



СВОБОДА ДОГОВОРА И ПРЕДЕЛЫ ДИСПОЗИТИВНОСТИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ

Одним из наиболее обсуждаемых юристами в ноябре документов стал проект постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах». Мы попросили экспертов оценить позитивные и негативные тенденции проекта этого постановления, а также роль, которую оно способно сыграть для последующей судебной практики.



Роман Бевзенко

начальник управления
частного права ВАС РФ,
кандидат юридических наук

— Проект постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора и ее пределах является логическим завершением той работы по анализу и обобщению судебной практики в сфере обязательственного права, которую Суд вел в последние годы.

В проекте постановления решается сразу несколько крупных и актуальных задач, которые стоят перед российскими арбитражными судами.

Первая — снижение общего уровня императивности норм, регулирующих коммерческие обязательства. Эта цель достигается путем, во-первых, констатации того простого факта, что если в норме обязательственного права нет оговорки о возможности сторон установить в договоре иное правило, чем это предусмотрено в норме, то сам по себе этот факт не делает норму императивной: это должно быть явным образом выражено в ней самой (например, оговоркой о том, что соглашение об ином ничтожно). Императивность нормы также может быть подразумеваемой: в этом случае необ-

ходимо выявить интересы, которые ею защищаются. Иными словами, ВАС РФ предлагает судам и сторонам споров отходить от весьма примитивного грамматического понимания императивности и диспозитивности норм. Я считаю такой подход верным, ведь частное право — это своеобразный заповедник свободы, в котором частные лица свободно контактируют друг с другом на основе принципа «можно все, что не запрещено». Господствовавшее до недавнего времени мнение, сводящее диспозитивные нормы только к тем, в которых прямо содержится оговорка о возможности предусмотреть иное, по сути извращает этот фундаментальный правовой принцип, превращая его в насмешку над частным правом — «можно только тогда, когда это прямо разрешает государство». Вряд ли можно придумать худший фундамент для строительства частного права и гражданского оборота...

Вторая глобальная задача, которую призван решить этот проект, — привить российским судьям в частности и юристам в целом стремление к целевому (телеологическому) толкованию норм права. По большому счету это задача не постановления Пленума, а профессора, читающего лекции на втором курсе юридического факультета. Однако, увы, бедственное положение российского юридического образования зачастую сводит это самое образование к простому пересказу норм законов. Студентов учат не праву, а законам, и юриспруденция превращается в простое знание юридических текстов. Чрезвычайная склонность отечественных юристов к грамматическому толкованию убивает юриспруденцию, душит в ней здравый смысл и творческое начало. Зачастую из-за буквального толкования норм принимаются несправедливые решения, однако почему-то именно такой результат и объявляется правовым — мол, это же закон! Хотя на самом деле юриспруденция — это наука о том, как установить равенство и справедливость на основе правовых концепций, взглядов, подходов, теорий и т.п., выраженных в нормах законов. Проект постановления Пленума ВАС РФ о договорной свободе содержит в себе мощный посыл, адресованный судам: право — это то, что стоит за буквами и словами нормы закона, право — это здравый смысл, равенство, справедливость, недопущение злоупотреблений. Распознать этот здравый смысл можно, устанавливая именно те цели, которые законодатель преследовал, когда формулировал нормы права; задача суда — защищать эти цели, даже если законодатель неудачно сформулировал их в тексте закона.

Разумеется, задача эта крайне непроста. Она требует от юристов высокого профессионализма, уверенного знания правовых доктрин, концепций и т.п., а от законодателя — цивилизованных форм законотворчества, которые должны выражаться хотя бы в развернутых пояснительных записках к законопроектам, из которых юристы могли бы черпать информацию об истинных целях законодателя. Она, в конце концов, требует от юристов желания быть именно юристами, а не законооведами — пересказчиками юридических текстов.

Задача амбициозная. Но она обязательно должна быть решена, — современное российское гражданское право остро нуждается в этом.

**Оксана Олейник**

заведующая кафедрой
предпринимательского права
НИУ ВШЭ, доктор юридических
наук, профессор

— Любая правовая новелла, в чем бы ни заключалась ее суть, во введении новой нормы или в новом толковании, должна оцениваться на предмет соответствия главным правовым свойствам, делающим право социально ценным феноменом. В качестве этих свойств выступают, как известно, такие признаки права, как его предсказуемость и стабильность, создающие состояние правовой определенности. Нестабильное и непредсказуемое право не нужно участникам экономического оборота, от такого права больше вреда, чем пользы. С этих позиций можно оценить и идеи, содержащиеся в проекте постановления Пленума ВАС РФ, широко обсуждаемом в последнее время.

Нетрудно заметить, что большая часть планируемых разъяснений проверку этими признаками права не выдерживает. Достаточно обратиться, например, к содержащемуся в п. 4 тезису о том, что при определенных условиях (отсутствие прямого запрета и пр.) императивная норма должна рассматриваться как диспозитивная. Получается, что до момента принятия судебного решения будет неизвестно, является ли норма диспозитивной или императивной, следует ли ее неукоснительно соблюдать или можно игнорировать... И только суд установит наличие защищаемых интересов, существо договора и пр., после чего, очевидно, решит вопрос о возможности признания договора или отдельных его условий недействительными по ст. 168 ГК РФ.

