, что в настоящее время доминирующим в Европе подходом является учет явной несоразмерности цены в качестве одного из двух критериев допустимого судебного вмешательства; вторым же критерием является доказанная эксплуатация неравенства переговорных возможностей. Поэтому одного лишь факта явной несоразмерности цены «в соответствии с каким-либо более или менее произвольным фиксированным уровнем несоразмерности встречных предоставлений», за рядом исключений, считается недостаточно для оправдания судебного вмешательства[1].

[1] The Max Planck Encyclopedia of European Private Law / Ed. by J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann and A. Stier. Vol. II. 2012. P. 1030, 1031.

Соответственно даже в тех странах, которые законодательно фиксируют «пороговый» уровень несоразмерности цены, судебный контроль осуществляется скорее в формате ex post и требует той или иной степени судебного усмотрения.

Здесь возникает вопрос о целесообразности введения аналогичного ценового порога и в российском гражданском праве. Этот вопрос имеет особенный интерес в свете того, что опубликованный в 2011 г. проект реформы ГК РФ предусматривал введение доктрины laesio enormis в контексте правил о кабальности сделки. Было предложено включить в ст. 179 ГК следующее правило:

«Предполагается, поскольку не доказано иное, что сделка во всяком случае является кабальной, если цена, процентная ставка или иное предоставление, передаваемое потерпевшим, в два раза или более превосходит то, что предоставляет по сделке другая сторона».

Попытаемся оценить это предложение.

Вначале следует сделать несколько уточнений.

1. Очевидно, что авторы изменений в ст. 179 ГК имели в виду только синаллагматические договоры, опосредующие взаимный обмен экономическими благами. Соответственно данный механизм оказывается неприменим к односторонним сделкам и тем двусторонним договорам, которые не опосредуют обмен экономическими благами (например, поручительство, залог, предварительный договор, дарение, ссуда, беспроцентный заем и т.п.).

2. Идея о презумпции кабальности договоров, в которых встречные предоставления несоразмерны в два раза и более, является одной из форм реализации доктрины laesio enormis, близкой по своему техническому воплощению прусской модели и отчасти – современной квебекской модели. Если в силу Прусского земского уложения двукратный разрыв рыночной и контрактной цены влек возникновение презумпции заключения договора под влиянием заблуждения, то проект реформы ГК РФ предлагает считать этот разрыв презюмирующим кабальность сделки. В обоих случаях презюмируется недействительность при разрыве цен в два раза и более. Другим близким аналогом обсуждаемого законодательного предложения является также ст. 1406 ГК Квебека, согласно которой запрещается эксплуатация одного контрагента другим, влекущая явную диспропорцию встречных предоставлений, которая презюмирует наличие эксплуатации и соответственно порочности сделки. Квебекский вариант не фиксирует четких пороговых значений несправедливости цены, но существенная диспропорция презюмирует именно кабальность («эксплуататорский характер») сделки.

3. У экономических благ не существует никакой другой объективной стоимости кроме рыночной цены, определяемой на основе соотноше-

ния спроса и предложения, других элементов рыночной конъюнктуры и ряда психологических и культурных факторов. Соответственно когда в проекте реформы ГК РФ указывается на несоразмерность встречных предоставлений, подразумевается применение некого универсального мерила. Таким мерилом может быть только рыночная цена. По крайней мере этому учат нас современная микроэкономическая теория и большинство альтернативных экономических доктрин.

4. Цель данной новеллы вполне понятна и состоит, судя по всему, в более эффективном блокировании недобросовестных договорных практик, влекущих ущемление интересов участников оборота, не способных осуществить осознанный «рациональный выбор» в силу стечения тяжелых обстоятельств или отсутствия делового опыта, эмоциональных порывов или иных субъективных признаков «ограниченной рациональности». Предполагается, что совершение сделки с ценой, столь отличной от рыночного уровня, хотя и не повод автоматически признавать сделку недействительной, но достаточно серьезное основание объявить ее подозрительной и переложить бремя доказывания отсутствия таких факторов, как эксплуатация стечения тяжелых обстоятельств, легкомыслия, слабоволия и неопытности, на контрагента, заинтересованного в сохранении сделки. Иначе говоря, в случае, если бы такое предложение было реализовано, инструмент laesio enormis в российском праве работал бы не как ex ante запрет, а как «ex post корректор». Теоретически его применение требует судебного усмотрения, хотя и несколько более предсказуемого, чем в тех странах, в которых такие ценовые «пороги» не вводятся.

5. Из формулировки данной планируемой законодательной новеллы следует, что использовать презумпцию кабальности в отношении ситуаций, где причины существенного отклонения цен от рыночного уровня были иными и не связаны ни со стечением тяжелых обстоятельств, ни с проблемами с рациональностью граждан как участников оборота, невозможно. В отношении таких ситуаций, как, например, умышленный вывод активов из компании-должника, скупка краденого у подставной фирмы, сокрытие информации или введение в заблуждение и т.п., должны использоваться соответствующие специальные основания для оспаривания, закрепленные в ГК или иных законах (например, нормы о введении в заблуждение, об оспаривании сделок, заключенных в предбанкротный период, и т.п.). Иначе говоря, эта новелла интегрировала бы в наше законодательство инструмент именно патерналистской ex post коррекции договорной свободы.

6. Согласно данному правилу, стоит только суду определить, что цена сделки отличается от рыночной в два раза и более, бремя доказывания отсутствия стечения тяжелых обстоятельств и иных процедурных

признаков кабальности перекладывается на сторону, заинтересованную в сохранении договора в силе. Это следует из того, что законодатель использует метод установления законодательной презумпции. В силу состязательности процесса этот метод означает возложение бремени доказывания обратного на того, против кого данная презумпция установлена.

Нет никаких сомнений в том, что такая новелла, безусловно, упростила бы судам применение ст. 179 ГК и увеличила бы шансы на то, что сделка, которая с точки зрения политики права должна быть заблокирована или скорректирована судом по причине кабальности, подпадет под соответствующее ограничение.

Несмотря на это, данная новелла вызывает серьезные сомнения.

Во-первых, возникает вопрос о том, как она может применяться в отношении двусторонних договоров, предметом которых являются блага, установление рыночных цен которых затруднено или попросту невозможно? Как уже отмечалось, единственная объективная величина, с которой можно соизмерять цену конкретного договора, это рыночная цена. Но рыночная цена существует далеко не на все блага. Это особенно характерно для продажи уникальных объектов, таких, например, как произведения искусства или контрольные пакеты акций (доли участия) крупных непубличных компаний и других нетипизированных объектов.

Например, в отсутствие оборота акций на фондовых рынках оценки таких активов могут осуществляться по различным методикам, каждая из которых может давать результаты, расходящиеся в несколько раз. Но тот же по сути вопрос возникает и применительно к акциям публичных компаний. Зачастую сделки по приобретению корпоративного контроля осуществляются по ценам, которые значительно отличаются от стоимости компании, определяемой на основе стоимости ее размещенных акций (так называемая премия к рынку, которая в России иногда превышает 50%). Это может быть связано с тем, что покупатель определяет для себя ценность одной акции значительно выше ее рыночной стоимости в случае приобретения контрольного пакета, рассчитывает на значительный эффект синергии нового и уже имеющихся активов, предполагает, что в результате полученного контроля он сможет реструктуризировать бизнес и продать его по частям со значительной выгодой или имеет иные экономически обоснованные соображения ценить потенциальный предмет покупки выше, чем отдельные спекулянты на фондовой бирже оценивают небольшие пакеты акций, находящихся в свободном обращении. Наконец, котировки акций на фондовой бирже являются в принципе крайне приблизительным показателем объективной стоимости компании в целом и из-за общей волатильности рынка. На конкретный момент времени рыночная стоимость обращаемых на фондовом рынке акций может резко упасть из-за

абсолютно не связанных с деятельностью компании внешних факторов (например, из-за изменения учетной ставки ФРС США). В принципе нет ничего невероятного в том, что рыночная цена одной акции может оказаться отличающейся от той, которая заложена в цене сделки, более чем в два раза.

Кроме того, определение рыночных цен оказывается крайне затруднительным применительно к договорам на оказание услуг, приобретению интеллектуальных прав, опционных договорам, договорам купли-продажи прав требования с дисконтом и многим другим возмездным сделкам, в которых предмет обмена не стандартизирован, а цены оказываются теснейшим образом связаны с предусмотренной в договоре и, как правило, уникальной структурой прав и обязанностей, субъективной оценкой рисков, синергетического эффекта, феномена деловой репутации и иных факторов. Как суд может определить рыночную цену на оказание юридических и консалтинговых услуг по ведению крупного внешнеэкономического спора, структурированию размещения облигаций или сопровождению приватизации государственных активов, если не существует двух таких договоров с одинаковой структурой прав и обязанностей? Как определить рыночный уровень дисконта при приобретении коллекторским агентством у банка «пакета» дебиторской задолженности? Как можно определить, является ли рыночной та компенсация, которую получает оферент за обещание не отзывать оферту в течение года по опционному договору? Мыслимо ли оценивать на соответствие некому рыночному уровню гонорар какой-то конкретной звезды киноэкрана?

Например, можно задаться вопросом: какова рыночная цена на принадлежащее малому предприятию доменное имя, в котором оказывается крайне заинтересованной крупная зарубежная корпорация? Представим, что одному небольшому фотоателье принадлежит доменное имя, соответствующее ее фирменному наименованию. Одновременно один из крупных автомобильных заводов решает выпустить в продажу автомобиль под одноименным брендом и в рамках маркетинговой компании решает создать отдельный сайт для продвижения новой марки. Узнав о том, что желанное доменное имя занято, завод выходит с предложением к владельцам фотоателье о продаже доменного имени. Какова справедливая цена такой сделки, с которой суд может соизмерять договорную цену? Может ли она существовать в принципе, если рынка оборота именно этого доменного имени не существует, а сравнивать цену договора со средними по рынку ценами на доменные имена бессмысленно, так как стоимость имени www.abvgd1234.ru будет отличаться от стоимости доменного имени www.yandex.ru в миллионы раз? В конечном счете сделка будет наверняка совершена, и ее цена будет

настолько высокой, чтобы соблазнить фотоателье, но при этом достаточно низкой для того, чтобы завод не посчитал более выгодной другую маркетинговую стратегию. Если бы такие сделки были поставлены под презумпцию оспоримости в зависимости от результатов неких спекулятивных оценок соразмерности встречных предоставлений, это бы создавало труднопрогнозируемые риски и препятствовало бы осуществлению взаимовыгодных сделок. В этом случае, если руководитель фотоателье после заключения договора решит его оспорить (например, посчитав, что продешевил) и при этом мифический справедливый ориентир, каким-то чудесным образом возникший в сознании суда, все-таки будет отличаться от цены контракта в два раза и более, возникнет серьезный риск аннулирования договора.

Во всех подобных случаях проблема с определением рыночной цены либо вовсе неразрешима, либо же попытка ее установления в суде может приводить к спекулятивным утверждениям или бесконечной череде экспертиз, каждая из которых может давать различающиеся в разы результаты. При этом от установления рыночной цены при оспаривании таких договоров будет зависеть применение или неприменение презумпции недействительности. Так как заранее предугадать результаты таких экспертиз будет зачастую невозможно, положение сторон таких договоров будет ненадежным и непредсказуемым без всякого на то основания.

Соответственно даже тогда, когда мы в качестве некого объективного мерила несоразмерности цены берем рыночный уровень цен, следует отдавать себе отчет в тех сложностях, которые сопровождают процесс его установления. Во многих случаях никакого иного более или менее надежного критерия ценности некого блага кроме той закрепленной в договоре цены, которую готов оплатить покупатель и готов принять продавец, не существует. Фиксация цены в контракте раскрывает предпочтения сторон и позволяет относительно уверенно положиться на Парето-улучшающий статус трансакции как минимум в части согласованной цены. Отвергая эту выявленную ценность в пользу ее рыночного уровня, мы часто оказываемся в зоне абсолютной неопределенности и спекулятивных гаданий.

Эта проблема, судя по всему, не настолько остра, чтобы право априори отказалось допускать возможность определения справедливости цены по ее соотношению с рыночным уровнем, но она посылает нам серьезный сигнал о том, что если право желает избегать избыточной дестабилизации рыночных процессов, такой ценовой контроль ни в коем случае нельзя пытаться механизировать или считать простым в применении. Введение презумпции недействительности сделки при двукратном ценовом разрыве пытается механизировать процесс судебного контроля

и делает определение рыночной цены необходимым и решающим фактором, не учитывая ту неопределенность, с которой во многих случаях сопряжено выявление рыночного уровня цен.

В этой связи есть основания предполагать, что установление в норме четкого «порогового» значения, за которым сделка презюмируется кабальной, может стимулировать недобросовестных участников оборота к активному оспариванию крупных контрактов с нестандартизированным предметом со ссылкой на несоразмерность встречных предоставлений, ошибки при определении рыночных цен, а следовательно, привести к избыточному патернализму и дестабилизации оборота.

Во-вторых, даже тогда, когда рыночная цена блага может быть более или менее четко определена, отнюдь не всегда двукратный ценовой разрыв может представлять собой некую несправедливость. Согласие на такую цену может быть вызвано массой вполне экономически оправданных соображений (например, ожиданием резкого падения или роста рыночной цены, отсутствием времени на поиск контрагента, готового согласиться на рыночную цену, срочной потребностью в деньгах или неком активе). Кроме того, нельзя исключать, что двусторонняя сделка будет подразумевать значительную девиацию цены от рыночного уровня в силу воли одной из сторон одарить другую в части соответствующей ценовой разницы.

Приведем такой пример. Допустим, человек решил в силу личной симпатии к своему другу продать ему свою машину за треть цены. Впоследствии друзья поссорились, и продавец решил оспорить договор со ссылкой на кабальность сделки. В рамках предлагаемой новеллы продавцу будет достаточно доказать то, что цена отличалась от рыночной более чем в два раза. В этом случае кабальность будет предполагаться.

Как мы видели, австрийское законодательство предусматривает целый ряд исключений из общего правила о недействительности договора с двукратным разрывом между рыночной и контрактной ценой, среди которых и наличие воли сторон на заключение возмездного договора с элементами дарения, и доказательство сознательного отступления сторон от рыночного уровня цен, и целый ряд иных исключений. Предложение по введению презумпции кабальности при двукратном ценовом разрыве, не предусматривающее всех этих исключений и нюансов, может без достаточных оснований ограничить конституционно признанный принцип свободы экономической деятельности и свободы договора в частности.

