

СВОБОДА ДОГОВОРА

Анализ современного права

Коллектив авторов
Свобода договора

«Статут»

2015

УДК 347.441
ББК 67.404.201

Коллектив авторов

Свобода договора / Коллектив авторов — «Статут»,
2015 — (Анализ современного права)

ISBN 978-5-8354-1182-5

Двенадцатый сборник из серии «Анализ современного права» объединяет статьи, посвященные проблематике свободы договора. В представленных работах анализируются различные, порой весьма неожиданные аспекты свободы договора, определяются дальнейшие перспективы развития данного принципа, разбираются вопросы, тесно связанные с обозначенной темой, и т.п. Для судей, адвокатов, практикующих юристов, научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических факультетов, а также всех тех, кого интересуют проблемы развития российского права и вопросы применения действующего законодательства.

УДК 347.441
ББК 67.404.201

ISBN 978-5-8354-1182-5

© Коллектив авторов, 2015
© Статут, 2015

Содержание

Предисловие	6
Указатель сокращений	7
А.А. Богустов	8
Н. Руйе	14
А.Ш. Ахмедов	19
А.А. Кот	31
И.В. Спасибо-Фатеева	53
В.А. Белов	68
С.П. Жученко	100
Д.И. Степанов	121
Конец ознакомительного фрагмента.	123

Свобода договора

Ответственный редактор М. А. Рожкова

© Коллектив авторов, 2015

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2015

* * *

Предисловие

Одним из последних актов ныне упраздненного Высшего Арбитражного Суда РФ стало постановление его Пленума от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах». Кто-то из отечественных юристов принял это постановление на ура, восторженно зачитываясь его положениями, другие отнеслись к нему с большой осторожностью, давая лишь лаконичные оценки, третьи восприняли крайне негативно, не скупясь на нелестные эпитеты. Повышенная заинтересованность и принципиально расходящиеся мнения (что, впрочем, не редкость для юридического сообщества) были обусловлены не столько содержанием указанного акта, сколько самой темой, избранной для формулировки судебных разъяснений.

Представленные в настоящем сборнике статьи с блеском подтверждают тезис о том, что проблематика свободы договора разнопланова и поистине неисчерпаема, об этом свидетельствует и объем сборника. Читателю надо только выбрать интересующий его аспект. Приятного и полезного чтения!

P.S.: Приглашение к участию в готовящихся сборниках серии «Анализ современного права», а также информация о сборниках, ранее вышедших в рамках этой серии, размещены на сайте rozhkova.com.

Задать вопрос автору конкретной статьи или руководителю авторского коллектива можно по электронным адресам, указанным в разделе «Коротко об авторах» (в настоящем сборнике и на вышеупомянутом сайте).

М.А. Рожкова

Указатель сокращений

- АПК РФ** Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации
ААС апелляционный арбитражный суд
ВАС РФ Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (в настоящее время упразднен)
Вестник ВАС РФ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации
ВС РФ Верховный Суд Российской Федерации
ГГУ Германское гражданское уложение
ГК гражданский кодекс
ГК РФ Гражданский кодекс Российской Федерации
ГПК РФ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации
ГТУ Германское торговое уложение
Закон об АО Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»
Закон об ООО Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»
Закон № 42-ФЗ Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»
ЗК РФ Земельный кодекс Российской Федерации
КС РФ Конституционный Суд Российской Федерации
Концепция развития гражданского законодательства Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 6–99)
АО акционерное общество
ООО общество с ограниченной ответственностью
Постановление № 16 постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах»
Принципы УНИДРУА Принципы международных коммерческих договоров Международного института унификации частного права (УНИДРУА) 2010 г.
СЗ Собрание законодательства
ТК РФ Трудовой кодекс Российской Федерации
ФАС Федеральный арбитражный суд
ФГК Французский гражданский кодекс
ФЗ Федеральный закон
ШОЗ Швейцарский обязательственный закон

А.А. Богустов

Проблемы реализации принципа свободы договора в Модельных правилах европейского частного права

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

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

Не менее серьезные изменения претерпел и принцип свободы договора. Причем перемены эти были не одномоментны, а происходили на протяжении практически всего последнего столетия. Еще в первой половине XX в. на ограничение принципа свободы договора обратили внимание некоторые ученые-цивилисты. В другой работе мы уже упоминали² высказывание Ф. Вольфсона, отметившего следующее: «Если основным началом старого права была свобода договоров, то в настоящее время это начало отступает перед другим, перед принципом общественной пользы»³. В то же время нельзя не признавать того, что потребность в ограничении свободы договора была вызвана не только необходимостью построения социалистической системы права. Объективность и универсальность данного процесса иллюстрируются сделанным в середине 1930-х годов Е.В. Васьковским замечанием: «... негативной чертой свободы договоров является то, что она открывает путь безусловному, ничем не ограниченному эгоизму, использующему все и всех для личных целей. Вследствие этого свобода договоров требует ограничения»⁴. Весьма подробно основания и порядок ограничения данного принципа в законодательстве зарубежных стран исследовались в советской юридической литературе⁵.

На наш взгляд, для уяснения современного состояния рассматриваемой проблемы необходимо обратиться к модельному акту *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* («Принципы, определения и модельные правила европейского частного права. Проект общей справочной системы»⁶; далее – Модельные правила европейского частного права, *DCFR*).

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

² См.: Богустов А.А. Понуждение к заключению договора в законодательстве стран СНГ: сравнительно-правовой анализ // Практика применения общих положений об обязательствах: Сб. статей / Рук. авт. кол. и отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2011. С. 343.

³ Вольфсон Ф. Учебник гражданского права РСФСР. Ч. 1. М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1925. С. 90.

⁴ Wałkowski E. Nowe idee w kodeksie zobowiązań. Lwów, 1934. S. 2.

⁵ См.: Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. Харьков: Юрид. изд-во НКЮ Украины, 1928. С. 51–57; Юридический словарь. М.: Госюриздат, 1953. С. 138–139; Май С.К. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М.: Внешторгиздат, 1953. С. 40–44; Халфина Р.О. Договор в английском гражданском праве. М.: Изд-во АН СССР, 1959. С. 184–194; Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада // *Он же*. Избр. тр. М.: Статут, 1997. С. 262–273.

⁶ Модельные правила европейского частного права. М.: Статут, 2013.

Значение любых модельных актов состоит в том, что они являются отражением существующего уровня развития правовой доктрины. Разработчики Модельных правил европейского частного права отмечают: «...как преимущественно научный текст [*DCFR*. – А.Б.] отражает развитие цивилистической мысли в Европе, а также во всем мире. Разработанный текст является хорошим образцом для совершенствования национального законодательства в сфере частного права независимо от того, является государство членом Европейского Союза или нет. *DCFR* имеет большое практическое значение для государств, в которых разрабатываются новые гражданско-правовые кодификации либо совершенствуются существующие кодексы»⁷. Несвязанность рассматриваемого нами документа с правом конкретной страны и попытка обобщения в нем опыта государств как континентальной, так и англо-американской системы права позволяют рассматривать отражаемые им тенденции в качестве универсальных и присутствующих в той или иной степени большинству современных правовых порядков. В *DCFR* находит выражение целый ряд направлений развития гражданского права (публицизация частного права, отказ от его дуализма, изменение характера договорной ответственности, правовая инфильтрация, усиление влияния англо-американской системы права на континентальную⁸). И среди них значительное место занимает реализация мер, направленных на ограничение свободы договора.

Модельные правила европейского частного права рассматривают свободу договора как элемент автономии воли сторон. Из ст. II. – 1:102 *DCFR* следует, что по общему правилу стороны свободны в заключении договора или совершении другого юридического акта и определении его содержания, вправе исключать полностью или частично применение любого правила, касающегося договоров либо возникающих из них прав и обязанностей, а также исключать или изменять его действие, а если возможность исключить применение правил отсутствует, то стороны могут отказаться от уже возникшего права. Модельные правила европейского частного права не ограничиваются формальным провозглашением данного принципа, но и закрепляют ряд положений, направленных на его практическую реализацию. В частности, к ним можно отнести правила касающиеся свободы формы договора (ст. II. – 1:106 *DCFR*) и смешанных договоров (ст. II. – 1:107 *DCFR*).

Но говоря о свободе договора, следует учитывать, что существование и практическая реализация данного принципа неразрывно связаны с иными основополагающими началами гражданского права (в частности, с равенством сторон). Например, М.И. Кулагин, описывая основную функцию договора, указывал, что это «инструмент организации и функционирования товарного обмена»⁹, и далее отмечал: «Обмен предполагает формальное равенство участников и признание за ними свободы поведения. Право западных стран закрепило эти экономические императивы в принципах юридического равенства сторон в договоре, свободы договора и обязательности договора для его участников»¹⁰. Из этого можно сделать вывод, что любая трансформация принципа равенства участников гражданских отношений будет неизбежно влечь изменение содержания принципа свободы договора.

⁷ Бар К., Клив Э., Варул П. Предисловие к российскому изданию // Модельные правила европейского частного права. С. 17.

⁸ См. подробнее: Богустов А.А. Отражение основных тенденций развития гражданского законодательства в модельных правилах европейского частного права // Стратегія модернізації приватного права в сучасних умовах: Зб. наук. праць. Київ; Хмельницький: ХУУП, 2013. С. 33–41; Он же. Модельные правила европейского частного права и усиление публичных начал в гражданском праве // Современные проблемы права и управления / 4-я Междунар. научн. конф. Тула: Папирус, 2014. С. 13–15; Он же. Концепция договорной ответственности в модельных правилах европейского частного права и тенденции развития современного гражданского законодательства // Технология, экономика и право: актуальные проблемы и инновации: Материалы Междунар. науч. – практ. конф. Барановичи: РИО БарГУ, 2014. С. 178–179; Он же. Влияние Модельных правил европейского частного права на сближение континентальной и англо-американской систем права // Актуальные проблемы международного права: Материалы междунар. науч. – практ. конф. Владимир: ВИТ-принт, 2015. С. 62–66.

⁹ Кулагин М.И. Указ. соч. С. 258.

¹⁰ Там же.

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

Весьма существенным ограничением выступает широкое практическое применение примерных договорных условий. Их использование настолько противоречит декларируемому праву сторон самостоятельно устанавливать содержание договора, что в доктрине права неоднократно высказывались мнения о том, что применение подобных форм вообще выходит за рамки договорных отношений. Так, еще в начале XX в. Л. Дюги указывал на то, что в этих случаях существует лишь присоединение к фактическому отношению: «Мы имеем здесь одну волю, которая, в действительности, установила известное положение вещей... общее для всех и постоянное, и другую волю, которая хочет использовать это положение вещей»¹¹. Позднее эта точка зрения в различных интерпретациях находила поддержку в работах ряда зарубежных ученых¹².

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

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

Во-первых, формулировка положений *DCFR* указывает на расширение возможностей практического применения подобных условий. В юридической литературе неоднократно указывалось¹³, что такие договоры использовались изначально в строго определенных сферах, где по характеру деятельности невозможно согласование условий с каждым контрагентом (транспорт, энергоснабжение, коммунальное хозяйство и т. п.), а затем стали применяться при торговле массовыми товарами и заключении иных подобных сделок. Более того, в настоящее время свободное формирование сторонами содержания потребительских договоров является скорее исключением, чем правилом. Например, С.В. Соловьева, рассматривая основные тенденции развития обязательственного права США, указывает, что во всех штатах «почти все договоры, одной стороной в которых является потребитель, физическое лицо, приобретающее товары, работы услуги для личных семейных или иных схожих целей, заключаются путем присоединения физического лица к формуляру производителя»¹⁴.

Однако использование стандартных условий не ограничивается исключительно потребительскими договорами. В последующем такие формы стали применяться при оформле-

¹¹ Дюги Л. Общие преобразования гражданского права со времени Кодекса Наполеона. М.: Гос. издат., 1919. С. 69.

¹² См. подробнее: Кулагин М.И. Указ. соч. С. 266–267; Ансон В. Договорное право. М.: Юрид. лит., 1984. С. 113.

¹³ См., например: Май С.К. Указ. соч. С. 40–41; Халфина Р.О. Указ. соч. С. 190–191.

¹⁴ Соловьева С.В. Основные институты обязательственного права США. М.: Норма, 2007. С. 20.

нии отношений, складывающихся между предпринимателями¹⁵. В свою очередь приведенные выше положения Модельных правил европейского частного права вообще не содержат каких-либо указаний на возможные ограничения в применении примерных условий ни по кругу субъектов, ни по видам договорных отношений. Например, на возможность применения стандартных условий сторонами, не являющимися предпринимателями, указывает ст. II. – 9:404 *DCFR*.

Во-вторых, в Модельных правилах европейского частного права находит отражение развитие правил о коллизии примерных условий («сражении проформ»). Сущность данного явления, достаточно давно известного зарубежной правоприменительной практике, состоит в следующем: «...лицо предлагает купить у другого лица товары, направляя заказ по форме, которая содержит стандартные условия торговли или ссылку на них. Продавец «акцептует» оферту, подтверждая заказ по форме, которая содержит стандартные условия торговли продавца или ссылку на них. Они могут серьезно отличаться от условий торговли покупателя. Какие условия – покупателя или продавца – превалируют?»¹⁶ Из *DCFR* (ст. II. – 4:209) следует, что в подобной ситуации стандартные условия по общему правилу рассматриваются в качестве условий договора в той степени, в какой их содержание совпадает. Это правило не будет действовать, если сторона заранее прямо заявит о несогласии с данным правилом либо без промедления сообщит другой стороне о подобном намерении.

Признание возможности заключения договора с использованием стандартных условий наряду с достижением большей эффективности хозяйственных операций влечет и возникновение определенных негативных последствий. Например, зарубежные авторы отмечают, что в большей степени такие условия «служили предпринимателю главным образом для того, чтобы по возможности возложить на другую сторону правовые риски, связанные с выполнением договора»¹⁷. Необходимость преодоления подобных негативных последствий привела к разработке ряда правил, направленных на защиту стороны, принимающей стандартные условия.

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

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

В качестве средства защиты интересов стороны, принимающей заранее не согласованные условия, выступает установление порядка толкования договора, содержащего подобные условия (п. 1 ст. II. – 8:103 и ст. II. – 8:104 *DCFR*). Например, в случае сомнения относительно значения подобного условия предпочтение отдается толкованию, противоположному интересам стороны, предложившей условие. Помимо этого устанавливается приоритет согласованных условий перед не согласованными специально. В рассматриваемых нами правилах обнаружи-

¹⁵ См., например: Ансон В. Указ. соч. С. 113.

¹⁶ Там же. С. 31.

¹⁷ Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 2. М.: Междунар. отношения, 1998. С. 19.

вается явное сходство с немецкой законодательной и правоприменительной практикой¹⁸, что позволяет сделать вывод о ее серьезном влиянии на формирование положений *DCFR*.

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

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

Необходимо обратить внимание также на то, что ст. II. – 9:105 *DCFR* распространяется на все случаи использования специально несогласованных условий, не ограничиваясь защитой экономически более слабой стороны (например, потребителя). Буквальное толкование рассматриваемого нами положения приводит к выводу, что для замены содержания договора на разумное достаточно всего двух оснований: во-первых, условия должны определяться одной стороной; во-вторых, они должны быть чрезвычайно необоснованными. Из этого следует, что данное правило вполне применимо и к тем случаям, когда стороны отношений с экономической точки зрения равны друг другу. Это, на наш взгляд, выступает существенным развитием положения о замене необоснованных условий на разумные. На более ранних этапах развития права оно трактовалось исключительно как механизм, защищающий экономически слабую сторону от произвола, поскольку простое признание договора недействительным зачастую не было способно защитить интересы пострадавшего лица. Еще в начале XX в. *Isay*, на слова которого ссылается в упоминавшейся нами ранее работе Е.В. Васьковский¹⁹, справедливо отмечал: «Какая польза для бедной швеи от того, что ее договор с работодателем будет признан ничтожным?»

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

Рассматривая ограничения принципа свободы договора в *DCFR*, следует также обратить внимание на то, что одним из проявлений его действия признавалась обязательность договора для участников. В литературе отмечается, что последствие автономии воли сторон в традиционном понимании этого правила будет следующим: «Заключившие договор связаны его условиями как законом. Должник не может отступать от своих обязанностей. Отмена договора может быть совершена только с согласия всех его участников»²⁰.

Вместе с тем необходимость защиты экономически более слабой стороны приводит к тому, что законодательство все чаще допускает возможность одностороннего отказа от заключенного ранее соглашения. В *DCFR* подобный подход используется для обеспечения защиты интересов потребителей. Например, предусматривается возможность одностороннего отказа от договора таймшера (ст. II. – 5:202 *DCFR*). Еще более ярким проявлением защиты интересов экономически более слабой стороны, на наш взгляд, выступает возможность потребителя

¹⁸ См. подробнее там же. С. 20–25.

¹⁹ *Waśkowski E.* Op. cit. S. 3.

²⁰ *Морандьер Л.Ж.* Гражданское право Франции. Т. 2. М.: Изд-во иностранной литературы, 1960. С. 203.

отказаться от договора, заключенного на «пороге дома». В соответствии со ст. II. – 5:201 *DCFR* потребитель вправе отказаться от договора, если оферта или акцепт были сделаны вне места производственной деятельности предпринимателя. Очевидно, что данное правило направлено на пресечение возможных злоупотреблений коммерсантов, которые навязывают приобретение ненужных потребителю товаров или услуг либо реализуют товары и услуги на невыгодных для потребителя условиях, пользуясь неожиданностью предложения заключить договор, необычностью обстановки, в которой это происходит, ограниченностью времени для принятия решения и иными подобными обстоятельствами, не позволяющими в полной мере оценить последствия данного соглашения. При этом разработчики Модельных правил европейского частного права, защищая интересы потребителя как экономически более слабой стороны, одновременно предусматривают ряд положений, призванных обеспечить устойчивость коммерческого оборота. Достижению этой цели служит определение случаев, когда возможность отказаться от договора, заключенного в необычных условиях, отсутствует. Анализ п. 2 ст. II. – 5:202 *DCFR* позволяет сделать вывод, что подобное право не будет предоставляться потребителю главным образом тогда, когда, несмотря на необычность обстановки, у него существует возможность самостоятельно сформировать волю на заключение договора (например, при заключении договора с использованием торговых автоматов, таксофонов, дистанционных средств связи и т. д.).

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

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

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

Н. Руйе

Свобода договора и договоры, нарушающие публичное право: недействительность и пропорциональность

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

1. В большинстве правовых систем свобода договора находит свой предел в запретах, установленных самой правовой системой. В соответствии с классическим подходом договорное соглашение является ничтожным (*nul, nichtig, null and void*)²¹ в случае, если его содержание нарушает юридический запрет: положение не обладает договорным эффектом в случае, если оно является незаконным; соглашение не порождает последствий договорного характера в случае, если оно противоречит закону. Ситуация выглядит так, как если бы незаконное положение или соответственно договор не существовали. Речь идет о радикальной санкции абсолютного характера (эта ситуация отличается от последствий незаконности, возникшей после заключения договора, что предопределяет применение положений об исполнении обязательств, в частности, при форс-мажоре; данная проблематика не рассматривается в настоящей статье).