Далее. Хорошо известно, что у права есть определенные логические принципы толкования и применения норм, которые очень часто не соблюдаются. Примером может служить разъяснение, данное в п. 7 анализируемого документа, который посвящен непоименованным договорам. Вначале разработчики совершенно справедливо указывают, что к непоименованному договору (если у него нет признаков договора смешанного (п. 3 ст. 421 ГК РФ)) правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, не применяются. Но затем делается совершенно противоположный вывод о том, что эти нормы могут применяться к непоименованному договору по аналогии закона (ст. 6 ГК РФ), когда исходя из целей законодательного регулирования это необходимо для защиты охраняемых законом интересов слабой стороны договора, третьих лиц или публичных интересов. Так и хочется спросить: где же логика и какие публичные интересы будут защищаться таким образом?

Еще любопытнее разъяснение о примерных условиях, на которые в договоре нет никакой ссылки. Оказывается, если такие условия соответствуют признакам обычаев, то их все равно можно применить к договорным отношениям. Но почему? Ведь тогда они и будут обычаями, а не примерными условиями! Складывается впечатление, что разработчики проекта забыли, что признание какого-либо правила обычаем не зависит от того, зафиксировано ли оно в документе. Следовательно, и то, что записано, может быть обычаем. Тогда какой смысл в разъяснении?

Очень трудно поддержать положение, посвященное оплате энергии, приведенное в п. 3. Вместо того чтобы разъяснить, что оплата неполученной энергии не соответствует основным принципам договорного права, предлагается защитить публичные интересы. За счет кого? Ответ очевиден: за счет част-

ных лиц — сторон экономического оборота. Это они должны будут нести риски из-за того, что энергоснабжающие организации проявили нерадивость и определить фактически принятое им количество энергии в соответствии с данными учета оказалось невозможно.

В целом вызывает существенные возражения стремление судебной власти создать в сфере частного права механизм преимущественной защиты публичных интересов.

Но несмотря на то, что большинству анализируемых положений дана негативная оценка, в завершение все же хочется сформулировать и положительный тезис. ВАС РФ зафиксировал очень важное положение: разграничил правовое регулирование отношений с участием граждан и отношений, в которых обе стороны договора являются предпринимателями. Во втором случае допускается большая степень договорной свободы, чем в отношениях между предпринимателями и потребителями или между гражданами. И это совершенно правильно. Об этом много и хорошо написано в юридической литературе нашей страны и большинства зарубежных стран, в которых наряду с гражданским действуют торговые или коммерческие кодексы. Последние как раз и регулируют отношения, связанные с предпринимательской деятельностью. Разграничение проводится на законодательном уровне, а не путем разъяснения того, что одна и та же норма может быть признана диспозитивной в отношении сугубо предпринимательских договоров и императивной — в отношении договоров потребительских.



Александр Сергеев

заведующий кафедрой
гражданского права СПбГЭУ,
доктор юридических наук

— Большинство содержащихся в проекте ВАС РФ разъяснений актуальны и правильны. В частности, я поддерживаю положения о том, что суды обязаны учитывать цели законодательного регулирования (п. 1), а предпринимателям следует предоставить большую договорную свободу (п. 1, 5). Позитивно оцениваю также намерение ВАС РФ отнести к категории императивных не только нормы, содержащие явно выраженный запрет на установление соглашением сторон договора иных условий (п. 2), но и нормы, направленные на защиту охраняемых законом интересов (п. 3). Принципиально важным считаю отнесение всех остальных гражданско-правовых норм к числу диспозитивных (п. 4). Верным является, на мой взгляд, подход составителей проекта к соотношению общих норм ГК РФ и норм специальных законов (п. 8), хотя, в принципе, этот вопрос должен решить законодатель, внося соответствующие коррективы в ст. 3 ГК РФ.

Однако часть положений проекта вызывает возражения. Сомнительно выглядят некоторые из приведенных в п. 4 проекта примеров диспозитивных норм. Наконец, составители проекта не учли, что отдельные нормы императивны в силу того, что они отражают взвешенный баланс интересов сторон договора.

**Артем Карапетов**

директор Юридического института
«М-Логос», доктор
юридических наук

— Проект постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора я поддерживаю и считаю его огромным достижением. Правда, у меня к его тексту есть несколько замечаний. В частности, я не согласен с тезисом о праве суда признать норму, имеющую «прямую диспозитивную оговорку», императивной в целом. Суд действительно может ограничить путем телеологического ограничительного толкования рамки допустимого отклонения от содержания такой диспозитивной нормы. В законе есть масса диспозитивных норм, очевидно призывающих к такому ограничительному толкованию. Некоторые из них приводятся в проекте в качестве иллюстраций этой позиции. Но полностью дезавуировать прямую диспозитивность — это уже слишком. Как минимум нижестоящим судам такой вариант толкования рекомендовать не стоит.

Не считая некоторых иных редакционных замечаний, в остальном же проект оцениваю как настоящий прорыв в российском договорном праве. Сам факт его опубликования и публичного обсуждения может стать вехой в истории нашего права. Конечно же, ключевым методом толкования сотен норм договорного права, не содержащих в тексте прямого указания на императивность или диспозитивность, должно быть телеологическое толкование. Именно такой подход доминирует в судах большинства европейских стран (Германия, Франция и т.п.). При этом если суд не видит политико-правовых оснований для того, чтобы в некоей норме, определяющей права и обязанности сторон договора, «прочитать» скрытый императивный смысл и намерения ограничить автономию воли сторон, то ему следует признать норму диспозитивной.