В-третьих, сама логика введения презумпции предполагает, что в таких случаях контрагент, заинтересованный в сохранении свободы договора, докажет в суде отсутствие признаков кабальности, и избыточного патернализма можно будет избежать. Но в реальности во многих случаях преодолеть презумпцию будет крайне сложно.

Как и любая презумпция в праве, правило о презумпции кабальности сделки при двукратном ценовом разрыве обладает значительным эффектом статус-кво (endowment effect). Опровержение презумпции требует неких интеллектуальных усилий и проявления интенсивного судебного усмотрения. Среднестатистический судья первой инстанции, как правило, сориентирован на то, чтобы открытого судебного усмотрения не демонстрировать и по возможности механически исполнять требования позитивного права. Первое требует времени, взвешенной оценки различных экономических и иных обстоятельств, понимания принципов организации и практики функционирования рыночной экономики и отражения всех этих обстоятельств в судебном решении. Второе же позволяет спокойно положиться на некое простое правило и избежать погружения в разбор деталей конкретного спора. Соответственно судья при прочих равных условиях будет предрасположен придерживаться закрепленного в виде презумпции кабальности статус-кво, если будет зафиксировано наличие формального условия для применения данной презумпции – двукратного ценового разрыва. Поэтому стороне, заинтересованной в сохранении сделки, придется предпринять некие сверхусилия для того, чтобы подвигнуть суд отойти от простой и четкой законодательной презумпции и привлечь его внимание к обстоятельствам конкретного спора.

Но тут возникает другая проблема, которая связана с тем, что переложение бремени доказывания отсутствия признаков кабальности (стечения тяжелых обстоятельств, слабоволия, легкомыслия и неопытности) на контрагента, заинтересованного в сохранении сделки, будет означать, что этот контрагент будет вынужден предъявлять в суд доказательства того, что другая сторона при заключении сделки не испытывала нужду, не была легкомысленна, слабовольна или неопытна. Даже если отбросить вопрос о том, что отрицательные факты практически невозможно доказать, нетрудно убедиться в том, что предъявить доказательства, достаточно убедительные для преодоления данной презумпции, будет крайне сложно из-за того, что вся релевантная информация такой стороне недоступна, так как касается характеристик другого контрагента. Если сейчас в рамках применения действующего режима ст. 179 ГК РФ сторона, столкнувшаяся со стечением тяжелых обстоятельств, испытывает сложности в доказывании наличия этого признака кабальности, легко представить, насколько это будет сложно сделать контрагенту, такой информацией вовсе не владеющей. В результате можно предположить, что как минимум в ряде случаев опровергнуть презумпцию там, где для ограничения свободы договора в реальности нет оснований, не удастся и суд будет механически применять установленную законодателем пропорцию laesio enormis. Причем исходя из идеи этой

законодательной реформы суд будет применять тот же подход и к сугубо коммерческим договорам.

Так, например, в нашем вышеприведенном примере с продажей автомобиля по заниженной цене именно несчастному покупателю придется доказывать, что сделка не была заключена продавцом вследствие стечения тяжелых обстоятельств, легкомыслия, неопытности или слабоволия, а также то, что покупатель никоим образом не воспользовался этими проблемами. Доказать это покупателю будет, очевидно, достаточно сложно, так как вся релевантная информация относится лично к продавцу и покупателю попросту недоступна. Если же покупатель не сможет доказать отсутствие признаков кабальности, состязательность процесса будет вынуждать суд признать презумпцию неопровергнутой, а сделку – кабальной.

Иначе говоря, перенос бремени доказывания может облегчить положение стороны, заинтересованной в оспаривании договора, настолько, что это может существенно дестабилизировать оборот. Будет достаточно нескольких успешных оспариваний крупных договоров, чтобы суды оказались захлестнуты валом судебным исков об оспаривании договоров из-за двукратного ценового разрыва. В судебных процессах будут расцветать спекуляции на тему рыночных цен и необъективные экспертные заключения. Ведь достаточно будет доказать двукратный ценовой разрыв, чтобы в силу презумпции сделка предполагалась бы недействительной с туманными перспективами опровержения данной презумпции. Соответственно все усилия сторон будут брошены не на доказывание основных факторов кабальности (например, стечения тяжелых обстоятельств), а на споры о рыночном уровне цен.

В-четвертых, на волне таких споров обострится другая проблема – отсутствие у многих судей необходимого уровня экономических знаний для уверенной ориентации в сложнейших вопросах ценообразования. Мало кто из судей знаком с основами современной микроэкономики. Думается, мы не ошибемся, если предположим, что многие судьи имеют крайне поверхностные представления о теории ценообразования, роли свободных цен, закономерностях спроса и предложения. Нет никаких гарантий, в частности, что суды при определении соразмерности цены, столкнувшись со сложностями в определении рыночной цены, не начнут запрашивать у контрагентов данные о себестоимости и издержках для оценки «справедливости» наценки.

Тот факт, что многие случаи ошибочного срабатывания этой презумпции могут быть исправлены на уровне высших судов, мало что меняет. Предпринимателей, заключающих сложные и нестандартные контракты по российскому праву, интересуют прежде всего риски. Риски оспаривания контрактов по причине несоразмерности цены в совокуп-

ности с массой иных рисков ухудшают и без того не блестящий российский регулятивный режим, лишая его тех качеств, которые необходимы для развития оборота – стабильности и уважения к свободе договора.

Как мы видим, формирование презумпции кабальности при превышении договорной ценой четко зафиксированного в законодательстве ценового порога чревато повышением рисков избыточного контроля. Иначе говоря, эта мера приводит к увеличению вероятности «ошибок первого типа» (неоправданно широкой сфере действия соответствующего ограничения). Но здесь стоит вспомнить, что проблематичность судебного контроля справедливости договорных цен, вызванная сложностями в доказывании политико-правовых оснований допустимого патернализма (например, процедурных признаков кабальности) в рамках действующего законодательства, также является проблемой и провоцирует «ошибки второго типа» (недостаточной эффективности контрольного механизма). Соответственно оба варианта имеют свои издержки и могут порождать ошибки. Почему же мы считаем, что вариант с введением laesio enormis оказывается менее предпочтительным?

При ответе на подобные вопросы важную роль играет относительная точность наших представлений о реальной распространенности тех или иных явлений. В контексте данной проблемы многое зависит от того, признаем ли мы, что в реальности большинство двусторонних сделок с ценой, отличающейся от рыночной в два раза и более, являются по тем или иным причинам порочными (например, вызваны недобросовестной эксплуатацией неопытности контрагента или иных слабостей его переговорных позиций), или не признаем. Если да, то в абсолютном исчислении издержки «ошибок первого типа» (избыточного контроля) при введении laesio enormis окажутся меньше, чем издержки «ошибок второго типа» (недостаточного контроля), имеющиеся сейчас при отсутствии такой новации. Если же мы считаем, что большинство таких сделок вполне «здоровы» и не заслуживают ограничения, то издержки «ошибок первого типа» при введении laesio enormis значительно перевешивают издержки «ошибок второго типа» в существующем законодательном режиме. Если такое восприятие реального экономического оборота верно, то при введении laesio enormis случаи избыточного патернализма будут встречаться гораздо чаще, чем случаи недостаточного патернализма в сегодняшней судебной практике.

Допустим, что в обороте в год заключается 1000 сделок по ценам, отличающимся от рыночного уровня в два раза и более. Вообразим, что все эти сделки оказались предметом судебных разбирательств. Разумно предположить, что только максимум в 10% случаев (100 сделок) рыночная цена может быть достаточно достоверно установлена, а при этом сам ценовой разрыв является следствием неких злоупотреблений,

которые правовая система должна пресекать, но которые невозможно установить в суде посредством прямого доказывания наличия признаков кабальности. В то же время в остальных сделках (900) либо рыночная цена не может быть достаточно четко определена, либо ценовой разрыв имеет свои экономические или иные уважительные обоснования. Допустим также, что риск ошибочного признания судом первой инстанции договора недействительным (ложного осуждения сделки в силу неспособности стороны, заинтересованной в сохранении договора, представить доказательства, опровергающие презумпцию, а также в силу ошибок при оценке рыночной стоимости) равен 50%, в то время как риск ошибочного преодоления презумпции равен 10%. С учетом законодательной фиксации презумпции и крайне редкой практики опровержения иных подобных законодательных презумпций судами первой инстанции это соотношение кажется обоснованным. В результате из 100 действительно «плохих» сделок выявлены и пресечены будут 90 сделок, а ошибочно пропущены судом лишь 10 сделок. Это достаточно высокий уровень точности контроля. Очевидно, что в случае отсутствия laesio enormis из этих 100 «плохих» сделок суды смогли бы заблокировать всего одну-две сделки.

Но здесь следует взглянуть и на цену, за которую правовая система покупает это повышение эффективности контроля «плохих» сделок. Ведь, как мы помним, в нашей модели 900 из 1000 сделок являются «хорошими». С учетом введенного выше процента вероятности судебных ошибок в отношении этих 900 «хороших» сделок суды ошибочно оспорят 450 контрактов, справедливо преодолев презумпцию в остальных 450 случаях. В итоге ради предотвращения реальных злоупотреблений применительно к 90 сделкам мы обрекаем контрагентов 450 сделок на значительные потери от срыва их контракта.

Понятно, что проведенный расчет носит условный характер и многое меняется при изменении исходных прогнозов в отношении распространенности «плохих» сделок и риска судебной ошибки. Например, если допустить, что риски ложного осуждения сделки существенно ниже и равны всего 10%, или предположить, что в реальности пропорция «плохих» сделок из условной 1000 сделок равна не 10%, а 50%, то наша условная оценка регулирующего воздействия предлагаемой нормы серьезно изменится. Количество ложных осуждений окажется меньше количества пресеченных злоупотреблений.

Но думается, что наш прогноз в отношении пропорции «плохих» сделок и рисков ошибочного применения презумпции laesio enormis более правдоподобен.

Кроме того, социальные издержки введения такой презумпции масштабируются также и за счет трудно калькулируемых косвенных издер-

жек, связанных с тем, что высокие риски ложного оспаривания могут блокировать или затруднять ex ante заключение сделок с предметом, рыночная оценка которого может вызывать затруднения (интеллектуальная собственность, отчуждение корпоративного контроля, спонсорские контракты и т.п.). Сторонам придется принять во внимание соответствующие риски, уводя контракты под иностранные юрисдикции, где вероятность оспаривания ниже, переводя часть цены «под стол» или просто воздерживаясь от заключения договора (в силу того, что цена, при которой риски оспаривания исчезают, не устраивает контрагентов). Все это усиливает негативное воздействие подобной новеллы.

Соответственно фиксация в законе данного «порогового» показателя, за которым сделка презюмируется недействительной, явно является избыточной реакцией на проблему с доказыванием стороной, заинтересованной в оспаривании договора, признаков кабальности. Те выгоды, которые правовая система в целом получает от усиления процента выявленных и пресеченных в суде злоупотреблений за счет введения четкого ценового порога, на наш взгляд, перевешиваются теми издержками, которые возникнут за счет ложного срабатывания данного механизма ограничения свободы договора в случаях, когда реальных оснований для судебного вмешательства нет.

Осознание этих проблем привело большинство западных правопорядков к отказу от laesio enormis и переходу к более гибким инструментам контроля справедливости цены (нормы об эксплуатационных или кабальных договорах в ГК Квебека, ГГУ, Принципах УНИДРУА и т.п.). Этот же подход оправдан и в контексте российского права.

Для оживления практики применения правил о кабальности гораздо более разумным было бы обобщение высшими судами практики применения данной статьи с выделением тех критериев, которые могут быть учтены судом при признании сделки кабальной. Причем среди таких критериев можно указать и на значительное отличие цены договора от рыночного уровня, по крайней мере там, где рыночный уровень в принципе может быть установлен. Если этот фактор имеет статус «одного из» и не вводит презумпцию кабальности при нарушении некой ценовой пропорции, он вполне может быть признан в качестве релевантного при оценке кабальности сделки. Это означает, что суд может принять данное обстоятельство в расчет, сопоставив его с иными обстоятельствами (возможной волей одарить в части ценовой разницы, возможными неточностями в оценке рыночной цены и т.п.). Остается только надеяться, что к этому предложению российский законодатель и суды прислушаются.

Устранение презумпции кабальности при двукратном ценовом разрыве может показаться технической мелочью. Но в реальности это снимет остроту вышеобозначенных проблем с определением несоразмерно-

сти. Суды не получат сигнал аннулировать все сделки с ценами, отличающимися от рыночных в два раза и более. Бремя доказывания ляжет на того, кто в состоянии доказать стечение тяжелых обстоятельств или свою неопытность, слабоволие или легкомыслие, – на том контрагенте, у которого такие обстоятельства сложились. Соответственно стимулов к недобросовестному оспариванию заключенных договоров будет намного меньше.

Но то, что мы отвергаем такой вариант презумпции кабальности, который связан с установлением в законе фиксированного критерия несправедливости цены, не означает исключения самой возможности судебного контроля цены договора. При достоверном определении рыночного уровня цен, выявлении крайне существенного расхождения этого уровня и договорной цены и предъявлении стороной, заинтересованной в оспаривании договора, убедительных аргументов, доказывающих наличие политико-правовых оснований для судебного вмешательства (например, наличие признаков кабальности), суд может оценить справедливость договорной цены.

Более того, как уже отмечалось, при особенно вопиющем отрыве договорной цены от рыночного уровня и отсутствии доказательств наличия признаков кабальности суды могут использовать в формате экстраординарного контроля принцип недопустимости злоупотребления правом (ст. 10 ГК). Причем в этом случае суды могут исходить из того, что вопиющая несправедливость цены презюмирует наличие у ограничения свободы договора политико-правовых оснований (например, недобросовестная эксплуатация неравенства переговорных возможностей). Но этот уровень явно должен быть больше, чем двукратный разрыв. Для применения данной презумпции на основании ст. 10 ГК несправедливость цены должна быть очевидной для всех и каждого, должна «шокировать совесть». Вряд ли различие договорной и рыночной цен в два раза соответствует этому критерию.

Допустим, на рынке сложилась цена домов, аналогичных тому, что собирается продать некий продавец, и эта рыночная цена составляет 1 млн дол., но на то, чтобы найти покупателя на дом по такой цене, необходимо несколько месяцев. Тот факт, что продавец, резко нуждающийся в деньгах, решает продать дом за полцены, еще не основание презюмировать сделку кабальной и с большой вероятностью подводить ее под режим недействительности. Но когда такой дом продается за 10 тыс. дол., ценовой разрыв становится настолько вопиющим, что суды вполне могли бы применить здесь презумпцию недействительности и переложить бремя доказывания.