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

²¹ Что касается терминов на французском, немецком и английском языках, см. положения, процитированные в сносках 2 и 3.

2. Тем не менее с момента принятия положений закона, отражающих данный классический подход²², юристы столкнулись с необходимостью принимать во внимание основополагающие функции частного права, для того чтобы в рамках конкретного дела попытаться учесть интересы сторон наиболее сбалансированным образом. Абстрактное сохранение целостности правового порядка не является ценностью, которая должна стоять превыше всего. С учетом этого в конечном счете появляются решения, учитывающие соответствующие нюансы (сбалансированные решения).

Некоторые законодатели, помимо ничтожности договора, предусматривают иные санкции, зачастую не указывая, что они собой представляют, – путем простой отсылки к самому запрету²³. Такие отсылки к запретам, как правило, не проясняют вопрос дальнейшей судьбы договора: как показывает опыт, законодатель, который устанавливает лишь запрет, не определяет, какие гражданско-правовые последствия этот запрет будет иметь для договоров, которые ему противоречат. Учитывая, помимо прочего, деликатность данного вопроса, без сомнения, было бы значительно лучше, если бы законодатель не устанавливал в каждом законе самостоятельный режим недействительности договора.

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

Такой подход является не только справедливым, но и *необходимым*: в нем существует практическая потребность. Почти во всех странах анализ судебной практики и доктрины показывает, что законодательная отсылка к самим запретам приводит к возникновению значительной правовой неопределенности²⁴: встает вопрос о том, является ли незаконный договор ничтожным, и почти невозможно предсказать, каковы будут последствия такой ничтожности²⁵.

²² Что касается ФГК, см. ст. 1131: «Безосновательное обязательство, или обязательство, исходящее из ложного основания или *незаконного основания*, не может иметь никакого эффекта» (фр.: «L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou *sur une cause illicite*, ne peut avoir *aucun effet*») (см. также абзац пятый ст. 1108). Что касается швейцарского права, см. абз. 1 ст. 20 Обязательственного закона (от 1881 г. и 1911 г.): «Договор является *недействительным* в случае, если его объектом является несуществующая, *незаконная* или противоречащая признанным обычаям вещь» (фр.: «Le contrat est *nul* s'il a pour objet une chose impossible, *illicite* ou contraire aux mœurs»). Всеобщее гражданское уложение Австрии от 1811 г. содержит аналогичное положение в абз. 1 § 879: «Договор, являющийся незаконным или нарушающий моральные принципы, является *недействительным*» (нем.: «Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist *nichtig*»).

²³ Так, ГГУ указывает в § 134: «Сделка, которая нарушает установленный законом запрет, является недействительной, *за исключением случаев, предусмотренных другим законом*» (нем.: «Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist *nichtig*, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt»). В США в *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 202 является настолько открытым, что исключительно отсылает к санкции, предусмотренной самим запретом (п. 1), или к презумпции в сфере судебного исполнения: «(1) Последствия незаконности в отношении договора определяются правом, выбранным в рамках применения правил § 187–188. (2) В случае, когда исполнение является незаконным в месте исполнения, договор не будет, как правило, применен» (англ.: «(1) The effect of illegality upon a contract is determined by the law selected by application of the rules of §§ 187–188. (2) When performance is illegal in the place of performance, the contract will usually be denied enforcement»). Статья 3-305(a)(1)(ii) Единообразного торгового кодекса также является отсылкой: «незаконность транзакции, *которая* в соответствии с другим законом делает недействительным обязательство должника» (англ.: «illegality of the transaction *that*, under other law, nullifies the obligation of the obligor») (см. официальный комментарий 1: «Незаконность... может возникнуть... в соответствии с разнообразными законами. Законы различаются своими положениями и данным им толкованием. Они относятся в первую очередь к местным интересам и местной политике. Таким образом, все такие вопросы предоставлены на рассмотрение местному праву. В случае если в соответствии с данным законом, эффект... незаконности заключается в том, чтобы признать обязательство полностью недействительным, защита должным образом может быть заявлена против держателя» (англ.: «Illegality... may arise... under a variety of statutes. The statutes differ in their provisions and the interpretations given them. They are primarily a matter of local concern and local policy. All such matters are therefore left to the local law. If under that law the effect of... the illegality is to make the obligation entirely null and void, the defense may be asserted against a holder in due course»)).

²⁴ Речь идет о возможном неправильном применении и толковании правовых норм в силу их неоднозначности и неопределенности правового регулирования.

²⁵ В английском праве см.: *Treitel G.H. The Law of Contracts*, 5th ed. Stevens & Sons, 1979. P. 361: «Закон по данному вопросу [в отношении последствий недействительности] является сложным и не слишком приемлемым» (англ.: «The law on the question [of the effects of illegality] is complex and not very satisfactory»); что касается французского права, см.: *Revue trimestrielle de droit civil (RTD civ.)*. 1999. P. 386 (J. Mestre): «Вечный вопрос положения договоров, лишенных одобрения,

Такое отсутствие возможности предвидеть последствия нарушения законодательного запрета неприемлемо, поскольку основной и существенной проблемой становится применение собственно самой санкции – на уровне гражданского права – за незаконность. Многие другие, не столь часто встречающиеся, а потому менее подверженные систематическому анализу вопросы являются куда более сложными для рассмотрения, чем данный элементарный вопрос, на основании которого и должно, собственно, строиться их разрешение, и остаются, таким образом, неясными.

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

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

С другой стороны, гражданско-правовая санкция за нарушение установленного запрета, представляющего собой некую трактовку противоречия договора правовой норме, *не должна иметь своей целью защиту интересов добросовестной стороны* (т. е. добросовестно верящей в действительность договора, не знающей о его незаконности), что создаст препятствия для применения данной санкции. В действительности в большинстве правовых систем защита добросовестности обеспечена специальными правилами, как, например, обязанность по предоставлению информации (элемент обязательств, вытекающих из принципа «*culpa in contrahendo*»). Как правило, профессионал несет ответственность перед потребителем в ситуации, когда он не проинформировал последнего о несоответствии договора правовой норме; в международном контексте речь идет о компании, в отношении которой действуют правила ее страны, в случае, если она не сообщила о подобном несоответствии своему иностранному контрагенту.

требуемого законом» (фр.: «L'intemporelle question du sort des contrats dépourvu[s] de l'agrément exigé par la loi») (в то время как Саватье (Juris-Classeur. Ad art. 6 CC. 1979. N° 6 (R. Savatier)) упоминает «смятение в доктрине»); в немецком праве Канарис (Canaris C.-W. Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft. C.F. Müller, 1983. S. 20) отмечает, что критерии, выработанные судебной практикой, были «исковерканы» сверх всякой меры (нем.: «überstrapaziert»); что касается права США, см. гл. 8 (введение) Второго свода договорного права: «Решение... зачастую касается тонкого баланса интересов» (англ.: The decision... will often turn on a delicate balancing); в швейцарском праве Шмид (Schmid. Die Einseitigkeit des gesetzlichen Verbots und der Vertrag. 1988. S. 3) указывает, что «никакой критерий не является действительно необходимым» (нем.: «kein einziges Kriterium hat sich einen gesicherten Platz erobert») (см. также: Rouiller N. Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit: Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstösst. Stämpfli, 2002. S. 1, 535–538; Idem. Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats. CEDIDAC, 2007. P. 796–806).

5. Исходя из идеи пропорциональности, гражданско-правовая санкция в виде ничтожности противоправной сделки должна способствовать реализации данного законодательного запрета с использованием доступных гражданско-правовых средств.

Очевидно, что данная санкция должна всегда влечь за собой *недействительность (правовое уничтожение) требований об исполнении противоправного обязательства*, иначе говоря, самого акта, нарушающего установленный запрет.

Аналогичным образом, если все полученное по противоправной сделке может быть возвращено в натуре, это означает, что положение, при котором запрет будет соблюден, может быть восстановлено или по крайней мере может быть достигнуто положение, при котором запрет будет нарушаться в «меньшей степени»: гражданско-правовая санкция за нарушение установленного запрета должна, таким образом, иметь своим правовым последствием *предоставление сторонам права требования реституции*. Так, каждая сторона может взять на себя инициативу по приведению положения в соответствие с требованиями запрета или по крайней мере к положению, близкому к правовому.

Вместе с тем *в случаях, когда незаконно полученное по сделке не может быть возвращено*, поскольку носит *необратимый* характер (особенно в случаях с предоставлением услуг), положение, при котором запрет будет соблюден, уже не может быть восстановлено. Здесь уже неясно, в какой степени недействительность правовых последствий ничтожной сделки остается обоснованной и легитимной. Строго говоря, в соответствии с принципом пропорциональности в таком случае следовало бы оставить в силе договорные последствия, соответствующие намерениям сторон, при условии что никакой другой выгоды при ничтожности («уничтожении») договора ими получено быть не может.

Таким образом, в таких случаях даже вытекающее из договора требование о выплате договорной цены за предоставление по сделке вопреки существующему запрету по общему правилу не должно признаваться недействительным (такая выплата соответствует балансу интересов сторон, о котором они договорились). По меньшей мере признание недействительности требований в подобных условиях должно применяться с большой осторожностью. В частности, необходимо учитывать, обеспечивается ли в достаточной мере соблюдение публичного интереса возможностью конфискации незаконно полученной прибыли или интереса стороны сделки, действующей добросовестно, в случае, если она неудовлетворительно защищена правилами об обязанности предоставить информацию. Разумеется (в соответствии с упомянутыми нормами о защите стороны, действующей добросовестно), если сторона, не осуществившая уплату цены по договору, не знала о незаконности предоставления (полученного ей безвозвратно), разница в цене по сравнению с тем, что могло бы быть получено по законной сделке, может быть возмещена на основании норм об ответственности, вытекающей из обязанности предоставить информацию.

В случае, когда незаконное обязательство не было исполнено, но цена была уплачена, *превентивной мерой* может стать сохранение этой цены вопреки дисбалансу интересов сторон, к которому это приведет: тот, кто ее получил, не имеет оснований для исполнения незаконного обязательства; последствие предупредительной меры здесь конкретно и очень сильно. Только в таких ситуациях, когда эффект превентивной меры конкретен и очень силен, правовой принцип *«in pari turpitudine melior est causa possidentis»*²⁶ находит свое легитимное применение.

²⁶ D. 3.6.5.1 (*Ulp.* 10 ad ed.). Данный принцип нашел свое отражение в кодификациях, например в ст. 66 Швейцарского обязательственного закона: «Не подлежит возврату то, что было передано для достижения противоправной или аморальной цели» (фр.: «Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs»), в § 817 ГГУ: «Лицо, принявшее исполнение, обязано возвратить полученное, если цель исполнения была установлена таким образом, что вследствие принятия исполнения это лицо нарушило закон или добрые нравы. Требование о возврате не допускается, если лицо, осуществившее исполнение, само виновно в подобном нарушении, за исключением тех случаев, когда исполнение состояло в принятии обязательства; не допускается требование возврата того, что было предоставлено с целью исполнения подобного обязательства» (нем.: «War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die

ние. Однако опять-таки, если другая сторона нарушила свою обязанность по предоставлению информации, соответствующие положения об ответственности защитят контрагента, действующего добросовестно.

6. В случае, когда неправомерная ситуация возникает из превышения (например, неимоверно завышенная цена или чрезмерное освобождение от ответственности), очевидно, что принцип пропорциональности требует, чтобы такое превышение было приведено в соответствие с законом. Признать при этом соглашение между сторонами недействительным, исходя из желания наказать или с общей предупредительной целью, представляется не соответствующим фундаментальной задаче частного права, которая, как указано выше, состоит в установлении равновесия между законными интересами сторон по делу.

7. Принцип пропорциональности не позволяет также нарушать принцип свободы договора в случае, когда стороны предвидели возможность признания своей сделки незаконной и согласовали между собой правовые последствия такой ситуации. По общему правилу, если стороны предусматривают законную альтернативу исполнению обязательства, действительность подобного соглашения, несомненно, должна признаваться. Точно так же обстоят дела, когда сторона гарантирует законность сделки и возмещает ущерб своему контрагенту, если не исполняет обязательство по сделке ввиду признания ее недействительной. Только в тех случаях, когда действительность законного альтернативного режима категорически обязывает стороны к исполнению незаконного соглашения, в качестве исключения может применяться недействительность («правовое уничтожение договорных эффектов»).

8. В заключение хотелось бы сказать, что при нарушении договором установленного законом запрета признание недействительными договорных положений не должно являться самоцелью. Для того чтобы соответствовать принципу пропорциональности и, как следствие, законности, признание недействительности сделки должно реально способствовать достижению положения, при котором будет соблюден запрет, с учетом роли других правовых институтов. Таковую пропорциональную и правомерную гражданско-правовую санкцию в виде ничтожности противоправной сделки можно назвать «полезная ничтожность».

Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden») и в абз. 1 § 1174 Всеобщего гражданского уложения Австрии: «Тот, кто предоставил что-либо заведомо для осуществления невозможного или деликта, не может потребовать возврата. То, в какой степени налоговые органы имеют право устанавливать требования о платежах, определяется правилами политики. Лицо, совершившее акт в целях предотвращения незаконного акта, может потребовать возврата полученного» (нем.: «Was jemand wissentlich zur Bewirkung einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung gegeben hat, kann er nicht wieder zurückfordern. Inwiefern es der Fiskus einzuziehen berechtigt sei, bestimmen die politischen Verordnungen. Ist aber etwas zu Verhinderung einer unerlaubten Handlung demjenigen der diese Handlung begehen wollte, gegeben worden, so findet die Zurückforderung statt»). Что касается английского права (где мы также находим формулировку «in pari delicto potior est conditio defendentis»), см., например: Benjamin's Sale of Goods. Para. 3-031; *Treitel G.H.* Op. cit. P. 436; в части права США см.: *Farnsworth E.A.* Farnsworth on Contracts. 2nd ed. Aspen Law & Business, 1998. § 5.9 (fn. 3); что касается французского права, см.: *Terré F., Simler Ph., Lequette Y.* Les obligations. 6e éd. Dalloz, 1996. № 404.

А.Ш. Ахмедов

Свобода договора в мусульманском праве: дилеммы и перспективы

В настоящей статье обсуждаются проблемы и перспективы концепции свободы договора в мусульманском праве. В частности, раскрывается проблема неправильного подхода мусульманских юристов к концепции договора, которая в свою очередь привела к неоправданному ограничению свободы договора.

Введение

Современное мусульманское право находится в кризисе, а точнее, в ступоре. Этот кризис объясняется не только неизменностью догматов, но и неспособностью мусульманских юристов найти пути гармонизации права с новыми условиями жизни.

Множество подходов, которые сформировались в различных центрах мусульманского права по всему миру, отличаются тем, что большинство из них основаны на спекуляции и манипуляции различными правовыми и экономическими категориями²⁷. В их основе лежит желание благочестивых верующих и расчетливых и прозорливых финансистов найти компромисс, который бы удовлетворял и тех, и других.

И тем не менее необходимо констатировать весьма успешные попытки гармонизировать этическое с экономическим, светское с религиозным²⁸. Но вместе с этим многие понимают, что таким образом не удовлетворяется ни намерение благочестивых не пересекать черту дозволенного, ни стремление деловых людей получить выгоду.

Эта тенденция также наблюдается в России, где пытаются внедрить различные финансовые инструменты, отвечающие мусульманским этическим требованиям, но при этом удовлетворяющие экономические потребности сторон.

Несмотря на это, большинство юристов, будь они мусульманской или иной веры, при разработке финансовых инструментов, прибегают только к первоисточникам, игнорируя при этом целых 1200 лет богатой мусульманской юриспруденции²⁹. Ведь, как отмечал судья Поттер в деле *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals Ltd.*, «большинство классических мусульманских правил, касающихся финансовых сделок, не содержатся в Коране и Сунне (основных источниках мусульманского права), а основаны на различных взглядах, принадлежащих классическим школам права, сформированным между 700 и 850 гг. н. э.»³⁰.

Игнорирование богатого опыта классического мусульманского права стало одной из причин, по которой большинство финансовых и договорных инструментов, создаваемых различными мусульманскими юристами, страдают от неполноценности и недоработки.

Неполноценность, а если говорить точнее, несовершенство финансовых и договорных инструментов, стала результатом неопределенности такой важной концепции договорного

²⁷ Ray N.D. Arab Islamic Banking and the Renewal of Islamic Law. London: Graham & Trotman, 1999.

²⁸ См., например: Al-Rimawi L.M. Relevance of Shari'a in Arab Securities Regulation with Particular Emphasis on Jordan as an Arab Regulatory Model // Company Lawyer. 2006. Vol. XXVII. No. 8. P. 227–236; Al-Kashif A.M. Islamic Institutions Offering Financial Services: The Constructive Role and Implications of Their Modes for Efforts to Combat Serious Financial Crime // Company Lawyer. 2008. Vol. 2. P. 10; Mouawad S.G.A. The Development of Islamic Finance: Egypt as a Case Study // Journal of Money Laundering Control. 2009. Vol. 12. No. 1. P. 74–87.

²⁹ Kazi A.U., Halabi A.K. The Influence of Qur'an and Islamic Financial Transactions and Banking // Arab L.Q. 2006. Vol. 20. No. 3. P. 321.

³⁰ [2004] 1 Lloyd's Rep 1.

права, как свобода договора. Ведь многие забывают, что вопрос свободы договора интенсивно обсуждался в различных школах права и даже приводил к непримиримым противоречиям между ними. Более того, это также стало причиной отказа османских властей от постулатов школы права, которая была признана официальной в империи, в пользу школы, считавшейся консервативной и буквалистской³¹.

Большинство юристов, как и историков права, считают, что свободы договора нет в мусульманском праве, а есть только определенные послабления, предоставляемые некоторым видам договоров.

Так, Йозеф Шахт, известный историк права, писал, что «мусульманское право не признает свободы договора, но обеспечивает определенную свободу в контексте некоторых видов договоров»³². По мнению автора, «свобода договора является несовместимой с этическим контролем правовых сделок»³³.

В свою очередь, Оусама Араби считает, что причиной отсутствия свободы договора в мусульманском праве являются частично религиозный характер и частично исторические обстоятельства формирования мусульманского права в течение первых трех веков хиджры³⁴.

Именно поэтому современные мусульманские юристы были ограничены как в методах, так и в способах при создании новых путей для расширения свободы договора. По этой причине, по мнению Араби, многие мусульманские юристы и законодатели были вынуждены пересмотреть классические доктрины мусульманского права по вопросу свободы договора.