Ведь что на самом деле представляют собой сотни норм ГК РФ о договорах и обязательствах? Это просто относительно справедливые правила взаимодействия сторон договора, в свое время реципированные разработчиками из различных источников (советские гражданские кодексы, проект Гражданского уложения Российской империи, современные зарубежные кодексы и акты международной унификации договорного права) либо изобретенные самостоятельно. Но из того факта, что данное правило представляется разумным и справедливым, отнюдь не следует автоматически вывод о том, что стороны не имеют никаких возможностей в связи со спецификой своего договора и с учетом своих интересов предусмотреть иные правила взаимоотношений.

Устоявшийся у нас принцип однозначно императивной квалификации таких норм — жуткий анахронизм и рудимент советского «антицивилистического» наследия (в рамках которого запрещено все то, что сторонам прямо не дозволил законодатель), от которого давно пора избавиться. В рыночных условиях договорное право — это сфера действия принципа «разрешено все, что прямо не запрещено и не заслуживает такого запрета».

Нет ни одной развитой страны, Гражданский кодекс которой содержал бы столько бессмысленно императивных норм об обязательствах и договорах. За рубежом императивные нормы в основном преобладают в регулировании потребительских, трудовых договоров и в некоторых иных

сферах, в которых базовые цивилистические принципы массово отступают перед ценностями социального государства. В остальных же областях права диспозитивность норм договорного права презюмируется. Суды отступают от нее только тогда, когда в тексте нормы есть однозначное указание на ее императивность или когда это имплицитно вытекает из ее смысла и целей. Злоупотребления свободой договора, безусловно, должны жестко пресекаться. Но для этого в арсенале судов есть инструменты *ex post* контроля договорной свободы (принципы добросовестности; запрет обхода закона; запрет на сделки, нарушающие публичный порядок и основы нравственности; правила о справедливости условий договора присоединения или потребительских договоров и т.п.). В российском праве все эти инструменты имеются, более того, в последнее время они все активнее используются. Поэтому нет смысла держать в качестве императивных сотни норм договорного права, чья императивность скорее чисто случайна и предопределена тем, что в норму забыли напрямую вписать сакраментальную фразу о праве сторон оговорить иное. Если бы отсутствие этой фразы означало, что законодатель осознанно запрещает любые отклонения от содержания нормы по соглашению сторон, с этим, возможно, стоило бы смириться. Но сейчас все признают, что в большинстве случаев эта фраза произвольно разбросана по тексту ГК РФ. Есть множество примеров, иллюстрирующих этот тезис. В XXI в. частное право просто не может мириться с таким иррациональным поправлением конституционного принципа свободы договора.

Некоторые оппоненты возражают, что российские суды не готовы признавать приоритет телеологического толкования и намного менее профессиональны, чем их немецкие и французские коллеги. Не могу с этим согласиться. Российские суды, конечно же, очень далеки от совершенства, но любой здравомыслящий юрист легко оценит, что, например, в ст. 475 ГК РФ, раскрывающей понятие существенных дефектов в товаре, нет ничего, что могло бы оправдать запрет сторонам согласовывать иные критерии существенности, а в ст. 782 ГК РФ нет никаких оснований видеть подразумеваемый запрет на условие о равном распределении последствий одностороннего отказа от договора. Сейчас эти и многие другие нормы суды механически признают императивными просто в силу того, что в них не указано на право сторон оговорить иное. Но до каких же пор участники оборота будут страдать от иррационализма в толковании законодательных норм?

ВАС РФ уже несколько лет демонстрирует в своих постановлениях, что он не связан устаревшей идеей о жесткой императивности норм, не имеющих указания на право сторон оговорить иное. Но для того, чтобы этот разворот укоренился, необходимо это объявить прямо и громко, чтобы суды в полной мере осознали переключение «советской матрицы» на современные западные стандарты толкования закона.

Я очень рассчитываю на то, что данный проект будет принят и начнет применяться как минимум в арбитражных судах при разрешении споров между предпринимателями.

**Алексей Курбатов**

профессор кафедры
предпринимательского права НИУ
ВШЭ, доктор юридических наук

— Проект постановления Пленума ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» стал апогеем деятельности ВАС РФ в последние годы, которая, на мой взгляд, характеризуется откровенным пренебрежением к российскому праву как таковому, к основным участникам законодательного процесса (Государственной Думе РФ и Президенту РФ), а также к Конституционному Суду РФ. Общий смысл проекта заключается в замене законодательно установленных формальных критериев на оценочные подходы, которые будут применяться исключительно по усмотрению судов. Кроме того, проект игнорирует целый ряд доктринальных подходов, на которых строится правовое регулирование в России.

Во-первых, в проекте смешаны дозволения и нормативные ограничения свободы договора: обязывания, запреты, принципы реализации прав. Такой подход позволит судам изменять любое правило, установленное законом.

В то же время такие вопросы, как отмена или изменение нормативных ограничений, в силу установленных Конституцией РФ принципов разделения полномочий между органами государственной власти относятся к компетенции законодателя и Конституционного Суда РФ. Оценка фактического поведения сторон судами в рамках рассмотрения конкретного дела при отсутствии формальных нарушений производится за счет применения принципов добросовестности и недопустимости злоупотребления правом, которые упоминаются в п. 6 и 11 проекта.

Во-вторых, в п. 4 проекта закреплено право судов признавать императивные нормы диспозитивными.