Соответственно нет никаких оснований фиксировать какие-либо четкие «пороги» в законодательстве. Они всегда будут достаточно про-

извольны и малоубедительны. Уровень несправедливости цены, необходимый для «включения» презумпции, может зависеть от конкретных обстоятельств дела и должен быть оставлен на усмотрение судов. Как мы показали, в большинстве развитых стран эти вопросы решаются на уровне судебной практики. В России суды могут находить соответствующее «пороговое» значение договорной цены, используя для этих целей принцип недопустимости злоупотребления правом (ст. 10 ГК).

В этих условиях остается надеяться на то, что соответствующее предложение об интеграции четкого «порога» кабальности цены в рамки ст. 179 ГК будет отвергнуто законодателем[1].

В принципе то, что было выше отмечено применительно к справедливости цены, относится и к иным центральным условиям договора (например, к фиксации наименования и количеству товара, характеру оказываемых услуг, объему обязательств поручителя и т.п.). В некоторых случаях такого рода условия также могут быть явно несправедливыми и заслуживать ограничения. При этом такие условия могут быть предметом судебного контроля на основании ст. 428 или 179 ГК тогда, когда заинтересованная в оспаривании договора сторона докажет наличие ярко выраженных оснований для патерналистского ограничения свободы договора. В то же время в случае, когда соответствующее договорное условие носит вопиюще несправедливый характер, суд может применить ст. 10 ГК и презюмировать наличие таких оснований, перекладывая бремя доказывания обратного на другого контрагента. При этом нет никакого смысла фиксировать в законе некие четкие «пороги» несправедливости таких условий, за которыми суд получает право применить ст. 10 ГК.

Примеры периферийных условий, подлежащих судебному контролю

Для более наглядной демонстрации того, как функционирует и как может функционировать система судебного контроля справедливости договорных условий, было бы не лишним попытаться выделить те периферийные условия, которые являются наиболее вероятными кандидатами на такой контроль.

В целом среди условий, которые прежде всего могут оказаться под судебным ex post контролем справедливости, можно выделить как минимум четыре группы.

Во-первых, условия договора, регулирующие порядок применения санкций за нарушение договора. Такие условия очень часто выступают

[1] Как уже отмечалось, есть основания считать, что laesio enormis в ГК РФ интегрирована не будет. По крайней мере в тексте законопроекта, внесенного в Госдуму РФ, эта новелла отсутствует.

предметом ex post контроля справедливости в зарубежных правопорядках. Сторона, против которой такие условия потенциально направлены, обычно не уделяет им должного внимания на стадии заключения договора в силу феномена сверхоптимизма. Соответственно теория рационального выбора применительно к таким условиям действительно часто дает сбои. Когда этот фактор совпадает еще и с несопоставимостью переговорных возможностей, сила давления на свободу договора со стороны судов становится достаточно высокой.

Можно привести несколько примеров таких условий:

а) условия, устанавливающие исключительно виновную ответственность предпринимателя, который по общему правилу освобождается от ответственности только в случае непреодолимой силы (ст. 401 ГК РФ), или конкретизирующие обстоятельства, освобождающие такую сторону от ответственности (например, предусматривают освобождение от ответственности в случае, когда нарушение вызвано поведением третьих лиц). Российский ГК (ст. 401) не исключает, а судебная практика признает допустимыми некоторые подобные оговорки об изменении диспозитивного режима оснований освобождения от ответственности предпринимателя[1], что не исключает, однако, возможности их признания несправедливыми судом ex post;

б) условия, которые исключают или ограничивают взыскание убытков, причиненных нарушением договора. Здесь стоит напомнить, что нормы ГК РФ (ст. 15, 394, 400) предоставляют сторонам достаточно широкий простор для установления в договоре ограничений в отношении возможностей кредитора по взысканию убытков (верхние «пороги» взыскания, порядок расчета взыскиваемых убытков и т.п.). Но в ряде случаев такие условия могут быть явно несправедливы. В силу эффекта сверхоптимизма и недооценки низковероятных рисков (особенно в сочетании с ситуацией неравенства переговорных возможностей) стороны могут соглашаться на крайне нерациональные и несправедливые условия. В этом случае на помощь стороне, чьи интересы такое условие существенно нарушает, может прийти судебный контроль справедливости;

в) условия, устанавливающие иные формы договорных санкций. Например, здесь в качестве примеров можно привести условия о начислении процентов на проценты (сложные проценты) при просрочке исполнения денежного обязательства; о переводе покупателя с постоплаты на предоплату при просрочке в оплате очередной партии товара; о предоставлении кредитору права на отказ от договора или досрочное истребование кредита независимо от существенности произошедшего нарушения (за малейшее нарушение); о предоставлении кредитору пра-

[1] Постановление Президиума ВАС РФ от 7 июля 1998 г. № 6839/97.

ва приостановить исполнение своего основного обязательства (например, по поставке товара) при просрочке, допущенной должником в отношении своего дополнительного обязательства (например, по уплате пени за допущенную просрочку в оплате товаров, поставленных в предыдущий период), и др.

Во-вторых, ко второй группе условий, претендующих на то, чтобы стать предметом судебного ex post контроля, можно отнести условия, которые определяют различные варианты развития динамики договорных правоотношений при наступлении тех или иных обстоятельств.

В качестве примеров можно привести следующие условия:

а) условия, предоставляющие одной из сторон право на одностороннее изменение или отказ от договора вне связи с каким-либо его нарушением. Такие условия могут устанавливать ничем не ограниченное право контрагента на изменение или отказ от договора либо привязывать возникновение такого права к возникновению тех или иных отлагательных условий (например, ухудшение финансового положения заемщика или утрата им работы – в договоре кредита). Такие права в случае из реализации могут привести к тому, что другая сторона не получит то, что разумно ожидала от договора в момент его заключения, и договор в результате не повлечет улучшение по Парето. Многие такие условия объединяет то, что они предоставляют стороне некоторую свободу при определении судьбы договора и порядка взаимодействия. Другой стороне «предлагается» путем подписания договора, содержащего данное условие (либо отсылку к нему), заранее согласиться с подобной дискрецией. Формально подобного рода условия соответствуют положениям п. 3 ст. 450 ГК РФ и в принципе не должны жестко запрещаться, особенно тогда, когда речь идет о сугубо коммерческих договорах[1]. Но вполне очевидно, что в ряде случаев такие условия могут носить достаточно несправедливый характер и подлежать блокированию ex post судами;

б) условия, дающие одной из сторон договора дискрецию по одностороннему определению условий договора. Такого рода конструкция в общих нормах российского ГК не поименована, но в реальной договорной практике бывает востребована (например, договоры поставки товара согласно ассортименту и объему, определяемым по заявкам покупателя). Тем не менее очевидно, что иногда такие условия могут заслуживать пристального судебного контроля;

[1] Здесь, правда, следует иметь в виду, что в российском праве некоторые подобные оговорки могут быть признаны незаконными со ссылкой на ст. 310 ГК, которая недвусмысленно запрещает оговаривать в договоре условия об одностороннем изменении или отказе от обязательства, если в договоре участвует хотя бы один контрагент, не являющийся предпринимателем.

в) условия о допустимости перевода должником своего долга на любое лицо по своему выбору, которые могут быть расценены как заранее выраженное согласие кредитора на замену должника. Такие условия вряд ли стоит жестко запрещать ex ante, тем не менее очевидно, что они могут представлять достаточную опасность интересам кредитора. При реализации такой опции должником кредитор может потерять какие-либо шансы на получение исполнения в силу того, что лицо, на которого должник перевел долг, может оказаться неплатежеспособным. В некоторых случаях такие условия могут подпасть под судебный контроль справедливости;

г) некоторые виды отлагательных или отменительных условий, т.е. условий, наступление которых влечет возникновение или прекращение договорных правоотношений;

д) условия, ограничивающие применение принципа недопустимости неосновательного обогащения в случае досрочного прекращения договора (например, о невозможности возврата уплаченного, но не освоенного аванса).

В-третьих, стоит выделить условия, возлагающие на присоединившуюся сторону дополнительные явно обременительные обязательства или ограничения, особенно тогда, когда ущерб от таких условий отсрочен и (или) не предопределен. Так, можно в качестве примеров привести следующие подобные условия:

а) условия, возлагающие на должника чрезмерно обременительные обеспечительные обязательства (например, одновременное предоставление залога, поручительства и банковской гарантии). Иногда подобное «сверхобеспечение» (over-security) может быть признано судом явно несправедливым;

б) некоторые не подпадающие под антимонопольный контроль ограничительные условия об эксклюзивности (например, запрещающие закупку товаров у конкурентов);

в) условия, избыточно ограничивающие экономическую и личную свободу контрагента (например, запрещающие покупателю товара его какое-либо использование или распоряжение им).

В-четвертых, потенциальными объектами судебного контроля справедливости часто являются условия договора, регламентирующие порядок рассмотрения споров. К ним могут, в частности, относиться следующие условия:

а) условия, устанавливающие сложный и дорогостоящий претензионный порядок урегулирования спора (необходимость проведения экспертиз за свой счет, обязательность присутствия определенных должностных лиц компании, длительный срок ответа на претензию и т.д.);

б) условия договоров об установлении договорной подсудности спора, третейской или арбитражной оговорки. Если лишение потребителя

права выбора альтернативной подсудности спора путем установления в договоре подсудности по месту нахождения его контрагента в настоящее время признано недопустимым и противоречащим законодательству о защите прав потребителей[1], а включение третейской оговорки в договор присоединения прямо запрещено ex ante в п. 3 ст. 5 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», то в остальных случаях злоупотребления свободой договора для определения договорной подсудности, третейской или арбитражной процедур рассмотрения споров суд может взять справедливость таких условий под контроль.

Перечисляя все вышеуказанные примеры возможных договорных условий, которые могут стать предметом судебного ex post контроля, мы отнюдь не пытались сформулировать исчерпывающий перечень контролируемых условий и ни в коей мере не предрешали соответствующие выводы судов в отношении тех условий, которые в наш список попали. Наша задача состояла в том, чтобы на примерах показать, какие условия могут быть наиболее вероятными объектами судебного контроля. Многие из указанных условий могут оказаться вполне допустимыми с учетом конкретных обстоятельств.

Более того, вышеприведенный список не претендует даже на то, чтобы выступать в качестве наброска аналога европейского «серого» списка условий, признание которых несправедливыми возможно с учетом обстоятельств конкретного спора. Сама идея выработки таких «серых» списков представляется вполне разумной. Но мы не предлагаем спешить с таким шагом до тех пор, пока не накопится достаточно обширная судебная практика применения ст. 10, 179 и 428 ГК РФ в целях контроля справедливости договорных условий. Пока такой практики крайне мало, чтобы на ее основе начинать составлять какие-то списки для включения в законодательство.

Важность контекста

Ранее, в сравнительно-правовой части настоящей главы, мы уже подробно останавливались на недостатках абстрактной модели определения несправедливости договорных условий. Эти недостатки, как мы помним, были осознанны в большинстве западных правопорядков, что привело к повсеместному возвышению контекст-ориентированного подхода. Мы считаем такой подход наиболее оптимальным.

В принципе мы не исключаем того, что высший суд может некое условие признать недействительным априори на основании общей нормы ст. 10 ГК и не включить в ratio decedendi решения какие-либо до-

[1] Постановление ВАС РФ от 2 марта 2010 г. № 7171/09.

полнительные контекстуальные уточнения (например, потребительский характер договора, неравенство переговорных возможностей и т.п.). Экстраординарный формат судебного контроля, сопряженный с применением ст. 10 ГК, такую возможность допускает.

Но намного более нормальным является вариант, при котором суд оценивает справедливость условия в контексте всех обстоятельств дела, выделяет те обстоятельства, которые имеют решающее значение для введения ограничения свободы договора, и прямо обусловливает ими свое решение.

Ранее принятый в Германии абстрактный подход к изолированной оценке отдельно взятого условия в отрыве от цены договора и всего комплекса договорных условий и других факторов представляется недостаточно гибким. Он, безусловно, упрощает формирование четких прецедентов, так как фиксация в практике высших судов несправедливости какого-то конкретного условия в отрыве от контекста заключения конкретного договора позволяет нижестоящим судам проще выявлять ratio decedendi данного решения и механически применять его в других делах, где оспариваются аналогичные условия. Тем не менее такой подход лишает судебную практику необходимой гибкости и способствует распространению избыточного патернализма. Если, например, высший суд, рассматривая спор о справедливости условия о праве на отказ от договора при малейшем его нарушении потребителем, в контексте конкретных обстоятельств дела признает это условие несправедливым, не уточняя, что данный вывод обусловлен не только самим характером условия, но и иными специфическими обстоятельствами (например, потребительским характером договора, отсутствием «зеркальных» прав на отказ от договора у потребителя и т.п.), то нижестоящие суды могут начать применять это же ограничение к случаям, когда подобное условие может быть вполне допустимым с точки зрения политики права (например, при заключении сугубо коммерческого контракта поставки товара).

Поэтому мы соглашаемся с тем, что анализ справедливости договорных условий должен быть преимущественно контекст-ориентированным, а ratio decedendi судебных решений и решений высших судов, в частности, должен содержать детальные ссылки на все те факторы, сочетание которых способствовало признанию конкретного условия несправедливым. Такого рода решения также будут носить прецедентный характер. Но нижестоящим судам при определении аналогичности спора необходимо проводить сопоставление не только самого условия, затронутого в соответствующем прецеденте и рассматриваемом ими споре, но и сравнивать наличие в материалах рассматриваемого дела тех же существенных факторов, которые приведены в прецеден-

те в качестве аргументов в пользу признания условия договора несправедливым. Если некоторые из таких факторов отсутствуют (например, в отличие от прецедентного решения в рассматриваемом споре условие навязано не потребителю, а малому предпринимателю), суд должен принять во внимание такое отличие при анализе справедливости условия. Если отличие носит существенный характер, это позволяет суду вывести рассматриваемый спор из-под действия ratio decedendi прецедента и решить вопрос на основании самостоятельной оценки справедливости спорного условия.