Цель настоящей статьи – показать, что свобода договора в мусульманском праве считалась и считается ограниченной в основном из-за концептуальных и теоретических проблем, которые возникли из-за недоработки договорного права в классический период. Более того, будет продемонстрировано, что игнорирование классических правовых позиций при разработке современных договорных инструментов в мусульманском праве приводит к неизбежной гармонизации с западной договорной теорией.

Ограничение свободы договора в раннем праве

В раннем мусульманском праве юристы, а точнее, специалисты по религиозным вопросам (*факихи*) рассматривали договор как сделку купли-продажи (*байа*)³⁵. Фактически все вопросы, касающиеся договорных обязательств, рассматривались через призму сделок купли-продажи.

Ранние суждения или мнения, выражаемые в отношении договоров, выглядели довольно примитивно и касались исключительно торговых отношений.

Так, Ибрахим ан-Накхаи, ранний специалист по религиозным вопросам, говорил о предварительной оплате в договоре купли-продажи так: «Предварительная оплата может быть сделана с чем-то, что можно измерить на что-то, что можно взвесить чем-то, что можно взвесить на что-то, что можно измерить, но нельзя осуществлять предварительную оплату чем-то, что можно измерить на что-то, что можно также измерить, как и нельзя осуществлять чем-то, что можно взвесить на что-то, что можно также взвесить»³⁶. При этом автор не давал вразумительное объяснение, почему нельзя осуществлять такой вид сделки.

³¹ Onar S.S. The Majalla, in Law in the Middle East / Ed. by M. Khadduri and H. Liebesny. Washington, 1955; *Id.* La Codification d'une Partie Droit Musulmandans l'Empire Ottoman // Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul. 1954. No. 3.

³² Schacht J. An Introduction to Islamic Law. Clarendon Press, 1983. P. 144.

³³ Ibidem.

³⁴ Arabi O. Contract Stipulations (shurut) in Islamic law: The Ottoman Majalla and Ibn Taymiyya // International Journal of Middle East Studies. 1998. Vol. 30. No. 1. P. 29.

³⁵ Cardahi Ch. Les conditions generals de la vente en droit compare occidental et oriental // Annales de l'Ecole de Droit Beyrouth. 1945. Vol. II.

³⁶ Ash-Shaybani M. Kitab al-Athar. London: Turath Publishing, 2006. P. 438.

Вместе с тем из сказанного можно сделать вывод, что ранние юристы обращали внимание скорее на экономическую сторону сделки, чем на юридическую.

Это, по сути, и стало причиной того, почему юристы классического периода рассматривали договор в указанном качестве. Для классических юристов, в особенности для представителей ханафитской школы права, причиной ограничения свободы договора стали не мнения ранних юристов, а позиция самого Пророка Мухаммеда.

Ранние юристы, такие как Абу Ханифа и Мухаммед аш-Шайбани, объясняли ограничение свободы договора следующим преданием, которое приписывалось Пророку: «Идите к народу Мекки и запретите делать четыре вещи: продавать то, чем они полностью не владеют; получать выгоду от чего-то, для чего они не имеют обеспечения; включать две оговорки в договор и совмещать предварительную оплату с куплей-продажей»³⁷.

Шайбани так объяснял это предание: «Касательно слов [Пророка] «совмещать предварительную оплату³⁸ и куплю-продажу», это когда кто-то говорит другому: «Я продам своего раба тебе за определенную цену с условием, что ты мне одолжишь определенную вещь или сумму» или «Ты дашь мне в долг с условием, что я продам тебе», и это является недозволенным. Делать две оговорки в договоре – это когда кто-то продает что-то за тысячу дирхамов немедленно или с условием выплаты двух тысяч в течение месяца, и если такой договор купли-продажи заключается, то он является недействительным. Что же касается слов [Пророка] «получать выгоду от того, для чего они не имеют обеспечения», это когда они покупают и потом продают что-то за выгоду перед тем, как владеть им, и этого нельзя делать. Аналогично, нельзя продавать то, что покупаешь, пока не обладаешь правом собственности на это»³⁹.

Судя по объяснению аш-Шайбани, Пророк запрещал обременительные договоры, когда одна сторона налагает на другую сторону выполнение определенных обязательств как предварительное условие выполнения своего обязательства.

В английском праве это называется *condition precedent*, т. е. условие, которое исполняется при удовлетворении другого условия. Но в английском праве оно понимается немного по-другому. Иными словами, в мусульманском праве это условие имеет обременяющий эффект, тогда как в английском праве такого эффекта нет.

Запрет включения двух оговорок является ограничивающим свободу договора, даже если эти оговорки и имеют обременяющий эффект или являются несправедливыми. Случай, когда покупатель, не приобретя право собственности на товар, перепродает его другому, является аналогом договора перепродажи, который широко распространен. Запрет на такую перепродажу исходя из современных подходов в праве также является ограничивающим свободу договора.

Впрочем, не совсем понятно, что означает следующее толкование аш-Шайбани слов, приписываемых Пророку: «получать выгоду от того, для чего они не имеют обеспечения, – это когда они покупают что-то и потом продают его за выгоду перед тем, как владеть им, и этого нельзя делать». Сам автор не дает внятного объяснения, умалчивают об этом и классические юристы.

В дальнейшем классические мусульманские юристы, особенно представители ханафитской школы права, пытались безуспешно классифицировать условия или оговорки в договорах, которые находятся под запретом. Более того, используя различные юридические уловки,

³⁷ Ibid. P. 430.

³⁸ Йахйя и Сафийа Баса объясняют понятие предварительной оплаты следующим образом: «Салам, [что в переводе с арабского означает] предварительная оплата, происходит от слова «таслим» – передать или поставить. В правовом смысле оно означает продажу чего-то с условием, что это будет залогом того, что продавец выполнит специальные условия, прописанные в божественном праве» (Ibid. P. 438).

³⁹ Ash-Shaybani M. Kitab al-Athar. P. 431.

они находили пути для признания договоров, имеющих запретные оговорки, действительными.

Ханафиты: формалистский подход

В классическом мусульманском праве традиционно сложилось два подхода к свободе договора: формалистский и консенсуальный, при формалистском подходе договор рассматривается как акт выражения определенной формулировки, которая имеет юридические последствия. При консенсуальном – договор рассматривается как соглашение сторон, являющееся действительным только при согласии сторон (консенсуальное соглашение) и созданное для исполнения сторонами своих обязательств.

Одними из тех, кто развил формалистский подход, были представители ханафитской школы права.

В частности, ханафитские юристы различали несколько видов условий договоров (их предпочитали называть не договорами, а условиями договоров – *шурит*), которые были направлены на ограничение свобода договора. Но такие ограничения вводились по причине, не связанной с юридическими особенностями договора, а чисто экономической, в чем мы убедимся далее.

Ханафиты различали четыре вида оговорок в условиях договора:

- 1) *шартйактадих ал-акд*, т. е. условия, присущие природе самого договора;
- 2) *шарт ал-мулағымлиғл-акд*, т. е. условия, соответствующие договору; 3) *ал-шарт ал-лазифихтағамул*, т. е. условие, вытекающее из обычая; 4) *шарт ал-фасид*, т. е. недействительное условие.

Первый вид оговорки (*шартйактадих ал-акд*) представитель ханафитской школы права Абу Бакр ал-Касани определял следующим образом: «Оговорка, которая является присущей природе самого договора, не делает договор недействительным. Так, если кто-то покупает вещь с условием, что он приобретает право собственности на нее, или кто-то продает вещь с условием, что он получит оплату за нее, или кто-то покупает вещь с условием, что будет владеть ей, или покупает лошадь с условием, что будет ездить на ней, или кусок материи с условием, что будет носить его... во всех этих случаях [договор] купли-продажи действителен, так как их упоминание в качестве оговорок является простым признанием природы договора и не ведет к его недействительности»⁴⁰.

Иными словами, это такой вид условия или оговорки, который обусловлен самой природой договора и не нуждается в определенной формулировке. По мнению Оусамы Араби, включать такое условие в договор было бы тавтологией, так как оно является определяющей характеристикой самого договора⁴¹.

На самом деле выделение такого вида оговорки является не просто тавтологией, но и просто абсурдно, потому что оговорка, присущая самому договору (т. е. существенное условие), не может иметь запрещающий эффект для самого договора. Поэтому неясно, по какой причине ханафитские юристы выделяли такой вид оговорки: то ли по причине невежества лиц, участвующих в торговом обороте, то для целей уточнения.

Второй вид оговорки (*шарт ал-мулағымлиғл-акд*) ал-Касани определяет следующим образом: «Условие, которое не является присущим природе сделки, но является соответствующим договору, не делает договор недействительным, так как соответствует основному смыслу [договора] и подтверждает его. Так, например, если кто-то продает вещь с условием, что поку-

⁴⁰ Ал-Касани А. Китаб Бадаи ал-Санаи фи Тартиб ал-Шараи: В 7 т. Каир, 1927. Т. 5. С. 171.

⁴¹ Arabi O. Studies in Modern Islamic Law and Jurisprudence. London: Kluwer Law International, 2001. P. 45. (Arab & Islamic Laws Series.)

патель предоставит гарантию, равную цене договора, или с условием, что покупатель имеет гаранта, который предоставит обеспечение на эту сумму»⁴².

Данные условия, не присущие природе договора, тем не менее необходимы для удовлетворения основных потребностей договора, считает Араби⁴³.

Такой вид оговорки можно назвать дополнительным условием договора, которое изменяет его сущность, но в этом проявляется суть свободы договора, что позволяет сторонам исполнять свои обязательства любыми дозволенными способами.

Несмотря на то что такой вид оговорки запрещен, ханафитские юристы делают его действительным посредством использования юридического принципа *истихсан*, который позволяет юристу отдать предпочтение другому праву в силу сложившихся обстоятельств. По этому поводу Касани делает следующее замечание: «Такой вид оговорки [*шарт ал-мулаъим-лигъл-акд*] дозволен только в силу [принципа] юридического предпочтения (*истихсан*). [Принцип] аналогии (*кыяс*) же не позволяет включение такого вида оговорки, потому что любая оговорка, которая отличается от первичного договора, делает его недействительным. Условия о поручительстве и гарантии, будучи лишними по отношению к первичным условиям договора, следовательно, имеют аннулирующий эффект на договор. Однако мы отдали юридическое предпочтение этим условиям, поэтому, даже будучи формально отличными от первичных условий договора, они тем не менее соответствуют основному смыслу договора: предоставление обеспечения как встречного эквивалента цены является консолидацией цены; то же самое касается гарантии. Обе оговорки утверждают право продавца... и поэтому не делают недействительным договор»⁴⁴.

Таким образом, ханафитские юристы, апеллируя к юридической казуистике, находят довольно оригинальные и практичные решения проблемы ограничения свободы договора.

С другой стороны, неясно, почему такой вид оговорки запрещен. Думается, что все дело в понимании договора со стороны мусульманских юристов. Римские юристы, например, толковали договор как «соглашение, которое является источником обязательственного отношения, защищенного гражданскими исками»⁴⁵. Мусульманские же юристы, как мы уже отмечали, в договоре видят в первую очередь сделку купли-продажи, и все, что отличается от купли-продажи, для них является вторичным по отношению к договору.

Если бы понимание договора мусульманскими юристами совпадало с воззрениями римских юристов, то и надобность в запрете второй оговорки отпала бы. Ведь проблема возникает из слишком узкой трактовки договора, а не только из недозволенности включения в договор условия, меняющего сущность договора. Так, условие о поручительстве или гарантии меняет сущность договора купли-продажи, но не договора в целом. Договор может включать условия и о поручительстве, и о гарантии – его смысл от этого не меняется.

Аналогичные возражения могут быть адресованы и третьему виду оговорки (*ал-шарт ал-лазифихтагъамул*), которую Касани определяет следующим образом: «Сделка, содержащая оговорку, которая не подразумевается из основного смысла договора и не является соответствующей ему, но происходит из общепринятого обычая, является разрешенной. Это когда, кто-то покупает вещь с условием, что продавец починит ее»⁴⁶.

Такая оговорка также находится под запретом, но ее использование вызвано необходимостью, удобством и практичностью в торговом обороте. В связи с этим Касани отмечает следующее: «В соответствии с [принципом] аналогии такая оговорка не разрешена, так как она не вос-

⁴² Ал-Касани А. Указ. соч. С. 171.

⁴³ Arabi O. Studies in Modern Islamic Law and Jurisprudence. P. 46.

⁴⁴ Ал-Касани А. Указ. соч. С. 171.

⁴⁵ Дождев Д.В. Римское частное право. М.: ИНФРА-М; Норма, 1996. С. 486.

⁴⁶ Ал-Касани А. Указ. соч. С. 172.

требуется первичным договором в качестве дополнительной оговорки и служит в угоду только одной стороне, следовательно, это условие делает договор недействительным, как в случае, например, когда кто-то покупает материю с условием, что продавец сделает из нее рубашку... Мы считаем, что эта оговорка используется в основном в таком виде договоров, практичность которых отменяет действие аналогии»⁴⁷.

Схожую позицию выражал другой, не менее известный представитель ханафитской школы права Шамсетдин Сарахси: «Оговорка, которая не требуется в первичном договоре, но которая является узнаваемым обычаем (*урфзахир*), является разрешенной. Таким образом, если кто-то покупает кожу с условием, что продавец сделает из нее обувь, оправданием для этого правила станет то, что установленный обычай является юридически признанным основанием для приемлемости этого правила и его запрет стал бы причиной возникновения трудностей [в торговом обороте]»⁴⁸.

Анализ процитированных высказываний позволяет утверждать, что ханафитские юристы не разграничивают четко две разные правовые категории – «несправедливые условия» и «обычай». Если обычай обременителен для одной стороны договора, то, например, английское право допускает признание его недействительным. Но мусульманские юристы идут по иному пути, признавая даже обременительное условие действительным условием договора, только потому, что оно является обычаем.

Четвертая оговорка (*шарт ал-фасид*) определена Касани следующим образом: «Оговорка, которая включает неопределенность (*гарар*), это когда кто-то покупает верблюжиху с условием, что она беременна, является недействительной. Оговоренное условие может произойти, а может и не наступить; нельзя полностью удостовериться в этом. Эта оговорка заключает в себе риск и поэтому делает договор недействительным»⁴⁹.

Дополнительно к сказанному необходимо подчеркнуть, что представитель маликитской школы права ал-Карафи пояснял: «Термин «*гарар*» (неопределенность) означает состояние, когда лицу неизвестно, существует ли что-то или нет»⁵⁰. Это свидетельствует о том, что мусульманские юристы не приемлют не только фьючерсные договоры, но и договоры страхования, что в большинстве случаев требует использования обходных путей.

Рассмотренное деление оговорок в договоре, составленное ханафитскими юристами, можно назвать искусственным и условным. Как уже говорилось, оно стало следствием непонимания самой сути договора и использования договора купли-продажи как основы для построения правовых конструкций договора. Если бы мусульманские юристы рассматривали договор в качестве консенсуального соглашения, как это понимали римляне, то и надобности в подобной классификации не было бы.

Ханбалиты: консенсуальный подход

Осознавая концептуальные недостатки подходов ханафитских юристов к пониманию договора, ханбалитские юристы сформировали консенсуальный подход к вопросу свободы договора. Их либеральное восприятие понятия договора стало причиной пересмотра концепции договора со стороны османских юристов, которые были представителями ханафитской школы права и создали новый свод пересмотренного мусульманского права, известного как Меджелле.

⁴⁷ Там же.

⁴⁸ *Ал-Сарахси Ш.* Мабсут: В 30 т. Каир: ал-Саада Пресс, 1924. Т. 13. С. 14.

⁴⁹ *Ал-Касани А.* Указ. соч. С. 168.

⁵⁰ *Ал-Карафи Ш.* ал-Фурук: В 4 т. Каир, 1944. Т. 3. С. 265.

Вместе с тем подход ханбалитских юристов также не был лишен недостатков (особенно с методологической точки зрения). Так, известный представитель ханбалитской школы права Шамсал-Дин ибн Кудама использовал довольно спорный метод оспаривания позиции своих противников. В своем *magnum opus* «ал-Шарх ал-Кабиръала ал-Мугни», он писал: «Договор является действительным, если продавец оговаривает определенную выгоду (*нафъанмаълуман*) в вещи, как, например, проживание в доме один месяц, перед тем как его сдать покупателю. Также действительна купля-продажа, если покупатель оговаривает дополнительное условие в вещи на выгоду себе, как, например, перевозка дров или подшив одежды... Сторонники рационализма [имеются в виду ханафиты. – А.А.] отрицают действительность этих сделок, потому что считают, что Пророк запретил заключение договора купли-продажи, содержащего дополнительное условие»⁵¹.

То есть вместо того, чтобы оспаривать позицию ханафитов с консенсуальной точки зрения и таким образом подчеркнуть неправильное понимание ими сути договора, ибн Кудама выбрал метод оспаривания аутентичности предания от Пророка. Такой метод не только не решает проблему, но и некорректен, поскольку ханафиты с точки зрения хронологии предшествуют ханбалитам. Более того, большинство преданий от Пророка, используемых ханбалитами в юриспруденции, являются *даиф*, т. е. ненадежными с точки зрения аутентичности⁵².

Другой, не менее именитый представитель ханбалитской школы права ибн Таймийа использовал более корректный метод оспаривания позиции ханафитов в вопросе расширения свободы договора. В частности, он писал о том, что «основным правилом в договоре является согласие сторон (*ал-аслфигъл-ъукудрида ал-мутаъакидин*) и правовым последствием этого является то, что стороны принимают на себя договорные обязательства»⁵³. Более того, он ссылаясь на Божественный закон, утверждая следующее: «Господь не позволяет в торговле ничего, кроме обоюдного согласия (*таради*), и взаимное согласие подтверждает (действительность) торговли (*ал-тарадихува ал-мубихлигъл-тижара*)... таким образом, если обе стороны пришли к согласию, то договор действителен, за исключением тех случаев, когда он содержит то, что Господь и Его Пророк запретили (торговля вином и похожими вещами)»⁵⁴.

Таким образом, мы видим, что ибн Таймийа оспаривает позицию ханафитов, не относясь к договору исключительно как к сделке купли-продажи (как это делали ханафиты) и не оспаривая предание от Пророка (как это делал его предшественник), а апеллируя к понятию консенсуальности договора.

Далее ибн Таймийа развивает свою мысль: «Мусульмане единодушны в том, что договоры, заключенные до ислама неверующими, являются действительными даже после возникновения ислама, если они не запрещены для мусульман... Так, то, о чем люди пришли к согласию, не отменяется Законодателем [имеется в виду Богом. – А.А.], за исключением случаев, когда они были явно запрещены (Богом). Если мусульмане заключают между собой договоры, не зная, являются ли они разрешенными или запрещенными, основная масса юристов, насколько я знаю, разрешат заключение таких договоров, если они считают, что те не запрещены»⁵⁵.