Между тем запреты или обязывания устанавливаются в целях охраны публичных интересов (интересов неограниченного круга лиц). Поэтому, признавая такие нормы диспозитивными, суд в противоречие с волей законодателя фактически отказывает в защите охраняемых ими интересов.

В-третьих, если в законе установлено обязывание (требование действовать определенным образом), то закреплять в нем еще и запрет действовать иным образом (требование воздержаться от иных действий) лишено всякого смысла. Однако именно такой критерий деления норм на диспозитивные и императивные содержится в абз. 1 п. 2 и в абз. 1 п. 3 проекта.

В то же время указание на то, что соглашение, устанавливающее иное, ничтожно, используется законодателем тогда, когда какой-либо вопрос вообще исключается из сферы договорного регулирования.

В-четвертых, судам навязывается целевое толкование (абз. 3 п. 1, абз. 2 п. 2 проекта), которое используется в зарубежных правовых системах. Однако в России этот вид толкования в большинстве случаев просто неприменим, поскольку цели правового регулирования невозможно определить однозначно. В подтверждение можно привести цель правового регулирования ст. 319 ГК РФ, указанную в абз. 3 п. 3 проекта, которая сводится к охране

интересов «слабой» стороны, хотя это норма общая. При такой логике у нас в любых отношениях с участием юридических лиц, в том числе связанных с передачей имущества, есть «слабая» сторона, поскольку одна сторона осуществляет свою деятельность на профессиональной основе.

Между тем назначение и место норм права в механизме правового регулирования, а также вид интереса, который ими охраняется, определяются путем их буквального и системного толкования.

В-пятых, положения проекта, согласно которым суды могут признать в отношениях между предпринимателями норму диспозитивной, а в отношениях с участием потребителей — императивной (абз. 1 п. 5), а также положения о том, что договор может толковаться судами в пользу одной из сторон (п. 12), противоречат конституционному принципу равенства всех перед законом и судом (ч. 1 ст. 19 Конституции РФ). Любые изъятия в данном случае должны устанавливаться законом, т.е. в рамках законодательного процесса и выборными органами. В частности, это следует из ч. 3 ст. 55 Конституции РФ. Исходя из этого недопустимость ухудшения положения определенных категорий субъектов по сравнению с положением, закрепленным в законодательстве, устанавливается законом (пример — ст. 16 Закона РФ «О защите прав потребителей»), а не путем толкования.

В-шестых, порядок разрешения коллизий между нормами ГК РФ и иных федеральных законов, указанный в п. 8 проекта, противоречит принципам разрешения коллизий (приоритет имеет норма, принятая позднее) и правовой позиции КС РФ, выраженной в абз. 8 п. 3 мотивировочной части Определения от 05.11.1999 № 182-О, согласно которой «в статье 76 Конституции Российской Федерации не определяется и не может определяться иерархия актов внутри одного их вида, в данном случае — федеральных законов. Ни один федеральный закон в силу статьи 76 Конституции Российской Федерации не обладает по отношению к другому федеральному закону большей юридической силой».

В-седьмых, в п. 3 проекта заложена возможность признания судом диспозитивных норм императивными. Мало того, что это изменяет назначение норм права, — существенные проблемы можно выявить и с точки зрения конкретной ситуации. Например, в России рано или поздно появятся коллективные иски в защиту прав потребителей. Может получиться, что организация строила свою деятельность на определенной норме, считая ее исходя из буквального толкования диспозитивной, а суд через какое-то время признает эту норму императивной, и к этой организации будет предъявлен коллективный иск. В результате полностью уничтожаются правовая стабильность и определенность.

**Марина Рожкова**

профессор кафедры интеллектуальных прав Московского государственного юридического университета им. О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук

— Проект постановления ВАС РФ «О свободе договора и ее пределах» не назовешь традиционными рекомендациями высшего судебного органа по применению законодательных норм. Постановление призвано полностью изменить сложившееся в судебной практике понимание свободы договора, и эта идея, бесспорно, заслуживает поддержки. Вместе с тем нельзя не заметить недостаточную проработанность положений проекта, на которую обращают внимание многие эксперты, обсуждающие его на портале *Zakon.ru*.

Оценивая потенциальное значение данного постановления для судебной практики, сложно быть оптимистом. В условиях грядущего упразднения ВАС РФ все его разъяснения и рекомендации становятся актами несуществующего органа со всеми вытекающими отсюда последствиями. Такая участь в свое время постигла акты Госарбитража РСФСР, когда тот был ликвидирован, а его место занял ВАС РФ.

**Дмитрий Степанов**

партнер Адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры», адвокат, кандидат юридических наук

— Разработка подобного постановления — целый этап в развитии российского договорного права, и следует говорить об этом именно так, без излишнего пафоса. ВАС РФ сделал заявку на решение застарелой проблемы, которая не была исправлена ни при принятии первоначальной версии ГК РФ в середине 1990-х гг., ни в рамках недавней ревизии ГК РФ. Хотя именно эта проблема является ключевой для создания по-настоящему частного права. До тех пор пока свобода договора не станет основой основ при разрешении любых договорных споров в судах, мы и дальше будем наблюдать картину, столь типичную для нашей судебной практики, — признание все и вся недействительным или не подлежащим судебной защите.