При использовании этого базового контекст-ориентированного подхода суду следует среди прочего обращать внимание на следующие факторы:

1) коммерческий или некоммерческий (в том числе потребительский) статус контрагентов. Это крайне важно, так как те просчеты в оценке договорных условий, которые могут быть простительны гражданину-потребителю, по общему правилу не должны быть простительны предпринимателю, несущему в силу самого своего статуса соответствующие риски;

2) неравенство переговорных возможностей сторон, о котором уже достаточно подробно писалось выше;

3) степень отклонения договорного условия от того, что предписывается диспозитивной нормой. Как уже отмечалось, чем дальше условие договора «ушло» от предписаний диспозитивной нормы или их совокупности, тем больше вероятность того, что оно может оказаться несправедливым. Как отмечают французские ученые, «с помощью диспозитивных норм законодатель принимает во внимание не только вероятную волю заинтересованных лиц, но всю совокупность социальных, экономических и исторических соображений, основываясь на которых он разрабатывает идеальную модель, т.е. типовое решение, которое представляется ему наилучшим образом приспособленным к социальной среде, для которой оно предназначается»[1]. В этой связи не лишенным практического смысла и в контексте российского права является указание немецких авторов на то, что «чем больше различие между сторонами в экономическом плане, тем меньше сильная сторона может отклоняться от правила, установленного диспозитивной нормой»[2];

4) иные положения договора. Поскольку договор представляет собой систему взаимосвязанных условий, необходимо оценивать справедливость договорного условия в контексте всего договора. Если жесткое

[1] *Cornu G.* Droit civil. Introduction. Les personnes, les biens. Paris, 2003. № 336. Цит. по: Цивилистические традиции под вопросом (по поводу докладов Doing Business Всемирного банка). М., 2007. С. 124.

[2] *Kramer E.A.* Zur Theorie und Politik des Privat- und Wirtschaftsrecht. Wien, 1997. S. 113.

в отношении контрагента условие сбалансировано предоставлением ему каких-либо непосредственно связанных с этих условием «зеркальных» преимуществ или компенсировано в договоре иным образом, то признавать такое условие несправедливым было бы необоснованно. Например, право на односторонний отказ от договора в случае любого его нарушения другой стороной может быть компенсировано предоставлением определенного периода разумной продолжительности на устранение такого нарушения, прежде чем отказ может быть произведен (nachfrist). Таким образом, присутствие в договоре компенсирующих условий, уравновешивающих действие условия, которое при его изолированной оценке кажется чрезмерно обременительным, может лишить оснований признание спорного условия несправедливым;

5) цель и природу договора в целом. Например, при оценке справедливости условия о безусловном отказе от договора суду следует принимать такой фактор, как возможный фидуциарный характер договора. В фидуциарных контрактах, в которых наличие доверия между сторонами играет определяющую роль, условие о безусловном и беспричинном отказе от заключенного с гражданином договора может быть вполне справедливым, в то время как аналогичное условие в иных договорах с явно слабой стороной договора может в некоторых отдельных случаях вызвать сомнения в отношении его справедливости (даже если допустить, что такое условие не противоречит императивной норме ст. 310 ГК);

6) вопрос о том, какая из сторон лучше всего подготовлена (способна) нести соответствующий риск. Если спорное условие связано с перекладыванием риска наступления какого-либо неблагоприятного события на другую сторону, то необходимо определить, какая сторона имеет больше возможностей и информации для того, чтобы исключить или минимизировать данный риск. Один из основных тезисов экономического анализа права состоит в том, что риски эффективнее переносить на того, кто способен данный риск проконтролировать дешевле и проще[1]. Например, если идентификация клиента происходит по электронной цифровой подписи или иным средствам индивидуализации (PIN-код, например), сохранение данных идентифицирующих средств в тайне от третьих лиц зависит в большинстве своем от действий самого клиента. Поэтому исключение ответственности банка за исполнение соответствующих платежных документов, фактически отправленных неуполномоченным лицом, вполне обоснованно. Однако если оператор связи исключает свою ответственность за убытки, возникшие

[1] *Архипов Д.А.* Правовой критерий распределения рисков в гражданском праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011.

вследствие технических неисправностей линии связи, перекладывание такого риска на абонента-потребителя в некоторых случаях может быть признано несправедливым: оператор связи является профессионалом в сфере услуг связи и должен принимать все разумные меры, в том числе и превентивные, во избежание подобных ситуаций;

7) судам применительно в первую очередь и в основном к потребительским договорам следует также обращать внимание на уровень юридической техники составления договора. Изобилие неоправданно запутанной и нетранспаретной формы изложения договорных условий или использование узкоспециализированных терминов без раскрытия их содержания[1] существенно затрудняют потребителю восприятие договора и понимание его условий, а также сопоставление с предложениями конкурентов[2]. Как уже отмечалось ранее, несправедливость условия тесно связана с его прозрачностью (доступностью его для восприятия), когда речь идет о потребительском договоре. При этом взаимосвязь прозрачности условия и несправедливости может быть проиллюстрирована принципом сообщающихся сосудов: чем более запутанным и нетранспарентным является договорное условие, тем ниже тот порог несправедливости самого условия по существу, который дает суду право на вмешательство. И наоборот, чем яснее и доступнее для восприятия выражено условие договора, тем больше шансов, что оно было должным образом воспринято другой стороной и соответствовало тем самым ее разумным ожиданиям. В последнем случае нужны дополнительные убедительные аргументы несправедливости такого условия;

8) одним из критериев несправедливости условия может служить также степень соответствия данного условия разумным ожиданиям контрагента *(reasonable expectations)*. Отголоски данного критерия можно найти в существующей формулировке п. 2 ст. 428 ГК РФ в части подпадания под ее контроль условий, лишающих сторону «прав, обычно предоставляемых по договорам данного вида». Данный фактор имеет значение в основном применительно к потребительским договорам. Как уже отмечалось, потребитель в подавляющем большинстве случаев не читает десятки страниц предлагаемых ему договорных условий, в которых права и обязанности могут быть охарактеризованы крайне сложно и непонятно даже без какого-либо злого умысла, а в силу фун-

[1] Так, например, по мнению Роспотребнадзора недопустимо использование в кредитных договорах с гражданами специальных терминов без раскрытия их содержания, вроде «аннуитетные платежи» или «эффективная процентная ставка». См. письмо Роспотребнадзора от 1 апреля 2008 г. № 01/2973-8-32 «О дополнительных мерах по защите прав потребителей в сфере предоставления кредитов».

[2] Подобная юридическая техника является одним из оснований для признания условия несправедливым в Англии, Италии и Германии. См.: *Nebbia P.* Unfair Contract Terms in European Law: A Study in Comparative and EC Law. Oxford; Portland; Oregon, 2007. P. 138, 139.

даментального различия в компетенции юристов, составляющих такие договоры, и обычных граждан, для которых язык права весьма сложен. В этих условиях многие потребители, заключая договор, рассчитывают не столько на то, что может быть написано в тексте договора, сколько на то, что соответствует их разумным ожиданиям в отношении поведения контрагента, формируемым на основе рекламы, оценки репутации, предшествующего опыта заключения подобных договоров и т.п.[1] Пользуясь терминологией Карла Ллевеллина, согласие потребителя на предложенные условия часто носит сугубо бланкетный характер[2]. В этих условиях компании вполне могут злоупотреблять этим доверием и иногда прописывать в договоре или выводить в некие многостраничные «правила», на которые в договоре имеется только лишь ссылка, крайне несправедливые и при этом неожиданные условия. Всякое условие договора, которое влечет исполнение договора на условиях, отклоняющихся от разумных ожиданий контрагента (особенно потребителя), должно быть надлежащим образом доведено до его сведения. Чем более неожиданным, т.е. отклоняющимся от таких разумных ожиданий, является условие, тем более очевидным образом оно должно быть доведено до сведения контрагента (вплоть до выделения таких условий цветом)[3], а в случае нарушения данного условия – тем более вероятным может быть применение ст. 428 ГК.

Разумеется, не все вышеуказанные ориентиры в равной степени могут быть применены к различным условиям. Очевидно также, что при определении несправедливости условия могут использоваться и иные ориентиры. Но в любом случае выработать четкие критерии несправедливости условия «на все случаи жизни» невозможно, так как в каждом конкретном случае в зависимости от обстоятельств решения могут быть разными. Как уже отмечалось, если определить устраивающее абсолютно всех понятие справедливости достаточно сложно, то согласиться с тем, что какое-то условие является несправедливым, зачастую намного проще. Узнать, является ли условие несправедливым или нет,

[1] Как отмечается в зарубежной литературе, «обычно потребители не изучают пристально длинные и сложные условия договоров купли-продажи, а просто рассчитывают на то, что договоры содержат обычные условия». См.: *Ostas D.T.* Predicting Unconscionability Decisions: An Economic Model and an Empirical Test // 29 American Business Law Journal. 1992. P. 549.

[2] *Llewellyn K.* The Common Law Tradition: Deciding Appeals. 1960. P. 370.

[3] В деле Interfoto Picture Library Ltd. v. Stilletto Visual Programmes Ltd. лорд Деннинг ввел так называемое правило «красной руки» (red hand rule), указав: «...некоторые условия из тех, которые я видел, должны быть напечатаны красными чернилами на первой странице с красной рукой, указывающей на них для того, чтобы можно было сказать, что предприняты достаточные усилия для доведения таких условий до сведения другой стороны». Подробнее см.: Chitty on Contracts. Vol. 1: General Principles. 29th ed. London, 2004. P. 714.

можно чаще всего только тогда, когда мы его оцениваем в контексте всех обстоятельств дела[1].

При оценке справедливости договорных условий следует также помнить о нескольких важных обстоятельствах.

Во-первых, любые сомнения в наличии политико-правовых оснований для ограничения свободы договора должны толковаться против возможного ограничения. Это вытекает из презумпции договорной свободы и «презумпции антипатернализма». Но этот же вывод вытекает и из соображений определенности права. Ведь никогда нельзя забывать о том, что каждое введенное ex post ограничение свободы договора при прочих равных условиях усиливает нестабильность договорных отношений, посылает другим участникам оборота сигналы о нестабильности «правил игры» и ухудшает и без того неважный деловой климат.

Во-вторых, не следует забывать, что данная проблема носит социальный, культурный и этический характер и не может быть решена лишь посредством инструментария собственно юридической науки. При решении данной категории споров неизбежно использование «внеюридических» критериев и соображений правовой политики. Только комплексный анализ характера условия и обстоятельств заключения договора может обеспечить вынесение справедливого решения. Данная задача, конечно, сложнее, чем механическое применение норм материального права к обстоятельствам дела. Но зарубежный опыт показывает, что как минимум высшие суды вполне успешно справляются и с такими более «творческими» задачами.

В-третьих, положение добросовестного судьи, который решился оценивать справедливость договорных условий, оказывается намного сложнее элементарной этической интуиции. Как уже неоднократно отмечалось в этой работе, то решение, которое может показаться несправедливым на первый взгляд, при более детальном рассмотрении экономического существа отношений сторон оказывается вполне разумным и сбалансированным. Поэтому суд никогда не должен торопиться с оценками и должен выслушать все возможные резоны, оправдывающие включение спорного условия в договор.

В-четвертых, политика права не сводится к одним лишь соображениям морали. Колоссально важную роль играют и соображения практической целесообразности. Утилитарный элемент политики права проявляется прежде всего в учете экономической составляющей спора и в прогнозировании долгосрочных экономических последствий фиксации

[1] Аналогичная ситуация возникает и с рядом других столь же трудноуловимых категорий. Так, применительно к порнографии судья Верховного суда США А. Стюарт сказал как-то: «Я не знаю, как ее определить, я лишь узнаю ее, когда вижу». См.: Jacobellis v. Ohio, 378 U.S. 184, 197 (1964).

подобного ограничения договорной свободы и его применения во всех аналогичных ситуациях в будущем. Если для оценки одной лишь prima facie справедливости условия часто достаточно небольшой экспертизы в области моральной философии и хотя бы различения семантических контекстов и форм проявления идеи справедливости, а для уяснения экономической сути спорного условия и всех обстоятельств дела – опыта и понимания бизнес-практики, то для учета долгосрочных экономических последствий введения тех или иных ограничений от суда требуется некоторая экспертиза в области сферы знаний, которая является чаще всего terra incognita для большинства российских судей, – микроэкономической теории. Тем не менее, к сожалению, без учета этого фактора множество вводимых ex post патерналистских ограничений договорной свободы будут оказываться бесплодными, ущемляющими интересы самих адресатов такой «помощи» в будущем или просто создающими неадекватные препятствия для развития экономики.

Некоторые примеры

Применение такого контекст-ориентированного подхода к оценке справедливости договорных условий можно проиллюстрировать на примере контроля справедливости цены договора, заключенного вследствие стечения тяжелых обстоятельств.

Если применение критерия стечения тяжелых обстоятельств в отношении гражданина, согласившегося на цену, крайне отличающуюся от рыночной, в некоторых случаях и может быть оправданно этическими и патерналистскими мотивами, то в контексте сделок коммерческих организаций этот критерий может быть использован намного более осторожно. Это не трудно доказать.

Самое страшное, что, видимо, может случиться с компанией – это ее банкротство. Допустим, что компания оказалась в крайне сложном финансовом положении и экстренно нуждается в финансировании для погашения долга банку-кредитору, всерьез намерившемуся обратиться в суд за взысканием долга. Опасность состоит в том, что дефолт по этому долгу в силу оговорок о кросс-дефолте в кредитных договорах с другими банками и в условиях размещения облигаций может по «принципу домино» привести к досрочному истребованию всей суммы привлеченного заемного финансирования, что неминуемо повлечет банкротство компании. Допустим также, что задачу экстренного привлечения средств для погашения возникшего долга компания может оперативно решить, только продав один из своих активов – контрольный пакет акций одного из принадлежащих ей заводов. Предположим, что рыночная цена этого пакета составляет 100 млн рублей. Но для нахождения покупате-

ля, проведения due diligence и закрытия сделки в нормальных рыночных условиях может понадобиться не один месяц. В то же время деньги должнику нужны срочно. Единственный выход в такой ситуации – продавать актив со значительным дисконтом, что компания и пытается сделать. Допустим, что находится привлеченной столь низкой ценой покупатель, который готов рискнуть и заплатить за актив 40 млн рублей «здесь и сейчас» и без проведения детального предынвестиционного аудита. Этой суммы должнику будет достаточно, чтобы расплатиться с банком. И компания идет на этот шаг.