Здесь ибн Таймийа идет дальше в подтверждении свободы договора, допуская действительность договоров, заключенных до возникновения ислама, если они не содержат условия,

⁵¹ ибн Кудама III. ал-Шарх ал-Кабиръала ал-Мугни, опубликованный в книге Муваффакал-Дин, ал-Мугни. Т. 4. Каир, 1965 С. 49–51.

⁵² Kamali M.H. Principles of Islamic Jurisprudence. 3rd, revised and enlarged ed. The Islamic Text Society, 2006. P. 58–167; *Id.* A Textbook on Hadith Studies: Authenticity, Compilation, Classification and Criticisms of Hadith. The Islamic Foundation, 2005. P. 139–155.

⁵³ ибн Таймийа Т.А. Фатава ибн Таймийа: В 5 т. Каир: Курдинстан Пресс, 1926. Т. 3. С. 338–339.

⁵⁴ Там же.

⁵⁵ ибн Таймийа Т.А. Указ. соч. С. 338–339.

разрешающие продажу запрещенных исламом вещей. Таким образом, ученый в принципе идет в ногу с современной концепцией свободы договора, которая позволяет заключение любых видов договоров, за исключением тех, которые запрещены законом.

Более того, ханбалитские юристы ставят на первое место намерение, которое должно быть решающим фактором при заключении договора. Иными словами, если сторона при заключении договора имеет законные намерения, то такой договор не может быть признан недействительным, если даже содержит обременительные условия.

Так, другой ханбалитский юрист и ученик ибн Таймийи ибн Каййим ал-Джавзийя писал: «Должно ли право учитывать только явное значение выражений и договоров, даже когда цели и намерения (*ниййат*) выглядят иначе?.. Право и правовые принципы свидетельствуют о том, что намерения должны учитываться в договорах и что они должны определять действительность и недействительность договора. Так, например, если человек продает оружие тому, о ком знает, что тот будет использовать его для убийства мусульманина, то такой договор считается ничтожным, так как он продвигает преступление и агрессию. Но договор будет действительным, если он продает оружие тому, кто будет воевать за свою страну. Даже если в обоих случаях форма правового акта и договора являются одинаковыми, намерения и цель разные»⁵⁶.

Таким образом, мы видим, что для ханбалитов решающим инструментом в ограничении свободы договора является намерение стороны, а не само содержание условия или оговорки. Поэтому ханбалитские юристы придают силу даже тем договорам, которые в классическом праве были или запретными, или нежелательными. Это коренным образом отличается от подхода ханафитов, но не только ханафитов – это идет вразрез с мусульманской юриспруденцией.

В мусульманской юриспруденции *хадис* (предание от Пророка) является вторым после Корана источником права, и всякое мнение, содержащееся в хадисе, должно иметь приоритет над другими правилами⁵⁷. Тем не менее если придерживаться позиции ханбалитов, то хадис, который запрещает определенные виды договоров, должен быть отменен ввиду того, что сторона, заключающая договор, имеет вполне легитимное намерение.

И здесь дело не только в том, что хадис, приведенный ханафитами, не признается ханбалитами. Это не может являться достаточным основанием. Таким методом и другие школы права могут оспаривать позиции друг друга, что они и делали на ранней стадии развития мусульманского права.

Несмотря на существующие концептуальные проблемы в мусульманской юриспруденции, свобода договора приобрела новую жизнь в идеях ханбалитов, но это позиция только одной школы. В мусульманском праве есть по крайней мере восемь школ права, четыре из них ортодоксальные (если их можно так называть), а остальные принадлежат к другим течениям (таким, как шииты и ибадиты⁵⁸).

Маджалла: шаг вперед и два шага назад?

Ханафитская школа права еще раз подтвердила свой статус рационалистической и прогрессивной школы права, когда ее представители в Османской империи (где она считалась официальной школой права) начали реформирование мусульманского права.

Этот проект стал известен как Маджалла (*Mecelle-iahkam-iadliye*) и был инициирован в 1869 г. Для его осуществления была создана специальная комиссия, состоящая как из мусульманских юристов, так и из юристов, обучавшихся западному праву. Целью этого проекта

⁵⁶ Ал-Джавзийя И. Илам ал-Мувакки'инъан Рабб ал-'Аламин: В 4 т. Каир: ал-Мунирийя Пресс, 1917. Т. 3. С. 96–98.

⁵⁷ Kamali M.H. A Text Book on Hadith Studies.

⁵⁸ Краткий обзор школ см.: Crone P. Roman, Provincial and Islamic Law: The Origins of the Islamic Patronate. Cambridge University Press, 1987. P. 18–34.

было реформирование таких отраслей материального права, как договоры, аренда, поручительство, обязательства, свидетельства, доказательства, а также некоторые аспекты процессуального права⁵⁹. Маджалла просуществовала в Турции до 1926 г., но она до сих пор имеет силу в некоторых мусульманских странах, входивших в состав Османской империи, а также, что является довольно примечательным фактом, в Израиле.

Объектом особого внимания османских юристов-ханафитов стало договорное право, где на договор традиционно налагались вышеуказанные ограничения. Понимая недостатки экономического подхода, который до сих пор применяли ханафитские юристы, османские юристы решили прибегнуть к методам, используемым их концептуальными противниками, т. е. ханбалитами.

Так, комментарий к Маджалле гласил: «Добавление оговорок к договору купли-продажи товаров является недозволенным для ханафитов... И ввиду того, что это правило не соответствует нашему времени... необходимо принять позицию ханбалитов»⁶⁰. После этого были внесены изменения в соответствующие положения Маджаллы.

Так, ст. 186 Маджаллы гласила: «Договор купли-продажи, содержащий оговорку, которая присуща природе сделки (*шартйактадих ал-ъакд*), является действительным. Таким образом, например, если кто-то продает вещь с условием, что он будет держать эту вещь при себе, пока не заплатят цену, то такой договор не считается заключенным в ущерб одной из сторон, а оговорка свидетельствует о требованиях договора»⁶¹.

Используя договор купли-продажи как основание, османские юристы совершили ту же ошибку, что и их предшественники. Они опять применили формалистский подход, который становится еще более очевидным в других положениях Маджаллы.

Статья 187 Маджаллы гласит: «Договор купли-продажи, содержащий оговорку, которая является соответствующей целям сделки (*шар-тйуъаййид ал-ъакд*), действителен, как действительна сама оговорка. Так, например, если кто-то продает вещь с условием, что покупатель предоставит обеспечение цены товара (*йархун*) или третья сторона станет гарантом (*йакфал*) оплаты цены, то такая сделка является действительной и оговорка дозволенной. И если покупатель не выполнит оговоренные условия, то продавец имеет право расторгнуть договор, так как оговорка является соответствующей цели, указанной в договоре»⁶².

Статья 188 Маджаллы гласит: «Договор купли-продажи, содержащий оговорку-обычай (*шартмутаъараф*), т. е. ту, которая является часто используемой на практике, является действительным, а оговорка – имеющей силу. Так, например, если кто-то продает лоскут с условием, что продавец из него сошьет одежду, или замок с условием, что продавец установит его, то такая сделка купли-продажи действительна и продавец обязан соблюдать оговоренные условия»⁶³.

Статья 189 Маджаллы гласит: «Договор купли-продажи, содержащий оговорку, которая не имеет никакой пользы ни для какой стороны, является действительным, но сама оговорка не имеет юридической силы (*лагв*). Так, например, если кто-то продает животное с условием, что покупатель не продаст его третьим лицам, или с условием, что покупатель пошлет продавца содрать кожу с животного, то сама сделка купли-продажи действительна, однако оговоренное условие не имеет никакой юридической силы»⁶⁴.

⁵⁹ Viktor K.S. Between God and the Sultan: A History of Islamic Law. Oxford University Press, 2005. P. 230.

⁶⁰ Explanatory Memorandum of Majalla Amendment of Shurut Provisions, «A Sequel to the Book of Sales of the Majalla», Jeride-i 'Adliyye, a monthly publication of the Ministry of Justice. Ankara: Yeni Gun Press, 1922. § 2. P. 95.

⁶¹ The Mejelle, Book of Sale // Arab L.Q. 1985–1986. Vol. 1. P. 531.

⁶² The Mejelle, Book of Sale. P. 531.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

Из приведенных статей становится ясно, что османские юристы выбрали своеобразный метод расширения свободы договора. С одной стороны, они признают любой договор действительным, но с другой – оговорка, которая раньше делала договор недействительным, теряет юридическую силу, не влияя при этом на действительность договора.

Тщательный анализ положений Маджаллы показывает, что османские юристы оттолкнулись от первого положения, разработанного еще классическими ханафитскими юристами, но не продвинулись далее. Неубедительно выглядит и аргументация, которая была использована османскими юристами. То, к чему они стремились, свобода договора, не было достигнуто ни в одном предложенном ими положении. Они ограничивали права сторон внутри договора, что было равносильно ограничению самой свободы договора.

С другой стороны, положения, например, ст. 189 Маджаллы говорят о некоем прогрессе и осознании того, что свобода договора до этого не была достигнута, как и не была полноценно использована аргументация ханбалитов, что было сродни топтанию на одном месте. Данная статья была пересмотрена и изложена в следующей редакции: «Договор купли-продажи, содержащий оговорку, которая выгодна одной из сторон, является действительным и сделка имеет юридическую силу. Так, например, если продавец продает животное с условием, что он будет иметь право использовать его для транспортировки в течение определенного времени до доставки, то такой договор действителен и оговоренное условие имеет юридическую силу»⁶⁵.

Правда, можно обнаружить, что данная редакция имеет «двойное дно»: в примере, приводимом после правила, говорится, что животное будет использоваться до доставки его покупателю, иными словами, животное не может быть использовано после доставки, и, следовательно, сделай продавец такую оговорку, она не будет иметь юридической силы. Вместе с тем данное положение считается достижением османских юристов и шагом вперед по сравнению с тем, что было, – сами османские юристы признавались, что вопрос оговорок стал объектом больших споров и противоречий в Комитете по реформированию мусульманского права⁶⁶.

Современная позиция: формальная свобода договора

В современной мусульманской юриспруденции не ведут дискуссий относительно оговорок и не делают на них акцента при создании новых форм договоров. Вместе с этим революционная позиция ханбалитов также предана забвению. Это говорит о том, что мусульманские юристы больше склонны гармонизировать свои методы с западными правовыми методами, нежели черпать идеи из своего колодца.

В то же время необходимо констатировать, что в XX и XXI вв. мусульманское договорное право не продвинулось дальше того, что было в XIX в. До сих пор в большинстве гражданских кодексов мусульманских государств отсутствует определение договора. И это несмотря на попытки известного арабского цивилиста Абд ал-Раззака Санхури гармонизировать мусульманское гражданское право с французским гражданским правом.

Набил Салех жалуется, что во многих гражданских кодексах до сих пор ощущается нехватка концептуального осмысления договора классическими мусульманскими юристами⁶⁷. Это, в частности, очевидно в Гражданском кодексе Иордании, где договор определяется как акт обмена выражениями, а не как собственно соглашение. Более того, Са-лех считает, что свободы договора в современном мусульманском праве вообще не существует⁶⁸. Причиной этого

⁶⁵ Статья 3 Маджаллы (см.: A Sequel to the Book of Sales of the Majalla, Jeride-I 'Adliyye, a monthly publication of the Ministry of Justice).

⁶⁶ Explanatory Memorandum, Ali Haydar, Durar al-Hukkam. Ankara: Yeni Gun Press, 1922. § 1. P. 10–11.

⁶⁷ Saleh N. Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws // Arab L.Q. 1990. Vol. 5. P. 110.

⁶⁸ Ibid. P. 107–108. См. также: Chehata C. Droit Musulman, Application au Proche-Orient. Paris: Dalloz, 1970. P. 124–140.

является, по его мнению, то, что воля сторон не имеет никакого значения. Важно намерение, но не воля: одно уже произношение слов «Ты продал?» или «Я продал» имеет юридическую силу, но при этом воля сторон абсолютно не имеет значения.

Даже всматриваясь в правовые инструменты, предлагаемые современными мусульманскими юристами, можно обнаружить, что большинство из них были созданы посредством «спонтанной юриспруденции». Иными словами, разрабатывая их, юристы не обращались к основным трудам, позволявшим формулировать правила в обход запретов. Особенно это касается таких видов инструментов, как *мударабаха*, *мушарака* и *мурабаха*. Кнут Викор с иронией признает, что эти инструменты, будучи адаптированы из шариата, тем не менее маскируют взимание процентов⁶⁹.

Если бы свобода договора применялась в полную силу в отношении упомянутых инструментов, их использование не было бы таким сложным. Это также касается самой концепции договора в мусульманском праве на современном этапе: формализм и привязанность к традиционным нормам мусульманского права зачастую заставляют мусульманских юристов отказаться от логики и рамок разумности, и они создают то, что иногда противоречит даже самой сути договора. Это продолжается со времен введения Маджаллы, разработчики которой делали упор на форму, а не на содержание. Боязнь вступить в противоречие с божественным законом иногда мешает мусульманским юристам создавать довольно эффективные инструменты даже при осознании ими отсутствия противоречий.

Не может не вызывать критики нежелание большинства мусульманских юристов обращаться к конструкциям римского права в качестве полезного образца, притом что мусульманское право не против импорта иностранных правил, если они не противоречат целям и смыслу божественного закона (т. е. шариата)⁷⁰.

Использование римского права в качестве платформы для реформирования договорной отрасли мусульманского права решило бы многие проблемы. Оно могло бы способствовать решению этих проблем и ранее, когда мусульмане разрабатывали правила относительно *шурут* и когда была создана Маджалла, причем это даже бы не затронуло основные, незыблемые нормы и принципы мусульманского права, как полагают многие, но упростило бы задачу создания различных договорных инструментов, необходимых для проведения дозволенных с точки зрения шариата финансовых и банковских операций.

Причин, дополнительно препятствующих созданию логичных и простых договорных инструментов, предостаточно. Во многом это обусловлено и тем, что мусульманское право неоднородно. Исторически в ортодоксальном (суннитском) исламе сложилось четыре школы права, а в начале их было больше шести⁷¹. Во втором по численности течении ислама (*шиизме*) существует три школы права, а в третьем (*хариджизме*) – еще одна школа права; существуют еще и школы права в различных сектах ислама. Этот плюрализм несколько не делает право динамичным и эффективным, а, наоборот, тормозит его дальнейшее развитие.

Второй немаловажной причиной является отсутствие систематичности и концептуальной полноты в мусульманском праве. До сих пор, несмотря на общепринятое мнение о существовании иерархии права, согласно которой первым является Коран, затем Сунна, потом консенсус

⁶⁹ Vikor K.S. Op. cit. P. 328–329.

⁷⁰ Так, например, официальный комментарий к Закону Саудовской Аравии о компаниях гласит: «В создании этих норм было необходимо заимствовать подходящие положения из других правовых систем с условием, что они не противоречат Корану и Сунне» (*al-Samdan A. Contracts' Conflicts Rules in Arab Private International Law: A Comparative Study on Principles of Islamic and Civil Legal Systems. University Microfilms International, 1981. P. 76*).

⁷¹ Несмотря на то что сунниты во весь голос заявляют, что эти школы равны как по статусу, так и по рангу, концептуальные противоречия между ними перерастают иногда в конфликт, который стоит многих человеческих жизней. И, разумеется, такие конфликты несколько не способствуют созданию здоровой атмосферы диалога между юристами этих школ. После этого и речи о том, чтобы собраться и прийти к разумному решению в вопросе свободы договора, не может быть.

и аналогия, Коран не играет первостепенную роль при решении многих вопросов, а юристы до сих пор не могут прийти к согласию в отношении консенсуса, как бы это иронично ни звучало.

В итоге, несмотря на значительный вклад таких замечательных реформаторов, как Джамалуддин ал-Афгани, Мухаммед Абдух и Абд ал-Раззака Санхури, которые ратовали за единство школ мусульманского права, т. е. за отмену всех школ права и унификацию самого права, мусульманское право не продвинулось дальше формальных объявлений о реформах. В такой противоречивой обстановке вряд ли можно говорить о свободе договора, которая, даже будучи формально признанной, не завоевала фактического признания.

Заключение

Настоящее исследование показало, насколько проблематичной является свобода договора в мусульманском праве, причем корнем проблемы является не само права, а неверность подхода, в рамках которого изначально неправильно толкуется намерение законодателя.

Более того, одна из возможных причин, по которой считалось и считается, что свобода договора отсутствует в мусульманском праве, – это неспособность отделять понятие несправедливых условий в договоре от искусственных ограничений. Возможно, если бы мусульманские юристы подобно английским разделяли понятия неисполнимых договоров, договоров, содержащих аннулирующий элемент, и договоров, недействительных по причине несоответствия публичному порядку, обвинений в ограничении свободы договора было бы значительно меньше. В классическом мусульманском праве не проведено четкое разграничение названных понятий по причине прежде всего несколько иного понимания природы договора. Если большинство историков склонны были считать, что римское право повлияло на мусульманское право, то договорное право подтверждает обратное.

Современные попытки мусульманских юристов гармонизировать мусульманское договорное право с западным договорным правом демонстрируют огромный разрыв между этими системами права. Вместе с тем благодаря тому, что мусульманское право неоднородно и в его рамках существует большое количество различных правовых позиций и подходов, вопрос свободы договора будет пересматриваться снова и снова.

А.А. Кот

Свобода договора в гражданском праве Украины

Статья посвящена изучению феномена идеи свободы договора в частном праве Украины. Автор в первую очередь проанализировал ключевые этапы становления требования свободы договора в историческом контексте, а также охарактеризовал сущность и истоки данной идеи. Это стало отправной точкой для последующего анализа действующего права Украины. Кроме того, с учетом текущей судебной практики были определены общее содержание принципа свободы договора и его ограничения.

Представляется, что проведенное исследование позволило автору наглядно продемонстрировать и аргументировать как с теоретической, так и с практической точки зрения всю важность идеи свободы договора для частного права. Она не должна являться ни данью традициям, ни всего лишь «мертвой» нормой. Наоборот, и с точки зрения истории частного права, и согласно замыслу разработчиков Гражданского кодекса Украины идея свободы договора должна быть возведена в ранг принципа частного права.

Право, в особенности гражданское, является отражением пути и направления преобразований, избираемых обществом и государством в отдельные моменты истории своего развития.

Важным представляется анализ преобразований не только и не столько применительно к конкретным институтам частного права, которые с завидной регулярностью становятся предметом разнообразных исследований, сколько в отношении общих, можно сказать, стержневых, идей, базовых для гражданско-правового регулирования общественных отношений в целом. Несомненно, таковой можно считать идею свободы договора в частном праве.