В целом проект заслуживает всяческой поддержки, поскольку нацелен на корректировку чрезмерно императивного подхода к толкованию договора, сложившегося в российской судебной практике. К сожалению, проекту впору дать название не «О свободе договора и о ее пределах», а скорее «О понятии императивных норм закона в сфере регулирования договорных отношений». Боюсь, что в той редакции, в которой он был представлен на обсуждение, проект окажется не способным переломить крайне негативное отношение нижестоящих судов к защите договоренностей сторон, особенно договоров между коммерсантами. В связи с этим я бы обратил внимание на следующие моменты.

Во-первых, я бы предложил пойти дальше и без лишних оговорок во вводном пункте явным образом сформулировать правило, что для всех предпринимательских договоров норма, если из ее содержания или телеологического толкования не следует иного, признается диспозитивной. Более того, если в рамках судебного спора между предпринимателями одна из сторон заявляет, что соответствующая норма является императивной исходя из целей ее введения, но этого не следует из буквального содержания текста закона, такая сторона должна обосновать цели, ради которых такая норма подлежит квалификации

как императивная. Напротив, для двух других категорий договоров — между гражданами и между гражданами и предпринимателями (потребительских договоров), — арбитражный суд может по своему усмотрению установить целеполагание, заключенное в такой норме, и применить соответствующие последствия в отношении договора или отдельных его условий.

С учетом неопределенных перспектив арбитражного правосудия в России и неясностей с кадровым составом будущего судебного корпуса, который будет разрешать сложные экономические споры на уровне высшей судебной инстанции, я бы предложил уважаемым коллегам из ВАС РФ зафиксировать данное положение (об общей диспозитивности норм договорного права в предпринимательских договорах) в совершенно четких и не допускающих двоякого толкования или отступлений терминах, а именно: стоит указать те презумпции, которыми должны руководствоваться суды при рассмотрении соответствующих споров. Для предпринимательских отношений подобная презумпция станет лучшим наследством, за которое все мы будем благодарны ВАС РФ долгие годы!

Во-вторых, чрезвычайно опасно давать право нижестоящим судам толковать явно диспозитивные нормы как императивные. Так, в тексте п. 3 проекта указывается, что если в норме, регулирующей права и обязанности сторон по договору, нет очевидно выраженного запрета его сторонам устанавливать условие, отличное от предусмотренного в данной норме, то она может быть применена судом как императивная независимо от того, содержится или не содержится в ней указание на возможность предусмотреть иное соглашением сторон, если суд установит, что исходя из целей законодательного регулирования содержащееся в ней правило обеспечивает защиту охраняемых законом интересов (интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов и т.д.) либо императивность нормы вытекает из существа договора.

Подобный подход был бы уместен для договоров между гражданами и для потребительских договоров, но абсолютно неприемлем в предпринимательских отношениях. В противном случае коммерсанты не могут быть уверены, окажутся ли в дальнейшем их договоренности защищенными, а законодатель будет вынужден перегружать нормативный текст оговоркой «при этом стороны вправе установить своим соглашением иное». По сути, данное разъяснение лишает практического смысла разъяснение, содержащееся в п. 4 проекта. Полагаю, что правила абз. 1 п. 3 проекта должны быть сужены и распространяться лишь на договоры между гражданами, а также потребительские договоры.

Еще один момент. В п. 8 проекта указывается, что положения специальных законов и иных правовых актов, регулирующие соответствующие отношения, обладают приоритетом перед общими нормами ГК РФ об обязательствах и договорах, а также об отдельных видах договоров лишь при условии, что они приняты в соответствии с ГК РФ и его положения допускают возможность установить иное регулирование законом или иными нормативными актами. Однако из данного пункта не ясно, каким именно образом ГК РФ должен устанавливать подобное «иное» регулирование. Скорее всего, разработчики



проекта имели в виду прямую оговорку о возможности регулирования тех или иных положений в специальном законе, которая часто встречается, например, в гл. 4 ГК РФ, касающейся юридических лиц.

Между тем, учитывая многообразие правоотношений, вполне вероятно, что подобная прямая оговорка будет включена далеко не во все положения ГК РФ, которые в действительности могут быть изменены в специальном законодательстве (как далеко не во всех диспозитивных нормах ГК РФ содержится оговорка «если иное не установлено договором»). В итоге на практике может возникнуть следующая проблема: в специальном законе в ГК РФ прямой оговорки о необходимости урегулирования того или иного вопроса нет, однако тот или иной вопрос тем не менее требует иного (отличного от ГК РФ) регулирования. Возникнет множество споров о том, как следует урегулировать данные отношения по смыслу ГК РФ, притом что в самом ГК РФ ничего не будет сказано напрямую. Правоприменителям придется додумывать то, чего нет буквально в ГК РФ, но якобы должно быть исходя из смысла, придаваемого прочтению его отдельных положений, в результате ранее заключенный договор лишится правовой защиты.

Правильным, на мой взгляд, было бы либо вовсе исключить из проекта п. 8, либо скорректировать его таким образом, чтобы вопрос о соответствии специального закона ГК РФ исследовался лишь в том случае, когда в ГК РФ есть прямая отсылка к специальному закону, а не во всех ситуациях, когда воображение позволяет домысливать то или иное положение, как если бы оно было указано в ГК РФ или по «смыслу ГК РФ».