Вправе ли она впоследствии оспорить договор со ссылкой на кабальность договора? Думается, что нет. Если бы такого рода стечения тяжелых обстоятельств в сочетании с явной несоразмерностью цены были достаточными для оспаривания договора в подобных случаях, право проявляло бы абсолютно неуместный патернализм. Но самое главное, пострадавшими в конечном счете оказывались такие должники. Ведь если бы покупатель их активов знал, что заключаемую им сделку можно будет оспорить, он просто бы ее не заключил, так как экстренное приобретение им такого актива за сумму более 40 млн рублей его может не устроить. Должник так и не смог бы решить свои финансовые проблемы и, возможно, был бы обанкрочен. Очевидно, что руководимый благими намерениями ex post патернализм часто приводит к формированию ex ante крайне неэффективных сигналов, ограничивающих экономические возможности участников оборота.

Другой пример. На успешном и прибыльном заводе (далее – завод № 1) происходит тяжелая авария и ломается сложный импортный конвейер. Это ставит завод № 1 на грань разорения, так как приводит к срыву выполнения заказов и грозит шестимесячным простоем, вызванным необходимостью заказа аналога у зарубежного производителя, его доставки, таможенного оформления и установки. Сам конвейер стоит 30 млн рублей. Но при помощи данного оборудования завод № 1 способен был заработать за эти шесть месяцев 120 млн рублей чистой прибыли. Одновременно, неподалеку располагается другой, менее успешно работающий завод (далее – завод № 2), на котором установлен аналогичный конвейер. За шесть расчетных месяцев завод № 2 способен заработать на использовании этого конвейера лишь 60 млн рублей. Соответственно, когда от завода № 1 поступает предложение срочно продать ему этот конвейер за 60 млн рублей, завод № 2 вполне ожидаемо отказывается. И тогда завод № 1 делает еще более щедрую оферту, предлагая за конвейер 80 млн рублей. Если отказываться от своего конвейера за 60 млн рублей у завода № 2 не было никаких экономических оснований, то последнее предложение может его вполне устроить. В результате завод № 2, продав конвейер, спокойно закажет аналогичное обо-

рудование у зарубежного производителя, работников временно переведет на другую часть производства и в итоге выиграет 20 млн рублей. Завод № 1 также окажется в выигрыше: переплатив за конвейер более чем в два раза, он смог заменить аварийное оборудование в срочном порядке и не сорвать выгодные контракты. Даже с учетом значительной переплаты выигрыш завода № 1 составила 40 млн рублей. В итоге оба контрагента оказываются в выигрыше, и продажа конвейера по цене, более чем в два раза превышающей рыночный уровень, приводит, как говорят экономисты, к Парето-улучшению. Есть ли здесь основания для оспаривания сделки по правилам о кабальности по причине того, что несоразмерность цены была вызвана стечением тяжелых обстоятельств? Думается, что нет. В обратном случае право просто заблокировало бы ex ante все подобные эффективные сделки и обрекло бы завод № 1 на разорение.

Как мы видим, по крайней мере тогда, когда речь идет о коммерческих договорах, факт значительного расхождения цены договора с рыночным уровнем цен в сочетании с фактором стечения тяжелых обстоятельств не может становиться поводом для оспаривания таких договоров, кроме, возможно, самых вопиющих случаев, когда ценовой разрыв носит настолько явно выраженный характер, что дает основания для презумпции имевшего место порока воли или наличия иных оснований для ограничения свободы договора.

В то же время оспаривание договоров с явно несоразмерными встречными предоставлениями в целях защиты оказавшихся в тяжелом положении граждан может осуществляться куда более интенсивно. Если такое стечение тяжелых обстоятельств, как угроза банкротства, в большинстве случаев вряд ли является достаточным основанием для оспаривания цены сугубо коммерческого договора, то это же нельзя сказать о заключении явно несправедливого договора гражданином, оказавшемся в ситуации угрозы жизни. Очевидно, что ценовой патернализм в отношении таких договоров гораздо чаще может оказаться оправданным.

Тем не менее даже применительно к гражданам судам следует быть внимательными и учитывать множество факторов с целью просчитать возможные последствия принятия таких патерналистских мер. Например, важный фактор, который нужно обязательно учитывать при введении ценового контроля ex post по сделкам, заключенным при тяжелом стечении обстоятельств, состоит в учете характера деятельности того лица, которое воспользовалось стечением обстоятельств. Одно дело, если это случайный «счастливчик», которому выпал шанс много заработать на беде ближнего, и несколько другая ситуация возникает с так называемыми «профессиональными спасателями», чей бизнес строится именно на оказании помощи людям, попавшим в сложное положение (напри-

мер, врачи, альпинисты-спасатели и т.п.). Людям было бы в целом намного лучше, если бы таких «профессиональных спасателей» было как можно больше. Но это возможно, только если в этом бизнесе имеются серьезные коммерческие стимулы заработать некоторую сверхприбыль. Это не значит, что право может позволять им выжимать из своей ситуативной монополии максимум и, например, взамен «уколу жизни» требовать переписать на себя все состояние больного. Но вполне очевидно, что подход судов к «случайным» и профессиональным «спасателям» должен быть разным, так же как и разным должен быть уровень терпимой девиации согласованной цены от рыночного уровня. Сколько-нибудь последовательные попытки радикально бороться со «сверхприбылями» профессиональных «спасателей» в конечном счете просто приведут к тому, что в следующий раз человеку, попавшему в сложное положение, просто никто не поможет. Этот фактор хорошо известен зарубежному праву[1].

Иначе говоря, суд должен прислушиваться как к своей моральной интуиции, так и к соображениям практической целесообразности и помнить о том, что, как мы выше писали, часто попытки обеспечить справедливость имеют свою экономическую цену, которую в долгосрочной перспективе нередко приходится платить самим «жертвам».

Другое обстоятельство, которое здесь имеет значение, – степень выраженности фактора аморальности. Чем сильнее наш моральный протест против того или иного проявления договорной свободы, тем чаще мы готовы закрывать глаза на какие-то долгосрочные экономические последствия. Как бы к этому ни относиться, эта закономерность вряд ли может быть искоренена.

Если, например, компания пытается выручить максимальную прибыль из-за временного дисбаланса спроса и предложения (например, в связи с резким дефицитом кондиционеров в неожиданно жаркое лето), а клиенты вынуждены соглашаться на эти цены в силу ограниченности выбора, судам стоит воздерживаться от оспаривания цены договора. Подъем цен до уровня, уравновешивающего спрос и предложение, является краеугольным камнем рыночной экономики, и мешать этим естественным рыночным процессам государство по общему правилу не должно. Но если речь идет о трагедии национального масштаба, в условиях которой наше коллективное бессознательное ожидает от сограждан взаимовыручки и солидарности (например, серьезное наводнение или террористический акт), попытки отдельных коммер-

[1] О разной степени интенсивности допустимого патернализма применительно к заключению кабальных договоров со случайными и профессиональными «спасателями» см.: *Shavell S.* Contractual Holdup and Legal Intervention // 36 Journal of Legal Studies. 2007. P. 325–354.

сантов (например, владельцев моторных лодок или такси) нажиться на горе людей вызывает настолько бурный моральный протест, что решение суда скорректировать цену может представляться вполне этически оправданным.

Правда, этот эффект мобилизационной солидарности часто является лишь кратковременным и связан обычно с сильным и резким социальным стрессом. Если, например, существование общества в новых условиях (например, долгосрочного половодья) становится долгосрочным, люди способны к ним приспособиться, и сила стресса ослабевает, экономические издержки ограничения свободного ценообразования становятся слишком высокими, чтобы их можно было игнорировать ради удовлетворения тяги людей к сохранению status quo и прежнего уровня цен. Ведь ценовые ограничения в таких условиях в долгосрочной перспективе снижают стимулы для предпринимателей максимально быстро насыщать спрос, наращивая объем предложения, что в итоге лишь консервирует дефицит и ухудшает положение жителей пострадавшего региона.

Суды, осуществляющие или намеревающиеся осуществлять ex post контроль конкретной сделки во имя обеспечения справедливости обмена, просто обречены на необходимость искать и находить подобные сложные компромиссы между соображениями моральной интуиции и экономической целесообразности. Это еще раз подчеркивает, что оценка судом справедливости договорных условий в большинстве случаев не может осуществляться абстрактно и суд должен учитывать весь комплекс обстоятельств дела и релевантные политико-правовые (этические и утилитарные) соображения.

Глава 3. Ex post контроль содержания договоров в целях защиты интересов третьих лиц, общества и государства

§ 1. Ex post контроль содержания сделок, противоречащих основам нравственности и публичного порядка

Общие и компаративные замечания

В предыдущих двух главах мы уделили достаточно много внимания судебному контролю справедливости договорных условий. Но нельзя забывать и о том, что как зарубежное, так и российское право предусматривает возможность ограничения судами свободы договора в целях публичных интересов и интересов третьих лиц.

Российский ГК в ст. 169 предусматривает ничтожность сделок, совершенных с целью, заведомо противоречащей основам правопорядка и нравственности. Для российского права эти нормы не являются чем-то принципиально новым. Так, еще согласно Своду законов Российской империи признавался недействительным договор, цель которого противоречит «благочинию» и «общественному порядку». Проект Гражданского уложения Российской империи (ст. 88) в тех же целях содержал ссылки на «добрые нравы» и «общественный порядок»[1].

Особенностью нормы ст. 169 ГК РФ является указание на реституцию в доход государства. Здесь нет возможности детально мотивировать сомнительность включения подобных санкций в гражданско-правовую кодификацию. Достаточно сказать, что в рамках идущей реформы гражданского законодательства предлагается указать в названной статье на то, что по общему правилу последствия ничтожности подобных сделок будут носить стандартный характер, а изъятие полученного в доход государства предполагается допустить только в случаях, прямо указанных в законе. Такое предложение является вполне разумным.

Нас в контексте настоящей работы интересует то воздействие, которое данная норма оказывает на сферу договорной свободы.

Здесь не лишним было бы сопоставить содержание ст. 169 ГК РФ с зарубежными аналогами.

Ссылки на противоречие сделки основам нравственности (добрым нравам) и основам правопорядка (публичному порядку) как основание для ограничение свободы договора судом содержатся сейчас во многих зарубежных кодификациях (например, ст. 6 и 1133 ФГК, ст. 3:40 ГК Нидерландов, ст. 1343 и 1354 ГК Италии, ст. 19, 20 Швейцарского обязательственного закона) и применяются в судебной практике английских и американских судов в рамках концепций good morals and public policy[2].

В XX в. интенсивность использования судами этих доктрин усилилась на фоне общей активизации судебного ex post контроля содержания договоров и рассеивания иллюзий в отношении возможной абсолютизации принципа свободы договора. Так, например, если в 1824 г. один английский судья назвал концепцию публичного интереса «край-

[1] Подробнее см.: *Афанасьев Д. В.* Нарушение публичного порядка как основание признания сделки недействительной в российском и зарубежном праве // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика: Сборник статей. М., 2006. С. 116–143 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] Так, Дэвид Иббетсон приводит следующие примеры договоров, признаваемых английскими судами недействительными в силу нарушения принципов «публичной политики» (public policy): нарушающие свободу брака, ограничивающие свободу экономической деятельности, направленные на манипуляции в процессе участия в аукционе, подрывающие работу уголовной юстиции, оформляющие скупку или продажу голосов на выборах и т.п. См.: *Ibbetson D.J.* A Historical Introduction to the Law of Obligations. 2006. P. 212.

не неуправляемой лошадью», то в 1971 г. лорд Деннинг в свойственной ему манере заявил, что «с умелым наездником в седле эта неуправляемая лошадь может быть объезжена для преодоления препятствий»[1].

Немецкое законодательство решает проблему судебного контроля аморальных сделок и сделок, противоречащих публичному порядку, следующим образом. Норма п. 1 § 138 ГГУ объявляет недействительными сделки, противоречащие добрым нравам. Как мы выше показали, данная норма применяется в Германии как для контроля аморальных сделок, возбуждающих нравственный протест общества, так и для патерналистского контроля справедливости договорных условий. Одновременно, норма § 134 ГГУ предусматривает недействительность сделки, противоречащей запрету закона. Мотивы к данной норме § 134 и практика ее применения свидетельствуют о том, что она направлена не столько на ничтожность сделок, противоречащих императивным нормам гражданского законодательства, сколько на блокирование сделок, заключенных в рамках деятельности, запрещенной публичным правом (торговля наркотиками, уклонение от уплаты налогов и т.п.)[2].

Как мы видим, норма § 134 ГГУ о законодательном запрете выполняет в Германии приблизительно ту же функцию, что и ссылка на публичный порядок в ст. 169 ГК РФ в России. В то же время норма п. 1 § 138 ГГУ о добрых нравах имеет несколько более широкое поле применения, чем норма об основах нравственности в ст. 169 ГК РФ: немецкий институт добрых нравов, безусловно, контролирует аморальные сделки (например, в области семейной или сексуальной жизни), но активно применяется и как инструмент патерналистского контроля справедливости договорных условий.

Соответственно мы видим определенное различие между немецким и российским правом. Инструментами ex post контроля справедливости договорных условий в России являются нормы ст. 428, 179, 10 ГК и ст. 16 Закона о защите прав потребителей, дающие суду право заблокировать явно несправедливые условия. Норма же ст. 169 ГК РФ о сделках, противоречащих основам правопорядка и нравственности, в российской судебной практике не применяется для целей блокирования договорной несправедливости, не выдержав конкуренции со стороны ст. 10 ГК РФ. Думается, это положение вещей с точки зрения принципов системной согласованности права стоит сохранить. Как уже отмечалось, патерналистский контроль справедливости договоров во избежание путаницы

[1] *Markesinis B., Unberath H., Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. 2006. P. 248, 249.

[2] См.: *Шапп Я.* Система германского гражданского права. М., 2006. С. 280; *Markesinis B., Unberath H., Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. Entirely Revised and Updated. Oxford, 2006. C. 45.

разумнее осуществлять на основании других законодательных норм. Соответственно доктрина основ нравственности и правопорядка может и дальше сохранить свой узкий смысл, нацеливаясь исключительно на блокирование явно аморальных сделок или сделок, противоречащих публичным интересам.

В этом плане понимание российскими судами норм ст. 169 ГК РФ о ничтожности сделок, противоречащих основам правопорядка и нравственности, ближе по своему смыслу ст. 1133 ФГК. Данная статья ФГК запрещает сделкам «противоречить добрым нравам». Как и в России, этот признанный во французском праве инструмент ex post контроля не носит патерналистский характер, а нацелен на контроль лишь принципиально аморальных сделок, блокирование которых вытекает из фундаментальных принципов общественной морали[1]. Одновременно в отличие от немецкого понятия нарушения законодательного запрета в России и во Франции примерно с одними и теми же целями используются практически идентичные по своей семантике понятия публичного порядка (ст. 6 и 1133 ФГК) и основ правопорядка (ст. 169 ГК РФ).