Данное исследование не ставит задачей формулировать какие-либо характеристики, проявления или признаки свободы договора, различающиеся качественной научной новизной. Скорее оно посвящено анализу определенных тенденций, сопровождающих требование о соблюдении свободы договора в процессе развития общества, государства и права, выявлению особенностей внедрения идеи свободы договора в современное частное право Украины, для чего будут использованы научные работы и труды разработчиков действующего ГК Украины, вступившего в силу в 2004 г., а также анализу реализации принципа свободы договора в практике судов высших инстанций в Украине.

1. Становление идеи свободы договора

Как известно, свобода договора в качестве концентрированного общего требования, признанного правовой доктриной, появилась сравнительно недавно. Вместе с тем некоторые требования, рассматриваемые в современном частном праве в качестве составной части принципа свободы договора, прошли достаточно долгий путь становления и развития.

Примером здесь может служить право сторон договора на свободное формулирование его условий и его проявление в условиях борьбы или, наоборот, при ослаблении борьбы с ростовщицеством, которое в разное время выражалось подчас противоположными правилами: начиная от практически полного запрета взимания процентов и заканчивая полной свободой установления размера процентов.

Однако наиболее широкое закрепление требование свободы договора получило, как и множество иных институтов частного права, во время проведения кодификационных работ. Отражение принципа свободы договора в период важнейших кодификаций XIX – XX вв. также напрямую зависело от характера объективных экономических и социальных изменений

в обществе и государстве, на которые, безусловно, реагировала научная мысль и, таким образом, направляла законодателя при формировании норм законов.

Так, во время принятия ФГК были сильны идеи Великой французской революции. Естественно, принципы свободы, равенства, братства в общественной жизни не могли не проникнуть в нормы Кодекса Наполеона, даже несмотря на то, что в его подготовке принимали участие убежденные роялисты. Поэтому ФГК оказался насквозь пропитанным идеями свободы договора. В свое время Я.А. Канторович писал: «В Кодексе Наполеона, изданном в начале XIX в., принцип договорной свободы проводится со всей последовательностью: от воли сторон всецело зависит предусмотреть в договорах все условия и все последствия своих обязательств, нормы же закона, касающиеся договорного права, применяются только тогда, когда стороны чего-либо не предусмотрят или забудут предусмотреть какое-либо условие или вовсе не урегулируют своих отношений; в этих случаях пробел или недостаток воли сторон восполняется нормой закона, которая является «предполагаемой волей сторон». Таким образом, нормы закона в договорном праве – исключительно диспозитивные»⁷².

Напротив, в дальнейшем, когда романтизм политических изменений столкнулся с суровыми экономическими законами, постепенно начали проявляться все большие ограничения неразумной свободы, доходившей в отдельных случаях до экономического угнетения. Поэтому к моменту принятия ГГУ и ШОЗ было сформировано значительное количество норм и правил, которым не могли противоречить условия договора, прямо предписывающие заключение договора или ограничивающие лиц в возможности изменять условия договоров. Однако эти ограничения все равно обосновывались, как правило, с точки зрения общей направленности частного права, в частности защитой слабой стороны договора, поддержанием свободной конкуренции и т. д. В любом случае, несмотря на ограничения, свобода договора всегда оставалась основополагающим принципом экономического регулирования⁷³.

Не осталась в стороне от этих общих тенденций и отечественная доктрина гражданского права. В Российской империи цивилистика, находящаяся под влиянием сначала французских, а в последующем немецких частноправовых идей, также признавала общее требование свободы договора. Как отмечал выдающийся ученый Г.Ф. Шершеневич, свобода договора с устранением субъективных ограничений, а также формализма стала наряду с правом частной собственности одной из главных основ современного правового порядка⁷⁴.

После революции изменение политико-экономических устоев общества наложило свой отпечаток на целые отрасли права, в том числе и право гражданское. В условиях господства плановой системы хозяйствования свобода договора откровенно потеряла свою центральную роль в частноправовых договорных отношениях. Здесь на первый план вышли содержательно иные категории, такие как договорная дисциплина и обусловленность заключения договоров актами планирования. В таких условиях договор занимал подчиненное положение в отношении плана, а в научной литературе подчеркивалось, что своевременное и надлежащее оформление договорных отношений служит надежной основой для успешного выполнения планов⁷⁵.

Вместе с тем было бы ошибкой утверждать, что в этот период истории концепция свободы договора совершенно канула в Лету. Как отмечает А.С. Довгерт, в реальной жизни все равно оставались хотя бы небольшие островки свободы, которые объективно требовали частноправового, а не публичного регулирования. Это была некая территория свободы человека, которую он имел, в частности, в сфере семейных отношений, товарооборота и т. д. А с 1985 г.

⁷² Канторович Я.А. Основные идеи гражданского права. Харьков: Юрид. изд-во НКЮ УССР, 1928. С. 52.

⁷³ Базедов Ю. Свобода договоров в Европейском союзе / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 2. С. 90.

⁷⁴ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. 9-е изд. М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1911. С. 448.

⁷⁵ Луць В.В. Хозяйственный договор и эффективность производства. Львов: Вища школа, 1979. С. 55.

происходит постепенное расширение этой территории свободы⁷⁶. В научной литературе того времени уже прямо подчеркивалось, что область заключения неплановых договоров между юридическими лицами, между ними и гражданами либо между гражданами – это область «так называемой автономии, осуществление определенной свободы. Вступающим в договор юридическим и физическим лицам предоставляется возможность самим позаботиться об обеспечении своих интересов: инициатива и самостоятельность, личная заинтересованность должны привести к наибольшему (с общественных позиций) результату»⁷⁷.

В дальнейшем, после перехода к рыночным методам хозяйствования, происходил постепенный, но необратимый возврат к классическому пониманию идеи свободы договора и ее конкретным проявлениям. В начале 1990-х гг. цивилисты обосновывают принципиально иное соотношение плана и договора: «Поскольку в условиях рыночной экономики именно договор становится основой для формирования плана (да и существенным образом изменяется назначение и содержание самого плана и порядок его утверждения), постольку следует признать, что план не должен рассматриваться в качестве ограничителя договорной свободы»⁷⁸.

Таким образом, и в период плановой экономики принцип свободы договора полностью не исчезал с горизонтов гражданского права. В конце концов, и ГК УССР предусматривал отдельные составляющие данного принципа, закрепляя, к примеру, в ст. 4 возможность возникновения гражданских прав и обязанностей как из сделок, предусмотренных законом, так и из сделок, хотя и не предусмотренных законом, однако не противоречащих ему.

Тем не менее указанное выше ни в коей мере не ставит под сомнение вывод о том, что в процессе новой кодификации частного права Украины, равно как и других постсоветских республик, научная мысль вознесла идею свободы договора на качественно новый уровень, возвратив ее в лоно классического понимания. Это нашло свое отражение в прямом закреплении свободы договора в качестве основного начала гражданского законодательства Украины.

2. Истоки и сущность идеи свободы договора

В основе требования свободы договора, как представляется, находятся общесоциальные и общеправовые идеи свободы человеческой личности и равенства сторон, пронизывающие все современное частное право. Как отмечал еще И.А. Покровский, труды которого продолжают оказывать огромное влияние на современные процессы развития частного права, гражданское право исконно и по самой своей структуре было правом отдельной человеческой личности, сферой ее свободы и самоопределения. Здесь впервые зародилось представление о человеке как субъекте прав, т. е. представление о личности как о чем-то юридически самостоятельном и независимом даже по отношению к государству и его властям⁷⁹. Если публичное право есть система субординации, то гражданское право – система координации; если первое представляет собой область власти и подчинения, то второе – область свободы и частной инициативы⁸⁰.

В подобном ключе высказывался и С.С. Алексеев, утверждавший, что частное право – это суверенная территория свободы на основе права⁸¹, оно является носителем цивилизованной

⁷⁶ Довгерт А. Кодифікація цивільного права незалежної України – важливий етап розвитку цивілістичної доктрини // Право України. 2014. № 6. С. 37.

⁷⁷ Свердлык Г.А. Принципы исполнения обязательств по заключению договоров – основа соблюдения плановой дисциплины // Договорная дисциплина в советском гражданском праве: Межвуз. сб. научн. тр. / Отв. ред. Г.А. Свердлык. Свердловск: Изд-во Свердлов. юрид. ин-та, 1985. С. 30.

⁷⁸ Кузнецова Н.С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве. Киев: Наукова думка, 1993. С. 67.

⁷⁹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 4-е изд., испр. М.: Статут, 2003. С. 307.

⁸⁰ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 4-е изд., испр. С. 44.

⁸¹ Алексеев С.С. Частное право: Научно-публицистический очерк // Он же. Собр. соч.: В 10 т. Т. 7: Философия права и теория права. М.: Статут, 2010. С. 351.

свободы, если угодно ее исконной, первородной обителью, не имеющей в ряде областей жизни общества альтернативы⁸².

Показательно в этом смысле и предостережение еще одного выдающегося цивилиста М.М. Агаркова: «Для тех, которым свобода кажется чем-то несущественным, для тех, кому нужно слить всех людей в единую массу громадного механизма, частное право не только не представляет ценности, но и является чем-то, что нужно преодолеть»⁸³.

По мнению разработчиков ГК Украины, краеугольным камнем частного права остается положение о «генетическом коде» гражданских отношений: юридическое равенство, свободное волеизъявление, диспозитивность и т. д.⁸⁴ Определяющим признаком гражданских правоотношений выступает известная еще с римских времен автономия воли, для выражения которой основным качеством участника отношений должна быть его свобода, подразумевающая его участие в осуществлении своих интересов, санкционированных и освященных правом. Здесь имеет значение собственная инициатива, которая предполагает возможность действовать на свой риск и нести ответственность за свое поведение⁸⁵.

Таким образом, первооснова требования свободы договора коренится в самой сущности гражданского права, являясь продолжением его признаков и характерных черт. В этом смысле четко прослеживается преемственность в квалификации разработчиками нового ГК Украины института договора в частном праве, его понимания и значения.

Как отмечал И.А. Покровский, всякий договор является осуществлением частной автономии, осуществлением той активной свободы, которая составляет необходимое предположение самого гражданского права. Вследствие этого верховным началом во всей этой области является принцип договорной свободы. Вместе с началом частной собственности этот принцип служит одним из краеугольных камней всего современного гражданского строя. Уничтожение этого принципа означало бы полный паралич гражданской жизни, обречение ее на неподвижность⁸⁶. В этом же ключе высказывается и Я.Н. Шевченко, по мнению которой договор как правовой институт в высшей степени отвечает началам гражданского права – равенству лиц, диспозитивности в их отношениях (разрешении вопросов по собственному усмотрению), инициативе в возникновении этих отношений⁸⁷.

Приведенные суждения свидетельствуют о том, что на сегодняшний день происходит возврат к действительному естественному пониманию как самого договора, так и принципа договорной свободы.

Какими бы общими и абстрактными ни казались изложенные выше высказывания правоведов и их выводы, в действительности это не так. Они играют (и должны играть!) значительную роль на любой стадии жизни нормы права. Истоки данной идеи, находящиеся в недрах частного права как такового, должны приниматься во внимание в первую очередь в правоприменительной практике при возникновении ситуаций, прямо не урегулированных нормами закона. Между тем это не самое главное. Гораздо более важным представляется то, что все легальные ограничения требования свободы договора должны рассматриваться и применяться исключительно через призму самого этого требования, являющегося частичкой сущ-

⁸² Там же. С. 360.

⁸³ Агарков М.М. Ценность частного права // *Он же*. Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. 1. М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. С. 105.

⁸⁴ Кузнецова Н. Основні методологічні засади сучасного цивільного права України // *Право України*. 2009. № 8. С. 13.

⁸⁵ Шевченко Я.М. Поняття цивільних правовідносин і їх значення в суспільстві // *Актуальні проблеми приватного права України: Збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнецової* / Відп. ред. Р.А. Майданик та О.В. Кохановська. Київ: Юридична практика, 2014. С. 499.

⁸⁶ Покровский И.А. Указ. соч. С. 247–248.

⁸⁷ Шевченко Я.М. Теоретичні засади нового цивільного законодавства України // *Она же*. Вибрані праці (1964–2012 рр.) / Вступне слово акад. Н.С. Кузнецова; відп. ред. Р.О. Стефанчук. Кам'янець-Подільський: Рута, 2012. С. 231.

ности частного права. Учитывая указанный характер идеи свободы договора, ее ограничения должны быть сформулированы не просто так, не потому, что того требует пресловутая защита интересов государства (а скорее, конкретных представителей власти), которое традиционно норовит во всех без исключения случаях поставить свои интересы выше интересов отдельного человека не потому, что так захотелось в тот или иной период законодателю. Напротив, любое ограничение свободы договора должно выводиться в рамках компромисса с постулатами не менее общего и всеохватывающего принципа частного права. Именно в этом ключе, как свидетельствует история, были разработаны ограничения свободы договора – исходя из защиты слабой стороны в договоре, недопущения попрания «вышестоящих» принципов добросовестности, разумности и справедливости и т. д. Только в этом случае принципы гражданского права действительно получают свою наиполнейшую реализацию, а само гражданское право превращается в действенный инструмент развития экономики в целом.

В свою очередь, сущность идеи свободы договора может быть в самом общем виде определена как гарантированная правопорядком возможность любого участника гражданских правоотношений пренебречь в известных пределах принуждением третьих лиц и органов власти в вопросах вступления в договорные отношения и определения их содержания.

3. Нормативное закрепление и содержание идеи свободы договора в праве Украины

Согласно ч. 1 ст. 19 Конституции Украины правовой порядок в Украине основан на началах, в соответствии с которыми никто не может быть принужден делать то, что не предусмотрено законодательством. Этот исходный постулат свободы личности является базовым для правопорядка в целом и находит свое проявление в рамках разных сфер правового регулирования.

Основным регулятором общественных отношений частного характера выступает гражданское право. Именно его нормы сопровождают человека от рождения до ухода в мир иной, а временами они захватывают и больший период (права nasciturуса в наследственном праве, авторское право и др.). Гражданский кодекс является не только основным актом гражданского законодательства, но и основой для всей системы частного права, кодексом жизни всего гражданского общества⁸⁸. Поэтому, если идея свободы договора и должна была получить прямое нормативное признание, то это должно было, несомненно, произойти в рамках норм нового ГК Украины.

На сегодняшний день вполне можно вести речь о реализации идеи свободы договора в рамках гражданского законодательства на нескольких уровнях.

Первым и базовым уровнем является закрепление свободы договора как общего начала гражданского законодательства в п. 3 ч. 1 ст. 3 ГК Украины. По существу, все предписания, заключенные в ст. 3 ГК Украины, являются всеобщими, основополагающими требованиями, которые пронизывают все без исключения нормы гражданского законодательства. По замыслу разработчиков нового ГК Украины, перечисленные в ст. 3 ГК Украины принципы являются предписаниями естественного права, и этот характер не утрачивается в связи с их оформлением в позитивном праве, а лишь подчеркивает тот факт, что именно естественное право, исходящее из рациональности и разумности, является первоисточником современного права гражданского⁸⁹.

⁸⁸ Кузнецова Н.С. Развитие гражданского общества и современное частное право Украины // *Она же*. Вибрані праці. Киев: Юридична практика, 2014. С. 241.

⁸⁹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. Киев: Істина, 2004. С. 9.

В целом такая характеристика положений ст. 3 ГК Украины коррелирует с традиционным пониманием принципов права как руководящих положений, основных начал, выражающих объективные закономерности, тенденции и потребности общества⁹⁰. Тем не менее принципам права нередко приписывают нормативный характер или свойство обязательности в силу закрепления их в законе. Наоборот, указанные в ст. 3 ГК Украины общие начала гражданского законодательства получили нормативное закрепление именно в силу восприятия их как общеобязательных в соответствии с требованиями самой жизни, естественного права.

Итак, с учетом указанной оговорки обоснованным представляется мнение цивилистов, рассматривающих свободу договора как принцип гражданского права⁹¹. Тем не менее в украинской юридической литературе были высказаны сомнения в общецивилистическом характере принципа свободы договора. В частности, отмечается, что свобода договора касается исключительно сферы договорных отношений, и поэтому это начало должно быть признано принципом лишь договорного права⁹². Однако с таким мнением вряд ли можно согласиться, поскольку при указанном подходе упускается из виду несколько важных моментов.

Во-первых, принцип свободы договора напрямую связан с реализацией определенных возможностей в иных подотраслях и институтах гражданского права, к примеру, с идеей свободного распоряжения собственностью. Во-вторых, высока вероятность того, что в случае закрепления свободы договора только как принципа договорного права в соответствующем разделе нового ГК Украины его значение свелось бы исключительно к регулятивной функции. В таком случае был бы утрачен смысл этой идеи как базовой для формирования позитивного права, проявлением которого является требование учета положений ст. 3 ГК Украины при создании новых норм права, о чем неоднократно упоминалось в цивилистической литературе⁹³. И наконец, в-третьих, признание свободы договора исходной предпосылкой всего современного гражданского права с необходимостью предполагает, что ограничение реализации этой идеи должно соответствовать критериям естественного права, а именно разумности, общественной необходимости, пропорциональности и т. д.⁹⁴ Иными словами, любое ограничение идеи свободы договора, как уже упоминалось ранее, должно иметь в своей основе не менее общий принцип права.

Вторым уровнем нормативного закрепления идеи свободы договора следует считать положения ст. 6 ГК Украины, согласно которым стороны имеют право заключить договор, который не предусмотрен актами гражданского законодательства, но отвечает общим началам гражданского законодательства (ч. 1). Стороны имеют право урегулировать в договоре, который предусмотрен актами гражданского законодательства, свои отношения, которые не урегулированы этими актами (ч. 2 ст. 6). Стороны в договоре могут отступить от положений актов гражданского законодательства и урегулировать свои отношения по собственному усмотрению. 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 проистекает из их содержания или из существа отношений между сторонами (ч. 3 ст. 6).

⁹⁰ Алексеев С.С. Общая теория права. Курс в двух томах. Т. I. М.: Юрид. лит-ра, 1981. С. 98; Грибанов В.П. Принципы осуществления гражданских прав // *Он же*. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стереотип. М.: Статут, 2001. С. 223.

⁹¹ Шевченко Я.Н. Проблемы и перспективы развития гражданского права Украины в соответствии с новым Гражданским кодексом // *Она же*. Вибрані праці (1964–2012 рр.). С. 335; Цюкало Ю.В. Щодо розуміння свободи договору: теоретико-прикладний аспект // *Часопис Київського університету права*. 2013. № 1. С. 211.

⁹² Бервено С.М. Проблеми договірного права України: Монографія. Киев: Юрінком Інтер, 2006. С. 118.