В любом случае, если проект ВАС РФ будет принят, то по значимости содержательных изменений, заключенных в этом небольшом судебном акте, он превзойдет многие десятки и сотни страниц законодательного текста, в том числе так жарко обсуждавшегося в ходе недавней реформы ГК РФ. Очень хочется надеяться, что ВАС РФ успеет провести подобные новации, пока у него есть такие возможности.



Александр Савельев

юрист компании *IBM* (Россия/СНГ),
старший научный сотрудник НИУ
ВШЭ, кандидат юридических наук

— На мой взгляд, в проекте постановления особого внимания заслуживают и могут быть названы поистине революционными два момента: 1) п. 3 и 4, говорящие о необходимости применять не только буквальное, но и телеологическое толкование правовой нормы, регулирующей договорные отношения, при решении вопроса о ее императивной или диспозитивной природе; 2) п. 11, продолжающий начатую ВАС РФ еще в Информационных письмах № 146 и 147 о спорах по кредитным договорам политику реформирования ст. 428 ГК РФ и кардинально изменяющий последствия признания судом условия договора присоединения недопустимым. По результатам обсуждения проекта в Президиуме ВАС было принято решение, что такое условие лишается юридической силы («не применяется»), а не просто влечет изменение договора на будущее или его расторжение, как это следует из буквального толкования п. 2 ст. 428 ГК РФ.

С научной точки зрения эти изменения можно всячески приветствовать. С одной стороны, новый подход к определению природы правовой нормы должен способствовать большей степени свободы усмотрения сторон предпринимательского договора при определении его условий, с другой — выработанные ВАС РФ новые подходы к пониманию механизма судебного контроля за договорами присоединения предоставляют дополнительные правовые средства, позволяющие пресекать злоупотребления такой свободой со стороны «сильного» предпринимателя. Таким образом, Россия начинает двигаться в одном направлении с передовыми зарубежными странами (в частности, Германией, Голландией, США), давно реализовавшими подобные идеи на практике.

Предполагается, что более гибкий подход к определению степени допустимой свободы договора позволит преодолеть одиозность ряда норм ГК РФ, которые давно уже мешают бизнесу, когда тот пытается внедрить в России современные бизнес-модели. В качестве примера можно указать на пресловутую ст. 782 ГК РФ, категоричная формулировка которой вынуждает многие суды сделать вывод о ничтожности условий, определяющих порядок и иные последствия одностороннего отказа от договора возмездного оказания услуг, причем независимо от того, каков субъектный состав такого договора. Такой подход сводит на нет целесообразность, в частности, оказания услуг, связанных с высокими первоначальными инвестициями со стороны исполнителя (например, *IT-аутсорсинга*). Спрашивается, какой смысл уравнивать договор оказания услуг потребителю и договор об оказании услуг, заключенный между компаниями вроде Сбербанка и Ростелекома? Да и в сфере потребительских договоров дополнительная гибкость при определении условий их расторжения может оказаться не лишней, учитывая огромное многообразие видов услуг, охватываемых гл. 39 ГК РФ. Правильное применение п. 3 и 4 постановления позволит более гибко решать этот вопрос.

Однако, как это часто бывает в России, реализация данных поправок на практике может иметь противоположный результат. Не исключены ситуации, которые можно охарактеризовать метким изречением «хотели как лучше, а получилось как всегда». В чистоте помыслов разработчиков проекта и судей ВАС РФ я не сомневаюсь, но вполне допускаю, что разъяснения высшей судебной инстанции могут быть использованы для различного рода злоупотреблений как отдельными судьями, так и участниками оборота. Возьмем, скажем, ту же ст. 428 ГК РФ и новеллы, которые в нее «вдохнули» разъяснения ВАС РФ — никто не даст гарантий, что ею не будут прикрывать манипуляции в сфере государственных закупок или закупок согласно Федеральному закону от 18.07.2001 № 233-ФЗ. Организатор разрабатывает чрезмерно обременительный договор, заключить который не согласится ни одна здравомыслящая компания (особенно фирма с иностранным участием), и тем самым искусственно сужает круг претендентов. А затем, уже в судебном процессе, условия такого договора «корректируются» в пользу выигравшей стороны. Но даже если не брать такие одиозные случаи, сама по себе реализация механизма ст. 428 ГК РФ весьма затруднительна, а значит, неизбежны судебные ошибки, по крайней мере на



начальных этапах применения. Этому будет способствовать, в частности, отсутствие какой-либо практики и внятных критериев: 1) «профессионализма» стороны (кто, например, большой профессионал в сфере информационных технологий: крупный банк, располагающий значительными финансовыми и техническими ресурсами в совокупности с обширным штатом ИТ-специалистов, либо небольшая компания, которая по заказу банка разрабатывает программное обеспечение?); 2) чрезмерной обременительности условий договора (будет ли условие договора анализироваться изолированно от иных условий, в том числе от возможных скидок за «жесткость», или же суд использует иной подход?) и т.д. Таким образом, я допускаю, что на первых этапах «реализации» разъяснений ВАС РФ нижестоящие суды будут допускать перегибы и принимать решения, попирающие ту самую свободу договора, ради поощрения которой эти разъяснения приняты. Однако есть надежда, что подобные нарушения станут меньшим злом, чем нынешний формализм судов. Уподобляя ВАС РФ доброму пахарю, можно сказать, что с помощью этого проекта Суд засеял зерна, которые в будущем прорастут, победят сорняки и принесут плоды, полезные большинству участников делового оборота.