По Саватье, указанные нормы ст. 1133 ФГК были направлены на охрану «индивидуальных свобод и семейных ценностей, обеспечение суверенитета государства, а также соблюдение общих правил морали»[2]. Их применение рассматривалось как мера экстраординарная и исключительная. Законодатель не задумывал, а суды не стали интенсивно использовать нормы о добрых нравах и публичном порядке как ординарный инструмент интенсивного ограничения свободы договора[3]. Французские суды с апелляцией к данным нормам обычно признают недействительными договорные условия, касающиеся семейной или сексуальной жизни (например, обязательства не вступать в брак, дарение с целью стимулировать согласие на добровольное расторжение брака, займы на открытие борделя, обязательства дать интервью с рассказом о своей интимной жизни и т.п.), договорные условия, неоправданно ограничивающие личную или экономическую свободу контрагента (например, непропорционально ограничивающие право свободно осуществлять профессиональную деятельность), а также сделки, явно нарушающие публичные интересы (например, сделки, стимулирующие коррупцию или опосредующие иные публично-правовые нарушения) или интересы третьих лиц (например, сделки, ограничивающие конку-

[1] *Афанасьев Д.В.* Нарушение публичного порядка как основание признания сделки недействительной в российском и зарубежном праве // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика: Сборник статей. М., 2006. С. 116–143 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] *Саватье Р.* Теория обязательств. М., 1972. С. 201.

[3] *Де ла Морандьер Л.Ж.* Гражданское право Франции. Т. 2. М., 1960. С. 204.

ренцию или стимулирующие нарушение договора, заключенного должником с третьим лицом)[1].

Аналогичное сочетание ссылок на нравственность и публичный порядок примерно с той же сферой применения имеет место и в ГК Нидерландов (ст. 3:40).

Российская доктрина основ нравственности и правопорядка как инструмент судебного ex post контроля договорной свободы должна иметь примерно тот же смысл и блокировать негативные общественные экстерналии частных договоров (явно антисоциальные и аморальные сделки). Безусловно, как и любые «ex post корректоры», данные инструменты предполагают значительное судебное усмотрение. Но все риски, с этим связанные, являются побочным результатом той гибкости, которая правовая система приобретает посредством делегации судам такой функции[2].

Что же конкретно следует понимать под основами нравственности и правопорядка в контексте российского права и в каких случаях российские суды могут применять ст. 169 ГК?

Основы правопорядка

Ссылка в ст. 169 ГК на основы правопорядка делегирует судам возможность признания недействительными обязательств и иных правовых последствий, вытекающих из совершения участниками оборота гражданско-правовой сделки, существенно и явно нарушающей публично-правовые интересы. Сюда можно отнести случаи совершения сделок в рамках структурирования схем уклонения от уплаты налогов, оборота наркотиков или оружия, скупки краденого, организации контрабанды, скупки голосов избирателей и т.п.

Такие сделки направлены на нарушение ограничений, введенных или подразумеваемых нормами или принципами публичного права или гражданско-правовыми нормами и принципами, защищающими публичный интерес. При этом такое ограничение может содержаться в позитивном праве прямо, косвенно или имплицитно.

Прямой запрет (прямая превенция) имеет место тогда, когда публично-правовые по форме или духу нормы позитивного права прямо запрещают сами сделки (например, торговлю человеческими органами). В этом случае речь идет о том, что сделка противоречит императив-

[1] Примеры из судебной практики см.: *Beale H.*, *Hartkamp A.*, *Kotz H.*, *Tallon D.* Cases, Materials and Text on Contract Law. 2002. P. 296ff; Французский гражданский кодекс: учебно-практический комментарий. М., 2008. С. 445, 446.

[2] Конституционный Суд РФ в определениях от 8 июня 2004 г. № 225-О, 226-О и 227-О признал неопределенность, вытекающую из норм ст. 169 ГК РФ, вполне конституционно допустимой.

ным нормам закона и одновременно нарушает основы правопорядка, и соответственно мы имеем квалифицированный случай ничтожности сделки, противоречащей закону.

Косвенный запрет (косвенная превенция) имеет место тогда, когда публично-правовые по своей сути или функциональной направленности нормы не запрещают сами сделки прямо, но запрещают деятельность, для осуществления которой такие сделки и заключаются (например, заключение сделок аренды помещения для размещения незаконного казино). В этом случае ничтожность сделки не может опереться на ту или иную императивную норму, прямо такую сделку запрещающую, и недействительность сделки вытекает опосредованно из указания на незаконность соответствующей деятельности.

Наконец, при подразумеваемом запрете (имплицитная превенция) в позитивном праве нет никаких норм, запрещающих и сами сделки, и соответствующую деятельность, но необходимость такого запрета имплицитно подразумевается самой системой права, в общих чертах закрепленной в Конституции РФ. В этом случае ничтожность сделки опирается не на ту или иную специальную норму права, а напрямую на оценку судом фундаментальных основ правопорядка с апелляцией к общеправовым и конституционным принципам, правам и свободам.

При этом важно отметить, что нарушение далеко не всякой публично-правовой нормы, запрещающей сделку или деятельность, в рамках которой такая сделка заключается, равно как и нарушение далеко не всякого конституционного принципа предполагают применение ст. 169 ГК. Речь идет только о таких вопиющих случаях, когда сделка затрагивает самые *основы* правопорядка. В этом и проявляется экстраординарный формат применения нормы ст. 169 ГК как «ex post корректора» договорной свободы. Суд может признать, что сделка нарушает некую публично-правовую норму, заключена для осуществления запрещенной публичным правом деятельности или противоречит неким конституционным принципам, но при этом не признать возможным применение ст. 169 ГК в силу того, что соответствующий порок не столь существенен, чтобы считать сделку противоречащей самим основам правопорядка.

Если суд признает, что сделка нарушает публичные интересы, но не колеблет основы правопорядка, последствия заключения такой сделки могут быть разными в зависимости от того, нарушает ли она прямой законодательный запрет самой сделки, оформлена для целей осуществления запрещенной деятельности или просто противоречит конституционным принципам.

Если норма публичного права или публично-правовая по своей сути норма гражданского права запрещает саму сделку (прямая превенция),

но суд не признает наличие нарушения основ правопорядка, к сделке применяется общая норма ст. 168 ГК, регулирующая последствия противоречия сделки императивным нормам закона. В этом случае в силу действующей редакции ГК РФ сделка признается по общему правилу ничтожной, но предусмотренные ст. 169 ГК специальные последствия ничтожности сделки, нарушающей основы правопорядка (реституция в доход государства), не применяются.

Если норма публично-правового характера запрещает не саму сделку, а деятельность, в рамках или для осуществления которой такая сделка заключается (косвенная превенция), отказ суда признавать факт нарушения *основ* правопорядка будет приводить к тому, что угроза недействительности сделки отпадает вовсе. Соответствующие ее участники могут быть в ряде случаев привлечены к публично-правовой ответственности за совершение самой деятельности, но заключенные ими в рамках или для осуществления этой деятельности сделки сохраняют свою юридическую силу. Например, за открытие незаконного казино арендатор может быть привлечен к публично-правовой ответственности, но сам договор аренды помещения при этом может не быть признан ничтожным на основании ст. 169 ГК.

Если же суд констатирует, что сделка противоречит неким конституционным принципам или имплицитным элементам правопорядка, но не настолько, что ее условиями попираются основы последнего, такая сделка действительна, и никаких иных негативных последствий для сторон она не влечет.

При этом важно отметить, что в случае косвенной или имплицитной превенции при принятии решения о допустимости применения ст. 169 ГК важнейшую роль играет то, были ли обе стороны осведомлены о порочности сделки. Этот вопрос не встает в тех случаях, когда сделка прямо нарушает публично-правовой запрет. Стороны должны считаться осведомленными о наличии в позитивном праве такого запрета. Но в тех случаях, когда право прямо не запрещает саму сделку, а нарушение публичного порядка выводится косвенным образом из запрета той или иной деятельности, ради которой сделка и заключалась, или общей системы права, могут возникнуть ситуации, когда одна из сторон была не осведомлена о наличии данных пороков сделки. В такого рода случаях ничтожность сделки может неоправданно ущемить интересы добросовестного контрагента и лишить его того, на что он был вправе рассчитывать при заключении договора. Соответственно признание сделки ничтожной на основании ст. 169 ГК в такой ситуации является как минимум в большинстве случаев неприемлемым.

Например, вряд ли имеет смысл применять ст. 169 ГК к договору, заключенному собственником крупной корпорации с юридической фир-

мой, об оказании услуг по сопровождению процесса регистрации ООО, которое собственник после регистрации планировал использовать и использовал исключительно как инструмент, обеспечивающий уклонения от уплаты НДС. Если не будет доказано, что юридическая фирма знала или должна была знать о том, что она содействует созданию компании-однодневки в целях уклонения от уплаты налогов, договор не должен считаться ничтожным. Та же ситуация и с вышеприведенным примером с арендой помещения для размещения казино. Если будет доказано, что арендодатель не знал и не должен был знать о целях использования арендатором снимаемого помещения при заключении договора, признание договора аренды ничтожным недопустимо. В подобных случаях ничтожность договора на основании ст. 169 ГК будет лишать добросовестного контрагента шансов привлечь к ответственности своего партнера, что является абсолютно несправедливым.

Другое дело, если из материалов дела очевидно, что о соответствующей порочной направленности договора были или должны были быть осведомлены обе стороны спорного договора. В таком случае, если договор действительно затрагивает основы правопорядка, открывается возможность для легитимного использования ст. 169 ГК. Например, если в вышеприведенном примере с услугами по регистрации «однодневки» предмет договора состоял не в стандартном наборе услуг по регистрации общества с ограниченной ответственностью, а в разработке самой схемы уклонения от уплаты налогов, налицо «вина» обоих контрагентов. Здесь достаточно очевидно, что как заказчик, так и исполнитель были осведомлены о цели договора. Такой откровенный вызов публичным интересам вполне может привести в частноправовой сфере к признанию такого договора ничтожным на основании ст. 169 ГК.

Основы нравственности

Как уже отмечалось, смысловое наполнение предусмотренного в ст. 169 ГК правила о ничтожности сделки противоречащей основам нравственности предполагает порочность сделки, противоречащей фундаментальным моральным принципам современного общества. Как и любой подобный «портал», канализирующий вторжение в сферу частного права этических стандартов, эта норма предполагает учет судом доминирующих в обществе нравственных начал. При этом, как было замечено выше, эти нравственные начала должны быть затронуты условиями сделки настолько интенсивно, что речь идет не о простой патерналистской защите контрагента от добровольно принятых им несправедливых условий, а о ситуации, когда сделка создает явные этиче-

ские эсктерналии, т.е. вызывает попрание моральных чувств большинства других членов общества.

В принципе вряд ли возможно провести жесткую разделительную линию между этими двумя уровнями этически обусловленных ограничений договорной свободы. Некоторые несправедливые или несбалансированные условия могут быть несправедливы и репрессивны в отношении одного из контрагентов настолько, что можно будет говорить о попрании основ нравственности и применении ст. 169 ГК (например, договор на обращение в рабство). Тем не менее наличие этой зоны пограничной семантики вряд ли должно нивелировать различие между случаями простой несправедливости и явной аморальности договоров. Это различие должно проявляться в механике применения инструментов ограничения свободы договора. Применение судом механизма контроля справедливости договорных условий является по общему правилу следствием инициативы потерпевшего и может осуществляться по инициативе суда или иных третьих лиц лишь в исключительных случаях. Контроль же явно аморальных сделок, вытекающий из необходимости защиты не столько самого контрагента, сколько нравственных чувств общества в целом, осуществляется и, видимо, должен осуществляться и без какой-либо инициативы со стороны одного из контрагентов. Более того, суд должен признавать такую сделку ничтожной по собственной инициативе независимо от того, что оба контрагента могут желать ее исполнения или даже успели исполнить свои взаимные обязательства.

При этом суд должен учитывать динамику доминирующих этических установок. То, что явно попирало основы нравственности еще 50 лет назад, может сейчас считаться нормой. Так, еще относительно недавно европейские суды признавали нарушающим добрые нравы договоры страхования жизни, договоры сдачи гостиничного номера разнополой паре, не состоящей в браке, и другие подобные сделки, не вызывающие теперь особого морального порицания. Так, ведущий французский цивилист Евгений Годэмэ относительно недавно (в середине XX в.) без каких-либо сомнений поддерживал практику французских судов по признанию договоров граждан с брачными агентствами противоречащими добрым нравам[1]. По прошествии всего лишь нескольких десятков лет, в течение которых европейские страны пережили сексуальную революцию, молодежный взрыв 1968 г., дискредитацию церковных догматов, распад классических семейных ценностей и наблюдают постепенное разложение нуклеарной семьи как таковой, столь агрессивная реакция правовой системы на подобные сделки уже не кажется обоснованной.

[1] *Годэмэ Е.* Общая теория обязательств. М., 1948. С. 133.

С другой стороны, некоторые сделки, которые признавались вполне законными в XIX в. в некоторых правопорядках, однозначно спровоцируют применение современными судами доктрины добрых нравов (например, сделки обращения в рабство, договоры об обязательстве жениться, договоры на оказание платных сексуальных услуг)[1].

«Все течет, все изменяется», и доктрина добрых нравов ощущает на себе справедливость этого тезиса Гераклита как никакой другой гражданско-правовой институт.

Суд должен учитывать эту динамичность этической нормативной системы и стараться не быть ни закоренелым ретроградом, ни этическим революционером. Он должен искать разумный баланс между здоровым консерватизмом и этическим прогрессизмом. Описать в деталях то, как суд должен находить разумные границы применения нормы об основах нравственности, вряд ли возможно. В итоге это вопрос внутренней интуиции самого судьи, ограниченной опасениями пересмотра судебных решений вышестоящим судом, а в отношении высших судов – ограниченной риском утраты общественной легитимности собственных статуса и решений и возможного политического конфликта с другими ветвями власти, более чуткими (в силу своей зависимости от переизбрания) к общественным умонастроениям.