⁹³ Кузнецова Н.С. Стан і тенденції розвитку цивілістичної науки в Україні // *Право України*. 2014. № 6. С. 10; Довгерт А.С. Кодифікація цивільного права незалежної України – важливий етап розвитку цивілістичної доктрини // *Право України*. 2014. № 6. С. 39.

⁹⁴ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. С. 9.

Пожалуй, именно ст. 6, а точнее, ч. 3 этой статьи, вызвала наибольшие дискуссии в научной литературе после вступления в силу нового ГК Украины. К примеру, требующей должного внимания представляется позиция М.Н. Сибилева, который позитивно оценивает направленность ч. 3 ст. 6 ГК Украины, но не соглашается с указанием в этой норме на невозможность отступления от положений актов гражданского законодательства по причинам, проистекающим из содержания или из существа отношений между сторонами⁹⁵.

Впрочем, помимо интересных идей в литературе были высказаны откровенно сомнительные утверждения в духе того, что ч. 3 ст. 6 ГК Украины не имеет ни малейшего отношения к принципу свободы договора⁹⁶, хотя даже при поверхностном прочтении буквального текста нормы очевидна ошибочность такой позиции.

Безусловно, не согласуются положения ст. 6 ГК Украины и с теорией хозяйственного права, в которой государству традиционно отводится значительная роль как в рамках самих правоотношений, так и в сфере правового регулирования этих отношений. «Надо сказать, – пишет Н.С. Кузнецова, – что наши оппоненты, представители науки хозяйственного права, буквально «в штыки» восприняли эту норму и с различной степенью регулярности пытаются изменить редакцию ст. 6 ГК Украины. Уже сам по себе этот факт свидетельствует о том, что положения этой статьи по своему содержанию глубоко демократичны и никак не вписываются в представления «хозяйственников» об общих началах «правового хозяйственного порядка», закрепленного в ст. 5 Хозяйственного кодекса Украины»⁹⁷.

В целом, если оценить прежде всего положения ст. 6 ГК Украины, которые однако находят свое выражение и в других нормах этого Кодекса, договор поставлен в приоритетное положение по сравнению с нормой гражданского законодательства (безусловно, с имеющимися оговорками). Поэтому можно согласиться с мнением о том, что ст. 6 ГК Украины выводит гражданско-правовой договор на новый уровень в механизме правового регулирования, поскольку уже на первом этапе (стадии правовой регламентации) не закон или иной акт гражданского законодательства, а сам договор выступает источником того правового стандарта, который будет определять модель надлежащего поведения сторон⁹⁸.

Третьим уровнем нормативного закрепления идеи свободы договора является ст. 627 ГК Украины: в соответствии со ст. 6 настоящего Кодекса стороны свободны в заключении договора, выборе контрагента и определении условий договора с учетом требований этого Кодекса, иных актов гражданского законодательства, обычаев делового оборота, требований разумности и справедливости. В договорах с участием физического лица – потребителя учитываются требования законодательства о защите прав потребителей.

Не может быть никаких сомнений в том, что назначением этой статьи является закрепление основного содержания правила свободы договора в частном праве. При этом даже текстуально она самым непосредственным образом связана с положениями ст. 6 ГК Украины. Это означает, что положения ст. 627 ГК Украины применяются в неразрывной системной связанности с предписаниями о соотношении договора и актов гражданского законодательства.

Четвертым уровнем нормативного закрепления следует признать отдельные нормы ГК Украины, прежде всего те, которые посвящены регулированию договорных отношений, однако не в тех аспектах, которые указаны в ст. 627 ГК Украины.

⁹⁵ Сибільов М.М. Співвідношення актів цивільного законодавства і договору та базові моделі регулювання договірних відносин за чинним Цивільним кодексом України // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. 2004. № 4. С. 59.

⁹⁶ Шевченко В.В. Сутність принципу свободи договору та його значення у земельному праві України // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Сер. «Юридические науки». 2013. Т. 26. № 2-1 (Ч. 1). С. 446.

⁹⁷ Кузнецова Н.С. Гражданское законодательство Украины: проблемы и перспективы совершенствования // Она же. Вибрані праці. С. 295.

⁹⁸ Кузнецова Н.С. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин // Она же. Вибрані праці. С. 405.

Таким образом, законодатель подошел к воплощению идеи свободы договора в позитивном праве достаточно глубоко, предусмотрев логично связанную ступенчатую структуру норм и закрепив в качестве основного начала гражданского законодательства принцип свободы договора с последующим раскрытием его основного содержания, которое требует отдельного анализа.

4. Содержание принципа свободы договора в гражданском праве Украины

Как уже отмечалось, в ст. 627 ГК Украины содержание свободы договора определено через указание на свободу в сфере заключения договора, выборе контрагента и определении условий договора.

В рамках доктрины гражданского права даже исследователи, настаивающие на невозможности расширенного или ограничительного толкования указанной выше нормы, соглашались с тем, что свобода договора может выражаться и в других аспектах договорной свободы⁹⁹. В научной литературе, к примеру, упоминается свобода в выборе формы договора¹⁰⁰, вида (типа) договора¹⁰¹, изменения, продления и расторжения договора¹⁰² и т. д.

Разумеется, многие из указанных в научной литературе дополнительных проявлений свободы договора могут в той или иной мере мыслиться и в рамках основного содержания принципа свободы договора, закрепленного в ст. 627 ГК Украины. Тем не менее все же представляется нецелесообразным ограничение указанного принципа только лишь положениями ст. 627 ГК Украины. Наоборот, с учетом всеобъемлющего характера идеи свободы договора для частного права, который воспринят украинским правопорядком уже в силу факта закрепления этой идеи среди общих начал гражданского законодательства (ст. 3 Кодекса), любое ограниченное восприятие свободы договора как таковой не отвечает общей направленности, общему стержню современного гражданского права. Тем не менее, если вести речь об основных элементах, направлениях действия этого принципа, становится понятным, что они как раз и изложены в ст. 627 ГК Украины.

Так, к примеру, важнейшее значение имеют предписания о том, что **стороны свободны в заключении договора**. Как справедливо отмечает Т.В. Боднар, законодательная техника закрепления правила поведения в норме закона в данном конкретном случае страдает изъянами, поскольку в буквальном смысле сторонами договора физические или юридические лица станут уже после его заключения¹⁰³. Впрочем, при этом вовсе не становится неясным содержание этого правила, смысл, вложенный в эти слова законодателем. Эта норма явно предполагает дальнейшую реализацию в рамках договорной сферы положений указанной выше ч. 1 ст. 19 Конституции Украины, а также ч. 2 ст. 14 ГК Украины, по смыслу которой лицо не может быть принуждено к действиям, совершение которых не является для него обязательным. Исходя из этого ст. 627 ГК Украины разрешает лицу по своему усмотрению сделать выбор, вступать или не вступать в договорные отношения, одновременно запрещая всем иным участникам гражданских правоотношений препятствовать реализации любого выбранного лицом варианта поведения, равно как и влиять на сам выбор недопустимыми способами.

В качестве примера практической реализации указанной нормы можно привести следующий случай. Решением исполнительного комитета Харьковского городского совета от 28

⁹⁹ Боднар Т.В. Договірні зобов'язання в цивільному праві: (Заг. положення): Навч. посіб. Київ: Юстініан, 2007. С. 39–40.

¹⁰⁰ Луць В.В. Договірне право України: сучасний стан і тенденції розвитку // Юридичний вісник. 2009. № 2(11). С. 54.

¹⁰¹ Голубева Н.Ю. Свобода договору як принцип цивільного права // Актуальні проблеми держави і права. 2009. Вип. 51. С. 66–67.

¹⁰² Луць В.В. Контракти в підприємницькій діяльності: Навч. посіб. 2-е вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2008. С. 36.

¹⁰³ Боднар Т.В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві: Монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2005. С. 39–40.

декабря 2011 г. № 940 «Об определении исполнителем услуг по вывозу бытовых отходов в городе Харькове» исполнителем услуг установлено ООО «Харьков Экоресурс». Во исполнение требований ст. 35-1 Закона Украины от 5 марта 1998 г. № 187/98-ВР «Об отходах», ст. 20 и 21 Закона Украины от 24 июня 2004 г. № 1875-IV «О жилищно-коммунальных услугах» общество направило ответчику для оформления проект договора о предоставлении услуг по вывозу бытовых отходов, подписанный директором и скрепленный печатью общества, приложение к договору, а также тарифы на предоставление услуг, правила предоставления услуг, перечень категорий лиц, имеющих льготы по оплате жилищно-коммунальных услуг. Тем не менее ответчик каких-либо действий по принятию условий не совершал, в связи с чем истец обратился в суд, требуя обязать ответчика заключить соответствующий договор. Отказывая в удовлетворении иска, Красноармейский районный суд г. Харькова в решении от 25 декабря 2012 г. указал, что основным принципом регулирования гражданских отношений среди прочих является принцип свободы договора (п. 3 ч. 1 ст. 3 ГК Украины). Содержание этого принципа в соответствии со ст. 627 ГК Украины состоит в том, что стороны свободны в заключении договора, выборе контрагента и определении условий договора с учетом требований Кодекса, других актов гражданского законодательства, обычаев делового оборота, требований разумности и справедливости. Исходя из вышеприведенного суд пришел к выводу, что никто не может быть принужден к заключению договора и принятию на себя соответствующих обязательств. Согласно п. 2 ч. 2 ст. 4 ГК Украины акты гражданского законодательства, в том числе и законы Украины, должны приниматься в соответствии с Конституцией Украины и ГК Украины. Таким образом, ГК Украины является актом специального действия в гражданско-правовых отношениях, который имеет высшую юридическую силу в системе правовых актов по сравнению с другими актами, которые должны соответствовать ГК Украины. Положения тех правовых актов, которые противоречат ГК Украины, применяться не могут¹⁰⁴. Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел отказал истцу в возбуждении кассационного производства, поскольку счел, что судами первой и апелляционной инстанций не были допущены нарушения норм материального или процессуального права при принятии решений¹⁰⁵.

Не менее важной представляется и **свобода в определении своего контрагента** по договору. Так, в 2008 г. между заводом, банком и обществом был заключен договор факторинга, однако в дальнейшем завод обратился в хозяйственный суд с иском о признании данного договора недействительным. Оставляя без изменений решения хозяйственных судов предыдущих инстанций и опираясь на нормы о свободе договора, Высший хозяйственный суд Украины отметил, что согласно ч. 1 ст. 1079 ГК Украины сторонами договора факторинга выступают фактор и клиент. Однако нормы гражданского законодательства не содержат прямого запрета на заключение договора факторинга с участием третьей стороны – должника. Соответственно заключенный сторонами договор факторинга не противоречит нормам закона, поскольку не существует запрета на заключение трехстороннего договора факторинга. Это не противоречит также и сущности договора факторинга, поскольку должник является участником факторинговых операций, а его права и обязанности определены в ст. 1082 ГК Украины, согласно которой должник обязан совершить платеж фактору¹⁰⁶.

Далее, участники гражданских правоотношений **свободны в определении типа договора**. В частности, они могут заключить как договор, предусмотренный законом, так и не

¹⁰⁴ Заочне рішення Червонозаводського районного суду міста Харкова від 25.12.2012 року по справі № 2035/8034/2012 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28909143>

¹⁰⁵ Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 20.05.2013 року по справі № 6-22372ск13 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/31459225>

¹⁰⁶ Постанова Вищого господарського суду України від 02.08.2010 року по справі № 33/268 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10687701>

предусмотренный актами гражданского законодательства. К примеру, в рамках одного из дел судами было установлено, что между сторонами был заключен договор рассрочки долга, по условиям которого истец возвращает долг на расчетный счет или наличными в кассу ответчика. Стороны в договоре определили порядок и сроки выполнения обязательств, а также ответственность сторон в случае неисполнения обязательств. В дальнейшем истец обратился в хозяйственный суд Николаевской области с иском о признании недействительным договора рассрочки долга. В обоснование исковых требований он ссылаясь на несоблюдение сторонами договора требований действующего законодательства при его заключении и неопределенность вследствие этого его правовой природы. Решением хозяйственного суда первой инстанции иск был удовлетворен, однако постановлением апелляционного хозяйственного суда было отменено решение хозяйственного суда Николаевской области и принято новое решение об отказе в удовлетворении иска. Оставляя в силе постановление Одесского апелляционного хозяйственного суда, Высший хозяйственный суд Украины исходил из следующего: статья 6 ГК Украины и ст. 174 Хозяйственного кодекса (ХК) Украины предоставляют право сторонам на заключение договоров, не предусмотренных законом, стороны в договоре могут отступить от положений актов гражданского законодательства и урегулировать свои отношения по собственному усмотрению. Следовательно, исходя из положений вышеуказанных норм истец и ответчик обладают правом на заключение договора, который не предусмотрен законодательством и который не входит в число примерных и типовых договоров, установленных законодательством. Данный договор по общему правилу излагается в форме единого документа, подписанного сторонами и скрепленного печатями, сторонами согласованы предмет, цена и срок выполнения обязательств. Кроме того, как следует из материалов дела, истец согласился с условиями договора, признав долг полностью, и совершил банковские операции по переводу денежных средств в счет исполнения обязательств. Судом апелляционной инстанции правомерно отмечено, что действующее законодательство не предусматривает необходимости указания в договорах, заключение которых связано с результатами осуществления предыдущих хозяйственных операций, содержания этих операций, в частности наименования, количества товара, продукции, работ или услуг, оснований для возникновения определенной суммы долга, первичных документов в подтверждение осуществления хозяйственных операций сторонами¹⁰⁷.

Среди прочего стороны будущего договора по общему правилу **свободны в определении его условий**.

В 2010 г. Верховный суд Украины рассмотрел дело о взыскании денежных средств и встречный иск о признании пункта договора недействительным. Судами было установлено, что в 2006 г. между истцом и ответчиком был заключен договор генерального подряда на строительство объектов. За нарушение сроков выполнения работ, предусмотренных дополнительными соглашениями по вине подрядчика, заказчик имел право начислить подрядчику договорную санкцию в размере 0,1 % от стоимости невыполненных или ненадлежащим образом выполненных работ за каждый день просрочки их выполнения. Обращаясь в Верховный суд Украины с заявлением о пересмотре постановления Высшего хозяйственного суда Украины от 3 марта 2010 г., истец указывал, что суд кассационной инстанции по данному делу, применив к спорным правоотношениям ст. 546, ч. 3 ст. 549 ГК Украины, пришел к выводу о том, что пункт договора генерального подряда о начислении договорной санкции в процентах от суммы неисполненного или ненадлежащим образом исполненного обязательства не соответствует действующему законодательству и противоречит определению понятия штрафа и пени, принципам разумности и справедливости договора, нарушает права и интересы ответчика. Вместе с тем в аналогичных делах при тех же обстоятельствах, применяя те же нормы материального

¹⁰⁷ Постанова Вищого господарського суду України від 29.04.2010 року по справі № 8/251/09 // http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_2785427.html

права, Высший хозяйственный суд Украины делал противоположные выводы о том, что договорная санкция, которая начисляется в процентах за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств, соответствует требованиям закона. Удовлетворяя заявление и отменяя постановление Высшего хозяйственного суда Украины по данному делу, Верховный суд Украины исходил из следующего: право устанавливать иные, нежели предусмотренные ГК Украины, виды обеспечения исполнения обязательств определено ч. 2 ст. 546 ГК Украины, что согласуется со свободой договора, установленной ст. 627 ГК Украины. Таким образом, при заключении договора субъекты наделены законодателем правом обеспечения выполнения хозяйственных обязательств путем установления отдельного вида ответственности – договорной санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств, в частности, предусмотренной п. 8.3 договора генерального подряда¹⁰⁸.

Изложенные выше элементы принципа свободы договора в частном праве Украины, как уже отмечалось, не являются исчерпывающими, однако дают основания с уверенностью утверждать, что именно они являются основными направлениями реализации этого принципа. Безусловно, судебной практике известны примеры успешной защиты участниками гражданских правоотношений своих интересов в рамках иных элементов принципа свободы договора, в частности, и свободы формы договора. Впрочем, по существу, механизм реализации этих составных частей принципа свободы договора аналогичен указанным выше.

Здесь же хотелось бы отдельно отметить **общее дозволение участникам гражданских отношений отступать от правил актов гражданского законодательства** безотносительно к стадиям и динамике договорных отношений. Достаточно количество число решений, вынесенных судами на основании только (либо среди прочего) этих положений ст. 6 ГК Украины¹⁰⁹. Тем не менее потенциал этой нормы раскрывается полнее в случае ее применения в системной связи с положениями ст. 4 ГК Украины, которая определяет перечень и иерархию актов гражданского законодательства. Это позволяет сформулировать следующее правило: стороны будущего договора могут не только отступать от предписаний актов гражданского законодательства, но и по общему правилу не обязаны учитывать положения актов законодательства, не относящихся к гражданским, которые не являются общеобязательными исходя из предписаний публичного права, однако в той или иной мере регулируют деятельность одной из сторон договора.

В этом смысле интересным представляется одно из дел, рассмотренных Верховным Судом Украины. По обстоятельствам дела между банком и адвокатским объединением был заключен договор о предоставлении правовой помощи, которая заключалась, в частности, во взыскании просроченной задолженности в пользу банка, включая досудебное урегулирование, судебные процедуры, представительство интересов в исполнительном производстве и т. д. По условиям договора банк обязался выплатить адвокатскому объединению гонорар исключительно за достижение конечного результата: при зачислении денежных средств заемщика на счет банка – 10 % от фактически полученных банком средств; в случае принятия банком на баланс заложенного имущества или получения банком любых других активов в счет погашения задолженности – 8 % от оценочной стоимости заложенного имущества или активов; в случае реструктуризации обязательств заемщика – 1 % от размера реструктуризированного обязательства. По мнению банка, условия договора в части выплаты гонорара противоречили

¹⁰⁸ Постановва Верховного Суду України від 22.11.2010 року посправі № 3-24rc10 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/13485886>

¹⁰⁹ См.: Постановва Вищого господарського суду України від 01.02.2012 року посправі № 37/172 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/21273821>; Постановва Вищого господарського суду України від 23.05.2011 року по справі № 42/421 // http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_3272482.html; Постановва Вищого господарського суду України від 01.10.2012 року по справі № 5019/2778/11 // http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_3840693.html.

требованиям ч. 1 ст. 901, ч. 1 ст. 903 ГК Украины, Правилам адвокатской этики, в связи с чем банк просил признать договор недействительным.