Андрей Ширвиндт

ассистент кафедры гражданского права МГУ им. М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук

— Три коротких замечания. Во-первых, удивляет появление этого проекта в то время, когда продолжается работа по реформированию гражданского законодательства. На очереди — общая часть договорного права ГК РФ. Если отечественный правопорядок готов к тем радикальным переменам, которые предлагаются в проекте, имеет смысл внести соответствующие изменения в Кодекс. Активное участие судей и сотрудников ВАС РФ в процессе реформирования законодательства позволяет предполагать, что идеи, нашедшие отражение в проекте постановления Пленума, могли быть озвучены и при работе над изменениями в ГК РФ. В такой ситуации отказ от их воплощения в законе будет означать, что законодатель с этими идеями не согласен, и разъяснение высшей судебной инстанции вступит в конфликт с его недвусмысленным решением. Если же идеи проекта будут реализованы в ГК РФ, то постановление Пленума в случае несовпадения его позиций с подходом законодателя окажется неточным или просто-напросто излишним.

Во-вторых, авторам проекта не удалось создать работоспособный алгоритм, позволяющий различать диспозитивные и императивные нормы договорного права. Согласно п. 3 проекта норма императивна, если «исходя из целей законодательного регулирования содержащееся в ней правило обеспечивает защиту охраняемых законом интересов [...] либо императивность нормы вытекает из существа договора». Рискну предположить, что любая норма обеспечивает защиту интересов (если уж пользоваться предложенной системой понятий), которые, получив нормативное признание, становятся «охраняемыми законом». Видимо, с этим согласны и разработчики, поскольку в п. 4 появляются уже не просто «охраняемые зако-

ном интересы», а «те охраняемые законом интересы, для защиты которых исходя из целей законодательного регулирования требуется применение нормы как императивной». Иными словами, норма императивна, если она защищает охраняемые законом интересы и исходя из целей регулирования императивна. В конечном счете предлагаемый тест довольно прост — норма императивна, если того требуют цели регулирования или существо договора. Хотя с этим абстрактным суждением, наверное, можно согласиться, оно не дает судам четких ориентиров. Думаю, что «бегство» в подобные абстракции объясняется как раз тем, что ни судебная практика, ни литература пока не нашли инструментов, способных прийти на смену используемому сегодня подходу, сфокусированному на формальной стороне дела — оговорках законодателя о диспозитивности или императивности каждой конкретной нормы.

В-третьих, серьезные сомнения вызывают примеры, которыми иллюстрируются общие правила проекта. Так, по крайней мере в трех случаях, диспозитивность и императивность норм ГК РФ проверяются на тех фактических составах, которые вообще не охватываются гипотезами этих норм. Пункт 3 ст. 614 ГК РФ объявляется «императивным в соответствующей части» применительно к соглашениям об изменении размера арендной платы в одностороннем порядке, тогда как данное положение закона посвящено исключительно изменению арендной платы по соглашению сторон. Статья 319 ГК РФ «Очередность погашения требований по денежному обязательству» в полном соответствии с ее названием, текстом и местом в систематике Кодекса толкуется как применимая исключительно к платежам, представляющим собой исполнение обязательства, а не возмещение убытков, вызванных неисполнением. Стало быть, соглашения, устанавливающие очередность погашения требований об исполнении и требований о возмещении убытков, не попадают в сферу применения этой нормы, которая, таким образом, не может быть квалифицирована по отношению к ним ни как диспозитивная, ни как императивная. «Положения статьи 410 ГК РФ, устанавливающие предпосылки прекращения обязательства односторонним заявлением о зачете, [действительно,] не означают запрета соглашения договаривающихся сторон о прекращении неоднородных обязательств или обязательств с ненаступившими сроками исполнения и т.п.», но не потому, что эта норма диспозитивна, а потому, что она вообще не касается прекращения встречных обязательств соглашением сторон (кстати сказать, ст. 410 ГК РФ не определяет права и обязанности сторон договора и, следовательно, выходит за предметные рамки, установленные в п. 2 и 3 проекта).



zakon.ru

ПЕРВАЯ СОЦИАЛЬНАЯ СЕТЬ
ДЛЯ ЮРИСТОВ



Роман Тараданов

директор ООО «Комплексная
консалтинговая компания»

Комментарии пользователей портала *Zakon.ru*

— На мой взгляд, в рассматриваемом проекте постановления ВАС РФ решил не просто дать разъяснения по конкретным типовым ситуациям (как это обычно происходило в информационных письмах и постановлениях Президиума, а также в большинстве постановлений Пленума ВАС РФ), но и попытаться изменить саму парадигму сознания арбитражных судов.

Так, с одной стороны, проект явно намекает на необходимость избавиться от «абстрактно-правоохранительной» инерции мышления при разрешении споров между субъектами предпринимательской деятельности. Об этом говорит уже сам тот факт, что п. 1 постановления напоминает о принципе свободы договора.

С другой стороны, ВАС РФ, несомненно, устанавливает ограничения этого принципа, указывая, что императивными должны считаться не только нормы, содержащие прямые запреты, но и те положения законодательства, которые могут быть истолкованы как таковые исходя из природы и субъектного состава регулируемых правоотношений. И примеры толкования отдельных положений ГК РФ, представленные в п. 3–6, однозначно это демонстрируют.

Едва ли сейчас можно однозначно сказать, окажут ли эти разъяснения ВАС РФ позитивное или негативное влияние на эффективность «экономического правосудия» и, соответственно, на саму экономику. Но в любом случае будет весьма печально, если из-за упразднения ВАС РФ они вообще никак не скажутся на судебной практике.