Следует признать, что российская судебная практика, до сих пор крайне неохотно использующая прямо заложенные в законодательстве инструменты прямого ex post контроля договорных условий и стремящаяся реализовывать эту функцию лицемерно, прикрываясь искусственными отсылками к толкованию тех или иных императивных норм, использует норму об основах нравственности крайне ограниченно. Примеров успешной апелляции к этому понятию очень мало, что разительно отличает российскую судебную практику от судебной практики ведущих европейских стран и на что справедливо обращалось внимание в литературе[2]. Если эта картина была бы связана с тем, что российские участники оборота столь чутки к вопросам этики, беспокоиться не было бы оснований. Но, думается, ситуация не столь оптимистичная, и некоторая активизация судебной практики в части применения ст. 169 ГК не была бы лишней.

[1] Обзор таких случаев влияния этической динамики на применение доктрины добрых нравов см.: *Цвайгерт К., Кётц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М., 2000. С. 81, 82; *Афанасьев Д.В.* Нарушение публичного порядка как основание признания сделки недействительной в российском и зарубежном праве // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика: Сборник статей. М., 2006. С. 116–143 (СПС «КонсультантПлюс»).

[2] *Афанасьев Д.В.* Нарушение публичного порядка как основание признания сделки недействительной в российском и зарубежном праве // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика: Сборник статей. М., 2006. С. 116–143 (СПС «КонсультантПлюс»).

Возможность раздельного применения критериев, заложенных в ст. 169 ГК РФ

Важный вопрос возникает в отношении возможности раздельного применения элементов признанного в ст. 169 ГК «дуэта» основ правопорядка и нравственности. Можно ли допустить, что сделка будет противоречить основам нравственности и не будет противоречить основам правопорядка, и наоборот? Думается, на этот вопрос следует ответить положительно. Попробуем привести примеры.

Классическая иллюстрация применения ст. 169 ГК в российской судебной практике – это случаи признания ничтожными сделок, оформляющих уклонение от уплаты налогов[1]. Такие сделки явно противоречат основам правопорядка, но есть определенные сомнения, что они нарушают основы нравственности общества, в котором огромное число людей, к сожалению, так или иначе уклоняется от уплаты налогов и, что самое важное, считает это нормальным и не достойным какого-либо нравственного порицания.

С другой стороны, возьмем, например, договор, содержащий обязательства сыграть свадьбу и регулирующий судьбу сделанных в преддверии женитьбы подарков в случае срыва этого плана. Еще достаточно недавно такие сделки могли признаваться правовой системой. Но, думается, нет никаких сомнений в том, что такого рода сделки в условиях современной общественной морали будут признаны судом противоречащими основам нравственности. При этом также очевидно, что аномальность таких сделок вряд ли может претендовать на нарушение основ правопорядка.

При этом нет никаких сомнений, что некоторые сделки могут быть признаны ничтожными в силу того, что они одновременно нарушают как основы нравственности, так и основы правопорядка. Так, например, думаем, что не ошибемся, если предположим, что сделки, опосредующие торговлю органами для трансплантации, противоречат как основам правопорядка (так как оформляют в области договорных правоотношений деятельность, запрещенную публичным правом), так и основам общественной нравственности (так как превращают в предмет торговли части человеческого тела).

С учетом сделанных замечаний стоит признать, что суд может применять ссылку на основы нравственности и основы правопорядка как совместно, так и сепаратно. В этом плане нельзя согласиться с теми авторами, которые предлагают заменить союз «или», разделяющий в действующей редакции ст. 169 ГК упоминания основ нравственно-

[1] См., напр., постановления Президиума ВАС РФ от 11 мая 2005 г. № 16221/04, от 18 августа 2005 г. № 4191/05 и от 7 августа 2005 г. № 2748/05.

сти и правопорядка, на союз «и» и тем самым исключить возможность оспаривания сделок, противоречащих основам нравственности, но не нарушающих при этом основы правопорядка[1]. Думаем, что для этого изменения текста закона нет достаточных оснований.

§ 2. Ex post контроль договоров, причиняющих вред третьим лицам

Общие замечания

В т. 1 книги было показано, что одно из оснований ограничения свободы договора состоит в блокировании серьезных негативных экстерналий в отношении интересов третьих лиц. Как мы отмечали, практически любая сделка такие негативные экстерналии порождает, что является неотъемлемым элементом рыночного «созидательного разрушения». Но в ряде случаев эти экстерналии становятся «невыносимыми», и государство вмешивается в процесс свободного контрактирования либо посредством установления императивных норм, либо делегируя соответствующую корректирующую функцию судам.

Если эти негативные экстерналии настолько серьезные, что речь заходит о нарушении основ правопорядка страны в целом, ex post контроль, как мы видели, может осуществляться на основе ст. 169 ГК. Но в ряде случаев сделка может вредить интересам лишь одного конкретного третьего лица или некой группы таких лиц. Если ради защиты их интересов право считает возможным предоставить судам право на блокирование договорной свободы ex post, то эта функция вряд ли может осуществляться со ссылкой на нарушение основ правопорядка. Когда негативные экстерналии не колеблют фундамент правопорядка, но достаточно существенны, чтобы быть заблокированными, требуется применение некого другого инструмента ex post контроля.

На основании какой же нормы закона российские суды могут пресекать отдельные случаи нелегитимного ущемления договором интересов отдельных третьих лиц, в нем не участвующих? Как мы далее покажем, в ряде случаев российское законодательство предусматривает специальные инструменты такого ex post контроля. Там же, где такие инструменты законом не предусмотрены, на помощь приходит универсальный «корректор» последней инстанции – принцип недопустимости злоупотребления правом (ст. 10 ГК). Он предоставляет судам легальную возможность заблокировать сделку, которая влечет существенное ущемление интересов третьих лиц.

[1] См.: *Хейфец Ф.С.* Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. М., 1999. С. 76.

Применительно к данным случаям особую значимость приобретает то последствие, которое в последнее время стал выводить из толкования данной статьи ВАС РФ (ничтожность сделки)[1], а не то, которое прямо в данной статье прописано (отказ в защите права). Это легко объяснить. В данном случае сделку будет пытаться отменить не сторона договора, а третье лицо, интерес которого, как правило, состоит именно в однозначной аннуляции сделки. Соответственно желание обеих сторон этой сделки ее исполнять здесь не имеет правового значения. Применение судом правила об отказе в защите права (судебном признании) спорного условия или договора в целом просто было бы неуместно, так как стороны такого договора готовы исполнить договор добровольно, а, возможно, даже его и исполнили и от суда защиты своего права не просят.

Далее мы приведем несколько примеров, иллюстрирующих практику ex post контроля договоров, неприемлемо ущемляющих интересы третьих лиц и в связи с этим блокируемых или способных быть заблокированными российскими судами.

Сделки, ограничивающие конкуренцию

Классический случай, когда право делегирует судам компетенцию по активной борьбе с договорами, порождающими существенные негативные экстерналии, возникает в отношении сделок, ограничивающих конкуренцию.

Право многих стран мира в той или иной форме запрещает сделки, ограничивающие конкуренцию. Некоторые подобные соглашения или договорные условия подпадают под однозначные запреты per se (в нашей терминологии – ex ante запреты), на основании которых суды механически признают их недействительными (например, соглашения о разделе рынка). Многие же другие не считаются запрещенными per se и оцениваются судами на предмет значительности ущерба, причиняемого целям антимонопольной политики, на основании «правила разумности» (rule of reason, в нашей терминологии – ex post контроль). Часто «правило разумности» применяется за рубежом в отношении так называемых вертикальных соглашений между фирмами, относящимися к различным звеньям цепочки продвижения товаров или услуг на рынок. Эти соглашения часто ограничивают свободу одной из сторон вступать в договорные отношения с конкурентами контрагента, устанавливают ограничения на прямой выход поставщика на рынок, минуя эксклюзивного дистрибьютора, и подразумевают иные подобные условия, тео-

[1] Информационное письмо ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 (п. 9). См. также: Постановление Президиума ВАС РФ от 20 мая 2008 г. № 15756/07.

ретически способные ограничить конкуренцию[1]. При этом для оправдания подобных ограничений суды иногда ссылаются на применение норм о публичном порядке или (при наличии) специальных норм антимонопольного законодательства.

Российский ГК РФ (п. 1 ст. 10) прямо запрещает использование гражданских прав с целью ограничения конкуренции. Из этого, очевидно, вытекает и то, что суд вправе ограничить и свободу договора тогда, когда она используется для подавления конкуренции. Тем не менее в российских условиях потребность в применении ст. 10 ГК как «универсального корректора» в значительной степени отпадает в силу наличия специального инструментария ex post контроля подобных соглашений.

Антимонопольное законодательство предусматривает целый ряд ограничений свободы договора во имя защиты конкуренции. Так, согласно ст. 10 Закона о защите конкуренции запрещаются действия лиц, занимающих доминирующее положение на рынке, «результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц», в том числе поддержание монопольно низкой цены товаров, изъятие товаров из обращения, влекущее удорожание товаров, использование необоснованно дискриминационных цен для разных категорий контрагентов и некоторые иные случаи заключения антиконкурентных соглашений, которые ограничиваются не в целях защиты контрагента-монополиста, а в целях недопущения ограничения конкуренции, т.е. во имя интересов других участников оборота и экономики в целом. Статья 11 того же Закона прямо запрещает соглашения, направленные на установление или поддержание цен на рынке или на торгах, раздел товарного рынка по территориальному признаку, объему продаж или покупки, ассортименту или составу контрагентов, на ограничение возможности одного из контрагентов заключать договоры с иными лицами, необоснованное установление различных цен на один и тот же товар, сокращение или прекращение производства пользующего спросом товара при наличии возможности их рентабельного производства. Также ст. 11 и 12 Закона запрещаются вертикальные соглашения (например, дистрибьюторские договоры), устанавливающие цены перепродажи или ограничивающие продажи товаров конкурентов.

[1] В рамках чикагской школы антитраста предлагалась идея установить ex ante законность таких соглашений. Представители этого научного направления считали возможным ограничить цели антимонопольной политики преимущественно блокированием соглашений о прямом разделе рынков. Но в конце концов в большинстве стран восторжествовал подход, в рамках которого вертикальные соглашения хотя и не запрещены per se, но на основании «правила разумности» могут быть блокированы ex post с учетом оценки причиняемого ими фактического ущерба конкуренции и иных обстоятельств дела. См.: *Monty G.* EC Competition Law. 2007. P. 348.

В силу ст. 11–13 Закона некоторые из перечисленных в нем видов антиконкурентных договоров являются запрещенными per se, т.е. являются незаконными априори как противоречащие императивным нормам. Другие же могут и не быть признаны незаконными в случае, когда они не оказывают существенного негативного влияния на состояние конкуренции, а также в ряде иных случаев, неизбежно требующих судебного усмотрения (например, такие сделки могут быть допущены, если они «стимулируют экономический прогресс» или «повышение конкурентоспособности российского производства»). При этом действует «правило разумности», требующее от антимонопольных органов и судов учета всего комплекса обстоятельств для определения необходимости ограничения таких соглашений. Именно в таких случаях можно говорить об ограничении договорной свободы ex post, так как в них имеет место высокая степень административной, а в конечном счете – судебной дискреции при принятии решения об ограничении договорной свободы.

В силу ст. 23 Закона в случае признания соглашения антиконкурентным уполномоченный орган вправе (помимо привлечения соответствующих лиц к административной ответственности) путем выдачи соответствующих предписаний требовать от хозяйствующих субъектов прекращения заключенных договоров, а также обращаться в арбитражный суд с иском об изменении или расторжении договоров или признании соглашений недействительными.

Мы умышленно не погружались в детали применения сложных правил антиконкурентного законодательства применительно к приводимой иллюстрации ex post контроля договорных условий в интересах третьих лиц. Эта сфера законодательства находится в постоянной динамике и меняется достаточно часто. Главное, на что следует обратить внимание, – это то, что гражданско-правовой договор может быть признан незаконным в целом или в части посредством ex post проверки его содержания судом в тех случаях, когда он порождает такую негативную экстерналию, как ограничение конкуренции.

Контроль договоров, ущемляющих интересы кредиторов должника

Другой пример ex post ограничения свободы договора во имя интересов третьих лиц представляет судебный контроль договоров, заключенных с целью лишить кредиторов должника возможности добиться погашения долгов.

В частности, достаточно детальное регулирование судебного контроля сделок, заключенных в преддверии банкротства, являет собой законодательство о банкротстве. Согласно п. 1 ст. 61.2 Закона о несостоя-

тельности (банкротстве) сделки должника, совершенные за один год до принятия заявления о признании должника банкротом, могут быть признаны судом по иску арбитражного управляющего недействительными, если такие сделки предполагают неравноценное встречное исполнение обязательств. Суд при этом в силу данной статьи должен учитывать все условия и обстоятельства встречного исполнения. Согласно п. 2 ст. 61.2 данного Закона может быть оспорена сделка, заключенная за три года до принятия судом заявления о банкротстве или после принятия такого заявления, если она была заключена в целях причинения вреда имущественным интересам кредиторов и при этом контрагент по этой сделке знал о данной цели ее заключения. Согласно ст. 61.3 вышеназванного Закона может быть оспорена сделка, заключенная за один месяц до принятия заявления о банкротстве должника или после принятия такого заявления, если она направлена на оказание предпочтения одному из кредиторов перед другими кредиторами. В некоторых случаях данная статья допускает оспаривание такой дискриминационной в отношении других кредиторов сделки и в тех случаях, когда она заключена за шесть месяцев до принятия заявления о банкротстве должника (например, если контрагенту было известно о наличии признаков неплатежеспособности должника).

Детальный анализ комплекса норм законодательства о банкротстве, регулирующих порядок оспаривания подозрительных сделок, выходит за рамки нашего исследования. Достаточно указать на то, что эти нормы открывают широкий простор судебному усмотрению при определении направленности сделки, ее целей и негативных последствий в отношении интересов кредиторов должника.

Другие примеры

Встречаются и другие случаи, когда праву стоит делегировать судам компетенцию по ограничению свободы договора во имя защиты интересов не участвующих в сделке третьих лиц.

Так, в некоторых случаях суды могут ограничить свободу договора во имя интересов кредитора вне рамок специального инструментария законодательства о банкротстве. Например, в России пока не действует система банкротства физических лиц. При этом очень часто граждане-должники заключают сделки, основная цель которых состоит в переоформлении своих активов на аффилированных лиц и лишении тем самым кредиторов возможности удовлетворить свои требования за счет этого имущества (например, дарение близкому родственнику недвижимого имущества). Думается, что как минимум в некоторых случаях такие сделки могут быть заблокированы судами.