Отказывая в удовлетворении иска, суд первой инстанции исходил из того, что в период действия договора адвокатами предоставлялась правовая помощь банку по взысканию задолженности с заемщиков, что подтверждается соответствующими отчетами и не оспаривается сторонами. В соответствии с принципом свободы договора, закрепленным в ст. 627 ГК Украины, стороны добровольно заключили договор о предоставлении услуг за плату и самостоятельно определили ее размер и порядок расчетов. Действующее законодательство не содержит запрета на определение размера платы (гонорара) за предоставленные услуги (правовая помощь) в виде процентов от достигнутого конечного результата (фактически взимаемой задолженности). Согласно платежным документам оплата услуг адвокатов осуществлялась именно за предоставление правовой помощи. Поэтому ссылки истца на то, что договор и приложения к нему не соответствуют требованиям ст. 203, 901, 903 ГК Украины, а также Закону Украины от 19 декабря 1992 г.

№ 2887-ХІІ «Об адвокатуре», Правилам адвокатской этики, являются безосновательными. С этими выводами согласились суды апелляционной и кассационной инстанций.

Пересматривая решения судов в данном деле, Верховный суд Украины также согласился с изложенными выводами, однако среди прочего добавил, что Правила адвокатской этики распространяются исключительно на адвокатов и виды их профессиональной деятельности и не являются актом гражданского законодательства в понимании ст. 4 ГК Украины, в связи с чем не усматривались основания для признания договора недействительным¹¹⁰. В дальнейшем данная правовая позиция была повторно озвучена в письме Верховного суда Украины от 1 апреля 2014 г. «Анализ практики применения судами ст. 16 Гражданского кодекса Украины»¹¹¹.

5. Ограничения принципа свободы договора в гражданском праве Украины

Как видно из приведенных выше примеров, украинские суды довольно часто применяют нормы ГК Украины, закрепляющие принцип свободы договора в частном праве. Тем не менее вряд ли следует отрицать тот факт, что действие данного принципа не имеет абсолютного характера и неодинаково для различных ситуаций. Напротив, история развития частного права подсказывает, что реализация свободы договора в некоторых конструкциях подлежит известным ограничениям.

По смыслу ст. 627 ГК Украины в соответствии со ст. 6 Кодекса стороны свободны в заключении договора, выборе контрагента и определении условий договора с учетом требований этого Кодекса, иных актов гражданского законодательства, обычаев делового оборота, требований разумности и справедливости.

Таким образом, первым ограничением реализации принципа договорной свободы являются **предписания актов гражданского законодательства**. При этом данное ограничение действует «в соответствии со ст. 6 настоящего Кодекса».

Как подчеркивалось ранее, согласно ч. 3 ст. 6 ГК Украины стороны в договоре могут отступить от положений актов гражданского законодательства и урегулировать свои отношения по собственному усмотрению. Стороны в договоре не могут отступить от положений актов гражданского законодательства, если в этих актах прямо указано на это, а также в случае, если обязательность для сторон положений актов гражданского законодательства проистекает из их

¹¹⁰ Постановва Верховного Суду України від 28.11.2011 року по справі № 6-55ц11 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/19848663>

¹¹¹ Лист Верховного Суду України від 01.04.2014 року «Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України» // <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/6AF1EBA6DF621DEDC2257CE60053FFC3>

содержания или из существа отношений между сторонами. Из сказанного следует, что реализация идеи свободы договора в рамках конкретных правоотношений ограничена не любым предписанием акта гражданского законодательства, а только императивными нормами, хотя эти положения и не названы императивными в тексте ст. 6 ГК Украины.

Сам по себе такой подход не должен вызывать какого-либо неприятия, поскольку он вполне выдержан в духе традиционного регулирования общественных отношений нормами гражданского законодательства. Вместе с тем положения ч. 3 ст. 6 ГК Украины в сравнении с предыдущими кодификациями содержат принципиально новый подход к соотношению императивных и диспозитивных норм. Если классический, хотя далеко и не бесспорный подход к определению характера нормы заключался в том, что диспозитивность правила поведения должна отдельно оговариваться, то на сегодняшний день, как пишет А.С. Довгерт, установлена презумпция диспозитивности нормы частного права¹¹². Именно это соотношение диспозитивных и императивных норм, заложенное в ч. 3 ст. 6 ГК Украины, породило неоднозначную реакцию ученых.

К примеру, со ссылкой на нечеткость критерия деления норм на императивные и диспозитивные некоторые исследователи возражают против закрепленного подхода по существу и предлагают установить в ч. 3 ст. 6 ГК Украины правило, согласно которому в договоре разрешено все то, что не противоречит актам законодательства и общим началам гражданского законодательства¹¹³.

Буквально шквал критики обрушил на предписания ч. 3 ст. 6 ГК Украины О.П. Подцерковный, по мнению которого, общепринятым является то, что положения актов гражданского законодательства, начиная от Конституции Украины и заканчивая принятыми на основании законов подзаконными актами при отсутствии специальных оговорок, являются естественно обязательными. Однако ч. 3 ст. 6 ГК Украины, по мнению ученого, игнорирует этот постулат и предполагает поиск элемента обязательности в содержании всех норм гражданского права, даже в тех, которые признаются обязательными лишь по одному критерию – отсутствию оговорки о возможности свободного договорного установления. Такой поиск обязательности норм гражданского права не только лишен теоретического обоснования, но и не приспособлен к практической реализации. Решение вопроса о том, какой элемент в содержании нормы права указывает на ее обязательность, может служить предметом судебного спора, но на стадии заключения договора выглядит настолько абстрактно, что неизбежно провоцирует хаотичное отступление от положений актов гражданского законодательства или игнорирование ч. 3 ст. 6 ГК Украины¹¹⁴.

К пониманию свободы договора в доктрине хозяйственного права, представителем которой является О.П. Подцерковный, целесообразно обратиться отдельно. Здесь же вполне уместно отметить, что призывы к тотальному запрету в договорной сфере всего, что прямо не дозволено законом, нельзя назвать иначе как попыткой повернуть вспять логику развития цивилистической мысли.

В то же время заслуживают внимания аргументы о возможных практических проблемах разграничения диспозитивных и императивных норм, в первую очередь для рядовых участников гражданских отношений. Возможные практические проблемы обусловлены скорее непоследовательностью или несовершенством самого ГК Украины, который лишь в незначительном числе норм прямо указал на их императивность, тем не менее это следует воспринимать

¹¹² Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар. С. 14.

¹¹³ Горєв В.О. Свобода договору як загальна засада цивільного законодавства України: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Київ, 2007. С. 9.

¹¹⁴ Подцерковний О. Недоліки норм про свободу договору в новому Цивільному кодексі України // Вісник академії правових наук України. 2004. № 3(38). С. 80.

как данность, а задача доктрины и судебной практики заключается в раскрытии и обосновании избранного критерия применительно к отдельным нормам гражданского законодательства.

Итак, по смыслу ч. 3 ст. 6 ГК Украины императивными нормами являются прежде всего те, которые содержат прямое указание на их императивность¹¹⁵. В качестве примера может быть приведена ч. 2 ст. 260 ГК Украины, согласно которой порядок исчисления исковой давности не может быть изменен соглашением сторон. В подобных случаях проблем с определением характера нормы быть не должно.

Гораздо сложнее определить, является ли норма императивной исходя из ее содержания. Во-первых, по общему правилу императивными следует считать нормы, которые допускают существование иного правила только в случае его установления исключительно законом. К примеру, согласно ч. 1 ст. 425 ГК Украины личные неимущественные права интеллектуальной собственности действуют бессрочно, если иное не установлено законом. По предписаниям ч. 1 ст. 344 ГК Украины лицо, которое добросовестно завладело чужим имуществом и продолжает открыто, непрерывно владеть недвижимым имуществом в течение десяти лет или движимым имуществом в течение пяти лет, приобретает право собственности на это имущество (приобретательная давность), если иное не установлено настоящим Кодексом. В подобных случаях возможность изменения нормы сформулирована как исключение. А поскольку исключения не могут толковаться расширительно, то при отсутствии иных указаний на этот счет изменение договором правила поведения, закрепленного в такой норме, следует признать невозможным.

Во-вторых, императивность норм может быть выведена из того, какие правовые последствия следуют за несоблюдением нормы. К примеру, согласно абз. 1 ч. 1 ст. 739 ГК Украины плательщик бессрочной ренты имеет право отказаться от договора ренты. Стороны не могут изменить это правило в договоре, поскольку в силу предписаний абз. 2 ч. 1 ст. 739 ГК Украины условие договора, по которому плательщик бессрочной ренты не может отказаться от договора ренты, является ничтожным. Аналогичный прием был использован законодателем при регулировании формы сделки об обеспечении исполнения обязательств. Так, в ч. 1 ст. 547 ГК Украины указано, что сделка об обеспечении исполнения обязательств совершается в письменной форме. По общему правилу, закрепленному в ч. 1 ст. 218 ГК Украины, несоблюдение сторонами письменной формы сделки, установленной законом, не имеет последствий ее недействительности, кроме случаев, предусмотренных законом. Поэтому потребовалось отдельное указание в ч. 2 ст. 547 ГК Украины на то, что несоблюдение письменной формы сделки об обеспечении исполнения обязательства влечет ее ничтожность, чтобы придать императивный характер норме ч. 1 ст. 547 ГК Украины.

В-третьих, на императивность нормы могут указывать и иные факторы, среди которых важное место занимает природа правоотношений, являющихся результатом регуляторного действия нормы. Например, вряд ли требуется отдельная норма, которая бы устанавливала невозможность договаривающихся сторон своим соглашением изменить содержание вещных прав. Согласно ч. 1 ст. 515 ГК Украины замена кредитора не допускается в обязательствах, неразрывно связанных с личностью кредитора, в частности в обязательствах о возмещении вреда, причиненного увечьем, другим повреждением здоровья или смертью. Природа данных правоотношений не подразумевает возможности уступки указанных прав, что подтверждается и в специальных исследованиях¹¹⁶.

Собственно, даже норма, сформулированная как запрет, не всегда может считаться императивной. В качестве примера можно привести положения ч. 2 ст. 17 Закона Украины от 2

¹¹⁵ Кузнецова Н. Принципи сучасного зобов'язального права України // Українське комерційне право. 2003. № 4. С. 11; Сибільов М. Зміст цивільно-правового договору // Вісник академії правових наук України. 2003. № 1 (32). С. 98–99.

¹¹⁶ Пушай В.І. Уступка права вимоги і переведення боргу в цивільних правовідносинах (за матеріалами судової практики): Монографія. Харьков: Екограф, 2010. С. 100–101.

октября 1992 г. № 2654-ХІІ «О залоге», согласно которым залогодатель может отчуждать заложенное имущество только с согласия залогодержателя. Хотя вопрос о последствиях нарушения этого предписания остается дискуссионным как в литературе, так и в судебной практике, тем не менее есть основания полагать, что сформулированный в Законе запрет на распоряжение заложенным имуществом по собственному усмотрению залогодателя не должен влечь за собой оспоримость соответствующего договора. Залог имущества не должен препятствовать собственнику распоряжаться своим имуществом¹¹⁷. Как писал еще Г.Ф. Шершеневич, нет оснований преграждать залогодателя возможность продавать, дарить заложенные вещи, поскольку залоговое право как вещное всюду следует за вещью¹¹⁸. Таким образом, запрет залогодателя распоряжаться предметом залога не составляет сущности залогового права, которая сводится к возможности удовлетворить свои требования из стоимости вещи, на что не влияет личность собственника. Принимая во внимание изложенное, нарушение залогодателем указанного запрета и заключение договора продажи заложенной вещи не должны считаться основанием для признания такого договора недействительным.

Подтверждением приведенного подхода могут служить несколько примеров из судебной практики. Так, в одном из дел о признании договора недействительным Высший хозяйственный суд Украины пришел к выводу о том, что несоответствие сделки актам законодательства как основание ее недействительности должно основываться на нарушении сделкой (или ее частью) императивного предписания законодательства или совершении сделки вопреки содержанию или сути правоотношений сторон¹¹⁹.

В другом деле перевозчик обратился к местному совету с иском о взыскании компенсации за убытки, причиненные льготным проездом некоторых категорий лиц. В рамках рассмотрения дела было установлено, что по условиям договоров между советом и перевозчиком последний выделяет не менее 30 % мест транспортного средства для бездотационной перевозки льготных категорий граждан при наличии свободных мест. Несмотря на наличие указанных условий в договорах, хозяйственный суд первой инстанции удовлетворил иск на основании норм Закона Украины от 5 апреля 2001 г. № 2344-ІІІ «Об автомобильном транспорте» и постановления Кабинета Министров Украины от 18 февраля 1997 г. № 176 «Об утверждении Правил предоставления услуг пассажирского автомобильного транспорта», которые предусматривают полную компенсацию соответствующих убытков перевозчика за счет средств местного бюджета. Тем не менее Высший хозяйственный суд Украины с выводами местного хозяйственного суда не согласился и указал, что согласно ст. 6 ГК Украины стороны в договоре могут отступить от положений актов гражданского законодательства и урегулировать свои отношения по собственному усмотрению. 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. В Законе Украины «Об автомобильном транспорте» и постановлении Кабинета Министров Украины «Об утверждении Правил предоставления услуг пассажирского автомобильного транспорта» не указано, что стороны не имеют права отступить от их положений о компенсации убытков. При таких обстоятельствах стороны должны руководствоваться условиями своих договоров, в частности условиями, по которым истец обязался предоставить услуги для бездотационной перевозки льготных категорий граждан¹²⁰.

¹¹⁷ Барон Ю. Система римского гражданского права. Вып. 2. Кн. ІІ: Владение. Кн. ІІІ: Вещные права / Пер. с нем. Л. Петражицкого. 2-е изд. М., 1898. С. 136.

¹¹⁸ Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 357.

¹¹⁹ Постановва Вищого господарського суду України від 18.04.2012 року по справі № 8/135/2011/5003 // http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_3660949.html

¹²⁰ Постановва Вищого господарського суду України від 13.11.2007 року по справі № 24/329/06 // <http://vgsu.arbitr.gov.ua/>

Еще в одном деле на основании ч. 3 ст. 6 ГК Украины Высший хозяйственный суд Украины согласился с выводами хозяйственного суда апелляционной инстанции о том, что основания для взыскания с ответчика арендной платы в двойном размере отсутствуют. Несмотря на «категоричность» предписаний ч. 2 ст. 785 ГК Украины о праве арендодателя требовать уплаты неустойки в размере двойной платы за пользование вещью, суд кассационной инстанции отдал приоритет условиям договора, в которых стороны отступили от положений ч. 2 ст. 785 ГК Украины и урегулировали отношения по своему усмотрению¹²¹.

Вышеизложенное позволяет утверждать, что ч. 3 ст. 6 ГК Украины среди прочего может устранять недостатки законодательной техники при формировании законов. В частности, с помощью этой нормы частное право Украины отходит от так называемого традиционного понимания императивной нормы, выраженной в категорических предписаниях. И как видно из приведенных примеров, суды активно используют ч. 3 ст. 6 ГК Украины. Поэтому упрекнуть ГК Украины можно лишь в том, что нормы с прямым указанием на императивность составляют незначительную часть от общего числа императивных норм в гражданском законодательстве на данный момент. Однако, как представляется, это отнюдь не повод изменять сам подход, заложенный в ст. 6, 627 ГК Украины. Скорее, речь идет о возможных сложностях при ответе на вопрос об императивности той или иной нормы среднестатистическим человеком. Иными словами, данная ситуация напоминает известное сравнение ГГУ как написанного для юристов и ФГК как созданного для простых людей. В то же время это никак не влияло на прогрессивность положений ГГУ.

Договорная свобода согласно ст. 627 ГК Украины ограничена также **обычаями делового оборота**. Это положение следует признать достаточно спорным, поскольку согласно ч. 2 ст. 7 ГК Украины обычай, противоречащий договору или актам гражданского законодательства, в гражданских отношениях не применяется. Поэтому в вопросах регулятивного действия именно договору отдан приоритет в сравнении с обычаем.

Еще одним ограничением действия принципа свободы договора в ст. 627 ГК Украины названы **требования разумности и справедливости**. В данном случае речь идет о предоставлении приоритета закреплённому в п. 6 ч. 1 ст. 3 ГК Украины принципу справедливости, добросовестности и разумности над принципом свободы договора. Это позволяет сделать два вывода. Во-первых, в рамках закреплённых положениями ст. 3 ГК Украины основных начал гражданского законодательства существует внутренняя иерархия. Во-вторых, отсутствие в ст. 627 ГК Украины указания на добросовестность как ограничитель действия свободы договора не должно пониматься буквально: добросовестность применительно к свободе договора имеет такое же действие и значение, какое имеют справедливость и разумность. В частности, это подтверждается и позицией Конституционного суда Украины.

Так, в решении от 11 июля 2013 г. № 7-рп/2013 Конституционный суд Украины отметил следующее: положениями ч. 1 и 2 ст. 18 Закона Украины от 12 мая 1991 г. № 1023-ХІІ «О защите прав потребителей» установлено, что продавец (исполнитель, производитель) не должен включать в договоры с потребителем условия, которые являются несправедливыми. Условия договора являются несправедливыми, если вопреки принципу добросовестности его следствием является существенный дисбаланс договорных прав и обязанностей во вред потребителю. В ч. 3 и 4 ст. 18 Закона «О защите прав потребителей» приведены отдельные несправедливые условия договора, перечень которых не является исчерпывающим. При этом п. 4 ч. 1 ст. 21 Закона установлено, что для целей применения этого Закона и связанного с ним законодательства о защите прав потребителей права потребителя считаются в любом случае нарушен-

docs/28_1758890.html

¹²¹ Постановка Вищого господарського суду України від 22.02.2012 року по справі № 18/196 // http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_3603964.html

ными, если нарушается принцип равенства сторон договора, участником которого является потребитель. Конституционный суд Украины исходит из того, что требование о начислении и уплате неустойки по договору потребительского кредита, которая является явно завышенной, не соответствует предусмотренным в п. 6 ст. 3, ч. 3 ст. 509 и ч. 1 и 2 ст. 627 ГК Украины принципам справедливости, добросовестности и разумности как составляющим элементам общего конституционного принципа верховенства права. Наличие у кредитора возможности взимать с потребителя чрезмерные денежные суммы в качестве неустойки искажает ее действительное правовое назначение, так как из средства разумного стимулирования должника выполнять основное денежное обязательство неустойка превращается в несправедливо непомерный груз для потребителя и источник получения неоправданных дополнительных доходов кредитором. Конституционный суд Украины считает, что, учитывая предписания ч. 4 ст. 42 Конституции Украины, участие в договоре потребителя как слабой стороны, подлежащей особой правовой защите в соответствующих правоотношениях, сужает действие принципа равенства участников гражданско-правовых отношений и свободы договора, в частности, в договорах о предоставлении потребительского кредита по уплате потребителем пени за просрочку в возврате кредита. Пределы действия принципа свободы договора определяются законодательством с учетом критериев справедливости, добросовестности, пропорциональности и разумности. При этом государство должно поддерживать на принципах пропорциональности разумный баланс между публичным интересом эффективного перераспределения денежных накоплений, коммерческими интересами банков по получению справедливой прибыли от кредитования и правами и охраняемыми законом интересами потребителей их кредитных услуг. Таким образом, Конституционный суд Украины пришел к выводу о том, что условия договора потребительского кредита, его заключение и исполнение должны подчиняться таким принципам, согласно которым личность потребителя считается слабой стороной в договоре и подлежит особой правовой защите с учетом принципов справедливости, добросовестности и разумности¹²².