Вадим Петрищев

эксперт компании
«Консультант Плюс»

— Проект постановления Пленума ВАС РФ о свободе договора и ее пределах стал венцом деятельности Суда в сфере обязательственного права. Однако для многих этот венец окажется терновым.

Перед арбитражными судами поставлена нетривиальная задача — разрешать споры не только руководствуясь буквальным и грамматическим толкованием норм договорного права, но и используя целевое толкование, применение которого нехарактерно для арбитражных судов нижестоящих инстанций.

Несомненно, это усилит роль судейского усмотрения, что по меньшей мере на начальном этапе, вызовет некоторую правовую неопределенность, поскольку возникнет риск пересмотра ранее сложившихся подходов к разрешению договорных споров, которые еще «не прошли» через целевое толкование.

В то же время нельзя исключить, что из-за предстоящего упразднения ВАС РФ данный документ может вообще не оказать воздействия на судебную практику, если его не поддержит новый Верховный Суд РФ.



Александр Латыев

руководитель практики Группы
правовых компаний ИНТЕЛЛЕКТ-С
(г. Екатеринбург), кандидат
юридических наук, доцент

— По общему правилу проект постановления следовало бы оценивать вне того контекста, в котором оно появилось, но здесь тот случай, когда фактор ликвидации ВАС РФ является едва ли не определяющим.

С одной стороны, очевидно стремление авторов проекта документально закрепить отказ от примитивного общезапретительного подхода, идеологически сформировавшийся в ВАС РФ. После упразднения Суда поддерживать дух уважения к гражданскому обороту и свободе договора как одному из его проявлений будет уже некому. Зафиксировав свои позиции в постановлении, ВАС РФ постарался хотя бы оставить их как напутствие арбитражным судам нижестоящих инстанций. И в этом плане задача проекта, безусловно, благородна.

С другой стороны, нет ничего губительнее для любого духа, чем попытка отлить его в граните. Проект дает арбитражным судам невиданные прежде широчайшие полномочия самостоятельно определять, какая норма императивна, а какая диспозитивна. По сути, судье в конкретном деле предлагается взять на себя роль законодателя — т.е. ту роль, которую в значительной мере играл в последние годы сам ВАС РФ. Но готовы ли сами судьи к этому? Способны ли все они в каждом конкретном деле установить общие правила и «увидеть лес за деревьями»? Не уверен.

Не следует забывать: все идет к тому, что надзорная инстанция будет вмешиваться и подсказывать направления толкования куда как реже, чем она это делает сейчас. Как следствие, мы рискуем впасть в пучину бессистемного и произвольного определения обязательности одних и тех же норм разными судами, если не разными судьями. И в этом плане миссия проекта — при всем ее благородстве — может оказаться и самой неблагоприятной, разрушающей то, над чем трудился ВАС РФ последние десять лет, — единообразие судебной практики.



Владислав Вдовин

старший юрист коммерческой
практики *Goltsblat BLP*

— Пленум беспрецедентен по тональности и скорее имеет воспитательную направленность, чем содержит технические разъяснения по применению норм. По сути, судам дается ясный посыл: пора взрослеть и рассматривать дела вдумчиво, погружаясь в фактуру дела, взвешивая договорную силу сторон; оценивать не столько формулировку нормы, сколько цели, которые преследовал законодатель, устанавливая данное правило; точно определять, на защиту каких охраняемых законом интересов направлено положение. ВАС РФ в проекте неоднократно обращает внимание нижестоящих судов, что они обязаны мотивировать свои выводы (тот самый элемент *ratio decidendi*, которого так недостает решениям наших судебных инстанций). Уместно отметить, что именно обстоятельный подход судов к рассмотрению дел является одним из ключевых факторов, стимулирующих российских предпринимателей при структурировании сделок отдавать предпочтение английскому праву.



Красной нитью в документе проходит мысль о том, что необходимо отходить от формального, ограничительного подхода, что норму следует рассматривать как диспозитивную во всех случаях, когда отсутствует явно выраженный запрет на установление договором иного, не нарушаются интересы третьих лиц, публичные интересы, а не только в тех случаях, когда содержится оговорка «если иное не предусмотрено договором». ВАС РФ особо отмечает, что в сделках между предпринимателями — сделках равных — допускается большая степень договорной свободы (т.е. не трогайте бизнес, если в этом нет особой необходимости). Это в высшей степени логично, так как предполагается, что в таких отношениях отсутствует «слабая» сторона, которой закон должен обеспечивать дополнительную защиту.

Становится важным, кто готовит проект договора. Сомнения следует толковать в пользу контрагента такой стороны. Предполагается, что проект готовит сторона, являющаяся профессионалом в соответствующей сфере (банк, лизингодатель). Подобное, хотя и не точно такое, правило содержится в английском праве, правда там неясности толкуются в пользу контрагента лица, которое хочет воспользоваться положением договора. К единственной, пожалуй, спорной норме можно отнести возможность непосредственно в договоре определить, в интересах какой стороны толкуются неясности.

Пленум ВАС РФ — событие важное, позитивное и полезное. Разработанный Судом проект направлен на формирование «философии правоприменения», что является базисом адекватных и предсказуемых судебных решений. Последнее, безусловно, повышает привлекательность юрисдикции в России.