Кроме того, во многих странах (Англия, Франция, Германия и др.) право допускает возможность применения санкций к лицу, который, заключая договор с контрагентом, стимулирует его тем самым нарушить свои договорные обязательства перед третьим лицом (в английском праве – intentional interference with contractual relations). Например, лицо, заинтересованное в неком имуществе, знает о том, что собственник этого имущества по ранее заключенному договору обязался передать его другому лицу, и тем не менее осознанно стимулирует собственника продать это имущество ему (например, гарантирует собственнику «покрытие» всех тех санкций, которые к нему применит первоначальный покупатель). В такой ситуации согласно доктрине «умышленного вторжения в договорные отношения» оставшийся в результате ни с чем начальный покупатель может предъявить деликтный иск о взыскании убытков к такому третьему лицу. Это отступление от принципа относительного эффекта договорных обязательств признается сейчас в праве Англии, Франции, Германии, США и ряда других стран. В английском праве данная доктрина была закреплена еще в середине XIX в. в деле Lumley v. Gye (1853). Во Франции догма об относительной природе отношений контрагентов претерпела адаптацию к началу XX в., что позволило французским судам начать применять доктрину «умышленного вмешательства в договорные отношения»[1]. Эта доктрина была закреплена в DCFR в качестве унифицированного решения для европейского частного права (ст. VI-2:211).

При этом в ряде стран может быть оспорена и сама такая сделка, при заключении которой обе стороны осознавали, что она приведет к нарушению договорных обязательств одной из ее сторон перед третьим лицом. Так, например, в Германии допускается как взыскание убытков, так и оспаривание указанной сделки со ссылкой на добрые нравы[2]. В некоторых случаях аннулирование судом такой сделки (вместо стандартного деликтного иска о взыскании убытков) допускает и французское право[3].

[1] Компаративный обзор применения данной доктрины в европейских странах см.: *Von Bar C.*, *Drobnig U.* The Interaction of Contract Law and Tort Law and Property Law in Europe. A Comparative Study. 2004. P. 211ff: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. DCFR. Full Edition / Ed. by C. von Bar and E. Clive. 2009. P. 3384–3389. Анализ французского и американского права в части регулирования этого вопроса см.: *Palmer V.* Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference with Contract // 40 American Journal of Comparative Law. 1992. P. 297ff. В американском праве данная доктрина детально урегулирована во 2-м Своде договорного права (§ 766ff).

[2] *Markesinis B.*, *Unberath H.*, *Johnston A.* The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. 2006. C. 261.

[3] *Palmer V.* Comparative Study (from a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference with Contract // 40 American Journal of Comparative Law. 1992. P. 329, 330.

Российская доктрина деликтного права до столь тонких вопросов, судя по всему, пока не добралась. И, видимо, еще долго не доберется с учетом практически полного отсутствия научной активности в данной области частного права, контрастирующего с тем невообразимым объемом научной литературы по деликтному праву, которая ежегодно выходит из европейских и американских типографий. Тем не менее эта доктрина получает важное преломление в сфере контрактного права, когда на ее основе начинают оспариваться заключенные договоры. Здесь не место анализировать перспективы развития данной доктрины в российском праве и оценивать необходимость предоставления пострадавшему кредитору помимо права на взыскание с лица, вмешавшегося в его договорные отношения с должником, деликтных убытков еще и возможности оспаривать заключенный таким лицом и должником договор. Этот вопрос, на наш взгляд, не столь очевиден с политико-правовой точки зрения. Главное лишь отметить, что подобные случаи действительно могут создавать основания для того, чтобы как минимум задуматься над необходимостью ограничения свободы договора во имя интересов третьих лиц.

Здесь стоит отметить, что подобные споры встречаются в российской судебной практике. Так, например, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 13 декабря 2011 г. № 10900/11 было допущено оспаривание сделки уступки права требования в нарушение условия договора между цедентом и должником о недопустимости такой уступки без согласия должника. Суд в данном случае положил в основание решения расширительно интерпретированную ст. 174 ГК РФ и обусловил такое оспаривание доказанностью того факта, что цессионарий должен был знать о наличии в договоре с должником такого ограничения. Иначе говоря, суд посчитал поведение цессионария, осознанно пошедшего на нарушение относительных прав должника, недобросовестным и фактически ограничил свободу договора уступки права требования на основании того, что он нарушает интересы не участвующего в нем лица (должника). Мы здесь не имеем возможности оценить подобное отступление от принципа относительности договорных правоотношений. Для нас важно лишь отметить, что подобные примеры ограничения свободы договора встречаются не только в зарубежном, но и в российском праве.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Настоящая книга получилась достаточно объемной и рассматривающей слишком много вопросов, чтобы в заключении имело смысл повторять основные сделанные в ней выводы. Поэтому в заключении авторы решили подвести два важных итога работы: один из них касается содержательного, а второй – методологического аспекта.

Как читатель мог догадаться, основной содержательный лейтмотив книги формируется из идеи укрепления опровержимой презумпции договорной свободы и призыва к более осторожному отношению к любым предложениям по ее ограничению.

Авторы попытались продемонстрировать тесную взаимосвязь идеи свободы договора с рыночной системой организации экономики и этикой индивидуализма; выявить достаточно значимую каузальную связь между подвижками в области экономического и более широкого социокультурного базиса и изменениями в сфере реальной договорной свободы; продемонстрировать необходимость обеспечения более сбалансированной и тонкой системы регулирования свободы договора в России; сформулировать основания допустимости ограничения этой свободы и показать оптимальные модели реализации такого контроля; наконец определить пути совершенствования конкретных институтов российского права, связанных с обеспечением или ограничением договорной свободы. Безусловно, сделанные нами выводы применительно к тем или иным частным проблемам не претендуют на априорный статус и в любом случае требуют дальнейшего развития и уточнения. Тем не менее мы надеемся на то, что они в диалектическом плане послужат хорошим стимулом для дальнейшего научного изучения данной проблематики.

В качестве финального методологического замечания мы хотели бы привлечь внимание к тому, что данная книга является по сути одним из первых в современной России исследований, нацеленных на комплексный анализ актуальной цивилистической проблематики посредством приоритетного и одновременного использования политико-правовой, социоисторической и сравнительно-правовой научной методологии. Как представляется, предпринятый авторами анализ продемонстрировал саму возможность и продуктивность анализа проблем

гражданского права с выходом за рамки сугубо догматической научной парадигмы. Научно изучать тот или иной вопрос частного права можно, не ограничиваясь экзегетической методологией комментирования законодательных текстов и не сводя творческий и истинно научный элемент исследования к одной лишь «юриспруденции понятий» с ее акцентом на формальной логике, отшлифовке определений и бесконечных классификациях. Мы попытались комплексно исследовать основной принцип современного частного права и множество связанных с ним частных вопросов и проблем посредством анализа истории права, взятой в широком социально-экономическом, политическом и культурном контексте; зарубежного права, открывающего доступ к мировому опыту развития права; и, наконец, правовой политики, формирующей основания для научной критики действующего права и задающей направления для дальнейших правовых реформ и обеспечения большей содержательной рациональности права.

Научное изучение правовых проблем в рамках такой методологии несоизмеримо сложнее банального комментаторства национальных кодексов и исторических источников и бесконечного выстраивания и перестраивания дедуцированных из разрозненных их фрагментов общих принципов, «пирамид понятий» и классификаций. Предлагаемый нами способ научного анализа предъявляет к компетенции ученого крайне высокие требования в части знаний в смежных дисциплинах, более широкой гуманитарной эрудиции и работы с зарубежными научными источниками. Тем не менее если у правовой науки в целом и цивилистики в частности в нашей стране и существует будущее, то оно именно в таком расширении эпистемологических горизонтов, междисциплинарном уклоне и ориентации на реальное совершенствование позитивного права путем обеспечения его справедливости и эффективности. Правоведы в ведущих западных странах несколько десятков лет назад встали именно на такой путь развития науки частного права. Российским цивилистам XXI в. вряд ли можно оставаться в «райских садах» юриспруденции понятий и комментаторства кодексов, давно покинутых нашими европейскими «учителями».

Москва, июнь 2010 – май 2012 гг.

Артем Георгиевич КАРАПЕТОВ
Александр Иванович САВЕЛЬЕВ

СВОБОДА ДОГОВОРА И ЕЕ ПРЕДЕЛЫ

Т. 2

Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве

Редактор *Т.В Мальчикова*
Корректор *В.В. Угланова*
Художественное оформление: *В.В. Самойлова*
Компьютерная верстка: *А.А. Науменко*

Подписано в печать 20.08.2012. Формат 60x90 $^{1}/_{16}$. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Усл. печ. л. 28,5. Тираж 1000 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел.: +7 (495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-0871-9



МЛОГОС
юридический институт

ЮРИДИЧЕСКИЕ СЕМИНАРЫ И КОНФЕРЕНЦИИ В МОСКВЕ

ПРАКТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ ПОДГОТОВКИ И ВЕДЕНИЯ СУДЕБНЫХ ДЕЛ:
актуальные практические и процессуальные вопросы

ЭФФЕКТИВНАЯ ДОГОВОРНАЯ РАБОТА:
актуальные вопросы реформы ГК РФ и судебной практики

ПРАКТИКА ПРОВЕДЕНИЯ DUE DILIGENCE

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О БАНКРОТСТВЕ:
анализ актуальных практических вопросов и новелл законодательства

ВНЕШНЕТОРГОВЫЙ КОНТРАКТ:
заключение, исполнение и рассмотрение споров

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ТРУДОВОГО КОДЕКСА РФ:
защита прав работодателя в современных условиях

НАЛОГОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ И РИСКИ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ:
то, что нужно знать юристу договорного отдела о налогах

АНГЛИЙСКОЕ КОНТРАКТНОЕ ПРАВО:
основные особенности и актуальные вопросы применения в практике договорной работы

ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ АНТИМОНОПОЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА:
анализ актуальных вопросов и судебной практики

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА И СДЕЛОК С НИМ:
реформа ГК РФ, комментарии к судебной практике и анализ актуальных практических вопросов

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ И СДЕЛОК:
реформа ГК РФ, судебная практика и сопровождение корпоративных процедур и сделок

ПРАВО ВТО И ПРАКТИКА ЕГО ПРИМЕНЕНИЯ:
инструменты развития и защиты российских компаний

ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ЭФФЕКТИВНОЙ РАБОТЫ КОРПОРАТИВНОГО ЮРИСТА

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ОБ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ:
практика применения и реформа IV части ГК РФ

КРЕДИТНЫЙ ДОГОВОР И СРЕДСТВА ОБЕСПЕЧЕНИЯ:
актуальные вопросы, новая судебная практика и реформа ГК РФ

НА МЕРОПРИЯТИЯХ ИНСТИТУТА ВЫСТУПАЮТ ВЕДУЩИЕ РОССИЙСКИЕ ЮРИСТЫ, СУДЬИ И ПРЕДСТАВИТЕЛИ ПРАВОВОЙ НАУКИ

тел.: +7 (495) 771-59-27
+7 (495) 772-91-97
e-mail: info@m-logos.ru
http://www.m-logos.ru

Новые Путеводители для юристов в системе КонсультантПлюс

В системе «КонсультантПлюс» появились два Путеводителя для юристов – Путеводитель по госуслугам для юридических лиц и Путеводитель по корпоративным процедурам. Путеводители – это популярные среди специалистов материалы, которые содержат готовую к применению информацию. Они позволяют быстро сориентироваться в незнакомом вопросе и сразу получить порядок действий или сравнить возможные варианты решения вопроса.

Путеводитель по госуслугам для юридических лиц

В новом Путеводителе специалисты найдут пошаговые рекомендации о порядке получения лицензий, разрешений и аккредитаций, а также подачи в госорганы уведомительных документов, предусмотренных федеральным законодательством.

В Путеводителе, например, рассмотрены следующие вопросы:

– получение лицензий для медицинской, образовательной деятельности, для перевозок пассажиров автотранспортом (оборудованным для перевозок более восьми человек);

– порядок регистрации ККТ, СМИ, транспортных средств;

– порядок получения выписок из ЕГРЮЛ, ЕГРИП;

– подача уведомлений о намерении осуществлять обработку персональных данных, и другие.

По каждой теме Путеводитель содержит:

- нормативное регулирование;
- списки необходимых документов, порядок их оформления, ответственность;
- дополнительные требования, на практике предъявляемые госорганами к комплекту подаваемых документов;
- порядок действий до и после получения лицензий и разрешений, например переоформление лицензии, получение ее дубликата или копии;
- информацию о возможных основаниях отказа в выдаче документа и действиях организации в этом случае;
- спорные вопросы на основе выводов из судебной практики и рекомендации экспертов КонсультантПлюс.

Юристы наверняка оценят преимущества «Путеводителя по госуслугам для юридических лиц», ведь в нем не только подробно описан порядок получения разрешений и лицензий на основе нормативных актов, но и учтена практика работы госорганов и решения судебных споров. То есть в рекомендациях учтены возможные подводные камни и нюансы.

Путеводитель по корпоративным процедурам

Еще одно новшество для юристов в системе КонсультантПлюс – Путеводитель по корпоративным процедурам. Он поможет быстро получить все необходимые сведения о порядке проведения корпоративных процедур и подготовке документов для них. В частности, в нем рассмотрены такие процедуры, как: создание ООО и АО, увеличение и уменьшение уставного капитала ООО, заключение сделки по отчуждению доли третьему лицу, внеочередное общее собрание акционеров, выплата дивидендов в АО и другие. Путеводитель будет надежным помощником юристов компаний, так как все рекомендации даны на основе реальной практики ООО и АО.

По каждой процедуре Путеводитель содержит:

- таблицу-схему: последовательность этапов и действий;
- нормативное регулирование;
- порядок действий, способы и сроки проведения процедуры, оформление документов;
- информацию об ответственности и возможных последствиях;
- сложные и спорные вопросы.

Путеводители КонсультантПлюс – актуальные и удобные для работы

Новые Путеводители будут ежемесячно обновляться – в них будут добавляться материалы по новым темам с учетом изменений законодательства и появления судебной практики или спорных вопросов. Заметим, что постоянная актуализация характерно для всех Путеводителей в системе КонсультантПлюс.

Теперь в системе КонсультантПлюс представлено пять Путеводителей для юристов:

- по корпоративным процедурам (новинка 2012),
- по госуслугам для юридических лиц (новинка 2012),
- по судебной практике (ГК РФ),
- по корпоративным спорам,
- по договорной работе.

Путеводители предоставляют полную информацию для решения профессиональных задач и позволяют серьезно экономить свое время.