Кроме указанных правил гражданское законодательство Украины предусматривает еще целый ряд случаев, в которых действие свободы договора тем или иным образом ограничивается. Они могут быть связаны с типом договорной конструкции (договор присоединения, публичный договор и т. д.), природой первичных правоотношений (преимущественное право покупки доли в праве собственности, доли в уставном капитале общества), формой договоров, участниками договорных отношений и с иными элементами правоотношений. Впрочем, как правило, все эти ограничения полностью поглощаются указанными в ст. 6, 627 ГК Украины ограничениями в виде императивных норм и принципов справедливости, добросовестности и разумности.

Тем не менее даже при анализе «классических ограничений» договорной свободы следует отметить, что в ГК Украины порой сделан выбор в пользу придания большей автономии договаривающимся сторонам. К примеру, по смыслу ч. 1 ст. 635 ГК Украины предварительным договором устанавливается обязанность сторон заключить в определенный срок основной договор. Эта норма не просто «сформулирована категорично», а предполагает указанную обязанность как основную цель заключения предварительного договора. В то же время ГК Украины прямо не предписывает возможности принудительного заключения основного договора во исполнение предварительного договора. В одном из рассмотренных дел Верховный суд Украины указал, что одним из основополагающих принципов частноправового регулирования является закрепленный в п. 3 ч. 1 ст. 3 и ст. 627 ГК Украины принцип свободы договора, согласно которому заключение договора носит добровольный характер и никто не может быть принужден к вступлению в договорные отношения. Согласно этому принципу ни ст. 611,

¹²² Рішення Конституційного Суду України від 11.07.2013 року № 7-рп/2013 // <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-13>

ни ст. 635 ГК Украины не предусматривают такого правового последствия нарушения взятого на себя в предварительном договоре обязательства по заключению основного договора, как понуждение к его заключению в судебном порядке. Поэтому вывод судов предыдущих инстанций о том, что спорным договором купли-продажи нарушаются права истца на заключение основного договора при отсутствии на то воли контрагента, и о восстановлении такого права истца путем признания спорного договора недействительным является ошибочным¹²³. В дальнейшем эта правовая позиция получила подтверждение в письме Верховного суда Украины от 1 апреля 2014 г.¹²⁴

Рассмотренные ограничения действия принципа свободы договора в частном праве, как бы там ни было, представляются именно исключениями, не ставящими под сомнение действия основного правила о договорной автономии участников гражданских правоотношений: «В отличие от отраслей публичного права в гражданском праве, содержащем в концентрированном виде частноправовой «генетический код», приоритет в выборе модели поведения обычно должен принадлежать самим субъектам. И только в исключительных случаях в связи с необходимостью реального обеспечения публичного интереса, публичного порядка в гражданско-правовых нормах появляется императив»¹²⁵.

6. Вместо послесловия, или Возвращаясь к вопросу об ограничениях действия принципа свободы договора в праве Украины

В заключение проведенного исследования хотелось бы отдельно остановиться на применении принципа свободы договора в правоотношениях, осложненных участием органов власти. Особое значение фактор участия властных органов в частноправовых по своей природе правоотношениях приобретает с учетом одновременного принятия и действия ГК Украины и ХК Украины.

Сравнительное исследование действия принципа свободы договора через призму норм ГК Украины и ХК Украины провела Е.А. Беляневич. В частности, ею был сделан вывод о том, что провозглашенная в ГК Украины свобода договора в значительной степени выступает данью цивилистической традиции, основанной западноевропейским законодателем в начале XIX столетия, поскольку в тексте ГК содержится целый ряд императивных ограничений свободы договора. Более того, одним из общих требований, соблюдение которых необходимо для действительности сделки, является правило ч. 1 ст. 203 ГК Украины о том, что содержание сделки не может противоречить этому Кодексу, иным актам законодательства, моральным устоям общества. Поэтому в идеальной ситуации стороны при заключении договоров создают «право для себя» в допустимых законодательством пределах и на установленных им принципах. Если договор как волевой акт направлен на достижение определенного правового результата, то этот результат должен соответствовать не только собственным интересам контрагентов, но и публичным интересам (по крайней мере не противоречить им), причем независимо от того, осознают сами субъекты необходимость этого или нет. В рафинированном виде принцип свободы договора может применяться только к частноправовым (в понимании ГК Украины) договорным отношениям. Публичная, социальная направленность договоров, отягощенных публично-правовым компонентом (контракты на поставку продукции для государственных нужд, договоры купли-продажи объектов приватизации, аренда государственного имущества),

¹²³ Постановва Верховного Суду України від 12.05.2010 року по справі № 6-8078св10 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9449988>

¹²⁴ Лист Верховного Суду України від 01.04.2014 року «Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України» // <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/6AF1EBA6DF621DEDC2257CE60053FFC3>

¹²⁵ Кузнецова Н.С. Проблемы гармонизации и унификации современного частного права // Она же. Вибрані праці. С. 329.

и участие государства в них не позволяют применять к ним в чистом виде нормы-принципы ГК Украины. В договорных отношениях с участием государства принцип свободы договора действует неравномерно и среди прочего исключается для государственных органов, которые выполняют соответствующие функции в договорных отношениях (продавца государственного имущества, арендодателя, государственного заказчика) в пределах своей компетенции, определенной законодательством¹²⁶.

Позиция исследователя неслучайно приведена здесь достаточно детально. Нисколько не возражая против доводов об ограничениях действия принципа свободы договора, существующих в рамках правоотношений по удовлетворению общественных потребностей, вряд ли стоит преувеличивать значение подобных ограничений. В таком случае будет необоснованно высоким соблазн от исключений частного порядка перейти к отрицанию общего правила, причем во всех без исключения случаях. Кроме того, экономические категории (в частности, потребности), безусловно, влияют на содержание объективного права и его направленность, но происходит это не изолированно, а через существующий правовой порядок, в котором уже на уровне Конституции Украины и кодексов определена роль идеи свободы договора и ограничений действия этого принципа именно как правила и его исключений. В связи с этим полагаем, что хотя и с известными ограничениями принцип свободы договора вполне применим к отношениям с органами власти. Более того, несоблюдение данного принципа (с учетом ограничений), равно как и неправильное его применение, может существенно ущемлять права и законные интересы частных лиц, причем не ради общественных интересов, а в угоду своеволию органов власти, часто не имеющему ничего общего с правовыми нормами.

Обоснованность таких доводов целесообразно проиллюстрировать примерами развития ситуации относительно распоряжения органами государственной власти и местного самоуправления землями государственной и коммунальной собственности. Верховным Судом Украины такие правоотношения последовательно признаются частноправовыми¹²⁷, к которым применяются нормы ГК и ХК Украины. При этом они «отягощены» участием властных органов, поэтому пример представляется вполне уместным.

Начать следует с того, что согласно ст. 13, 14 Конституции Украины земля является основным национальным богатством, находящимся под особой охраной государства. Земля выступает объектом права собственности украинского народа. От имени украинского народа права собственника осуществляют органы государственной власти и органы местного самоуправления в пределах, определенных Конституцией. Каждый гражданин имеет право пользоваться природными объектами права собственности народа в соответствии с законом.

В силу особой ценности земли как национального богатства и основного ресурса общества совершенно естественным представляется среди прочего установление специального порядка приобретения права пользования земельными участками частными лицами. Учитывая тот факт, что во времена СССР земля находилась в социалистической (государственной) собственности, после перехода к рыночным методам хозяйствования частные лица могли получать права на земельные участки только производным способом при распоряжении землями государственными органами и органами местного самоуправления с учетом распределения между ними компетенции. Сам порядок получения земельного участка в пользование изначально предполагал достаточно длинный путь – начиная с выбора места размещения объекта, получения разрешения на разработку землеустроительной документации по передаче земельного участка в аренду, разработки такой документации, получения значительного числа согла-

¹²⁶ *Беляневич О.А.* Принцип свободы договору за Цивільним та Господарським кодексами України // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. 2004. № 60–62. С. 66–68.

¹²⁷ См.: Постанова Верховного Суду України від 23.09.2008 року по справі № 21-1523во07 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2338194>; Постанова Верховного Суду України від 11.11.2014 року по справі № 21-493а14 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42010800>.

сований разнообразных органов и организаций, принятия уполномоченным органом решения о передаче земельного участка в аренду до подписания соответствующего договора и его государственной регистрации.

На практике нередки случаи, когда заинтересованное лицо согласовывало место расположения объекта, получало разрешение на разработку проекта отвода участка в аренду, обеспечивало разработку этой документации, получало все необходимые согласования, обеспечивало прохождение государственной экспертизы землеустроительной документации и, пройдя столь долгий путь, в итоге получало либо отказ уполномоченного органа власти в передаче земельного участка в аренду, либо соответствующий орган вообще уклонялся от рассмотрения данного вопроса и принятия какого-либо решения. Естественно, после существенных временных и денежных затрат физические и юридические лица считали свои права и законные интересы нарушенными, а себя обманутыми. Поэтому указанные лица, следуя порядку заключения договора, установленному в ХК Украины, направляли органу власти предложение заключить договор и проект договора и, не получив ответ в течение определенного срока, обращались в суды с исками, в которых просили суд признать договор аренды земельного участка заключенным на условиях, отвечающих типовому договору и предложенному проекту договора.

Вначале такие иски удовлетворялись, однако Верховный суд Украины изменил эту практику. В частности, суд исходил из того, что по смыслу ст. 116, 123, 124 Земельного кодекса Украины граждане и юридические лица приобретают право пользования земельными участками на основании решений компетентных органов власти. Поскольку согласно Конституции Украины от имени украинского народа землями распоряжаются органы государственной власти и органы местного самоуправления, признание судом заключенным договором аренды при отсутствии указанного решения является нарушением исключительной компетенции органа власти на распоряжение землями¹²⁸. При этом, что характерно, в подобных спорах органы власти в обоснование своей позиции и возражений против иска ссылались среди прочего на нормы ст. 627 ГК Украины о свободе договора¹²⁹.

Можно ли признать обоснованным принятый Верховным Судом Украины подход с точки зрения «чистой» идеи свободы договора? Несомненно! Ведь по общему правилу нельзя заставить участника гражданских отношений заключить договор против его воли. Другое дело, что в данном случае государство в лице своих органов действовало не вполне добросовестно, вначале изъявляя предварительную волю на дальнейшее вступление в договорные отношения, а в последний момент уклоняясь от решающего шага.

По большому счету здесь можно было бы говорить и об ограничении проявления свободы договора, хотя этот вопрос и требует отдельного исследования.

С другой стороны, сами исковые требования о признании договора заключенным изначально рождались не потому, что в данном случае имело место ограничение договорной свободы, а вследствие того, что восстановление имущественных интересов частных лиц иным способом в нынешних реалиях трудно себе представить, особенно в связи с отсутствием четко прописанного института преддоговорной ответственности.

Однако перипетии «арендаторов» на этом не заканчивались. Предположим, желанный договор аренды был заключен, но со временем истек срок его действия. В соответствии со ст. 764 ГК Украины если наниматель продолжает пользоваться имуществом после истечения срока договора найма, то при отсутствии возражений наймодателя в течение месяца договор *считается возобновленным* на срок, который был ранее установлен договором. Эти положения полностью вписываются в рамки свободы договора, поскольку согласно ч. 3 ст. 205 ГК Укра-

¹²⁸ См., например: Постанова Верховного Суду України від 17 січня 2011 року (витяг) // Рішення Верховного Суду України / За заг. ред. П.П. Пилипчука. 2011. № 2 (23). С. 78–83.

¹²⁹ См., например: Постанова Вищого господарського суду України від 26.03.2009 року посправі № 2/341 // http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_2293936.html.

ины в случаях, установленных договором или законом, воля стороны к совершению сделки может выражаться ее молчанием. Иными словами, своим молчанием на протяжении месяца после прекращения договора арендодатель выражает согласие на продление договора. Никакого принуждения к заключению договора здесь нет и в помине.

Вместе с тем отношения в связи с арендой земельных участков урегулированы Законом Украины от 6 октября 1998 г. № 161-XIV «Об аренде земли», который имеет приоритет над нормами ГК Украины в этой части. Согласно ч. 3 ст. 33 указанного Закона (в редакции до 2011 г.) в случае, если арендатор продолжает пользоваться земельным участком после окончания срока договора аренды, при отсутствии письменных возражений арендодателя в течение одного месяца после окончания срока договора он подлежит возобновлению на тот же срок и на тех же условиях, которые были предусмотрены договором. Письменное возражение осуществляется письмом-уведомлением.

Как видно, норма ч. 3 ст. 33 Закона вполне созвучна ст. 764 ГК Украины, имеет ту же направленность и аналогичную цель, за исключением, казалось бы, незначительного отличия: вместо слов «считается возобновленным» использовано выражение «подлежит возобновлению». Из-за этого нюанса, с одной стороны, ч. 3 ст. 33 Закона Украины «Об аренде земли» не позволяет говорить о продлении договора аренды на основании молчаливого согласия арендодателя. В то же время, с другой стороны, договор подлежит возобновлению, т. е. явно фиксируется обязанность продлить договор.

Иными словами, установлено ограничение свободы договора: по существу, речь идет о продлении (изменении) срока договора, изменение договора совершается в той же форме, что и сам договор, значит, по логике вещей ч. 3 ст. 33 Закона Украины «Об аренде земли» устанавливает *обязанность* сторон заключить дополнительное соглашение о продлении срока договора. Так полагали и добросовестные арендаторы, обращаясь с проектами дополнительных соглашений о продлении договоров в органы власти и, вновь не дождавшись ответа, шли в суд с требованиями признать дополнительное соглашение прекращенным, обязать заключить дополнительное соглашение или с другими требованиями, проистекающими, как им казалось, из факта продления договора. Ведь, повторимся, налицо ограничение свободы договора в интересах частного добросовестного лица, выражающееся в обязанности продлить договор.

Тем не менее суды вновь отказывали в защите интересов арендаторов. Мотивами отказа было то, что по смыслу ч. 3 ст. 33 Закона Украины «Об аренде земли» требуется волеизъявление органа власти на продление договора, которое опять-таки совершается путем принятия решения в силу предписаний ст. 116, 123, 124 Земельного кодекса Украины. В свою очередь, заставить орган власти совершить такое волеизъявление нельзя, поскольку он свободен в выборе лица, которому предоставит право пользования земельным участком¹³⁰. Иными словами, защищая интересы органов государственной и местной власти, которые даже при самом настойчивом поиске в данной ситуации достаточно далеки от общественных интересов, суды апеллировали все к той же свободе договора.

Пытаясь решить назревшую проблему, законодатель в феврале 2011 г. излагает ст. 33 Закона Украины «Об аренде земли» в новой редакции. Теперь в случае, если арендатор продолжает пользоваться земельным участком после окончания срока договора аренды и при отсутствии в течение одного месяца после окончания срока договора письма-уведомления арендодателя о возражении против возобновления договора аренды земли, такой договор *считается возобновленным* на тот же срок и на тех же условиях, которые были предусмотрены договором. Таким образом, редакция ст. 33 указанного Закона была приведена в соответствие со ст. 764

¹³⁰ См.: Постановва Верховного Суду України від 06.11.2012 року по справі № 21-228а12 // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/27760572>; Постановва Верховного Суду України від 01.10.2013 року по справі № 21-345а13 // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/35669789>.

ГК Украины и с этих пор к продлению договоров аренды земельных участков применимы указанные выше положения о воле на продление договора, выраженной молчанием.

Тем не менее полностью уйти от необходимости оформления дополнительного соглашения в данном случае не представляется возможным, что связано с необходимостью проведения последующих регистрационных действий. Поэтому ст. 33 Закона «Об аренде земли» непосредственно указывает на необходимость подписания дополнительного соглашения о продлении договора аренды, причем прямо устанавливает обязанность ее подписания, сроки исполнения этой обязанности и возможность обжалования в суде промедления в ее подписании. Таким образом, системное толкование положений новой редакции ст. 33 Закона Украины «Об аренде земли» позволяет сделать вывод, что дополнительное соглашение о продлении договора аренды по существу является соглашением о фиксации уже состоявшегося факта продления договора. Опять же, как и в случае со ст. 764 ГК Украины, все нормы остаются в рамках принципа свободы договора и без какого-либо принуждения к вступлению в договорные отношения.

Впрочем, как и ожидалось, органы власти и теперь нередко отказывают в подписании необходимого дополнительного соглашения. Но в данном случае уже Верховный суд Украины не воспринял такую позицию и в полной мере встал на защиту интересов арендаторов. Среди прочего в письме от 1 апреля 2014 г. Верховный суд Украины отметил, что можно согласиться с практикой судов, которые в соответствии со ст. 33 Закона Украины «Об аренде земли» считают заключенным дополнительное соглашение к договору аренды земли о возобновлении этого договора в случае неподписания его арендодателем, если арендатор не позднее чем за месяц до окончания срока договора направил арендодателю письмо-уведомление о намерении воспользоваться преимущественным правом на заключение договора аренды и по истечении срока договора продолжает пользоваться земельным участком, а арендодатель в течение месяца по истечении срока договора не высказал возражений против дополнительного соглашения и предложений об изменении договора¹³¹.

Таким образом, необходимость учета и удовлетворения общественных интересов, несомненно, является важной задачей права. Вместе с тем отнюдь не во всех правоотношениях, отягощенных публичным элементом, действие принципа свободы договора ограничено. Наоборот, иногда именно свобода договора обеспечивает защиту интересов частных лиц от подавления со стороны органов власти. Поэтому в рамках частноправовых отношений, в которых отсутствуют в чистом виде правовые связи власти и подчинения, принцип свободы договора никогда не будет лишь данью цивилистической традиции.

Наоборот, сказанное выше, как представляется, недвусмысленно демонстрирует важность правильного понимания идеи свободы договора в частном праве. Термин «ограничения свободы договора» является в определенной мере условным и должен пониматься как устанавливающий ограничения действия (реализации) этого принципа в некоторых договорных конструкциях, а отнюдь не как ограничение, неполнота или утрата силы самой идеей свободы договора. Данный принцип был и остается одним из ключевых и основополагающих для частного права в рамках конкретных нынешних условий жизнедеятельности гражданского общества и сам по себе не подлежит никакому ограничению.

Таким образом, принцип свободы договора можно считать своеобразной лакмусовой бумагой наличия свободы выбора индивида в современном обществе. И по тому, насколько широко государство позволяет своим гражданам – участникам гражданского оборота использовать этот принцип в частном праве, можно достаточно уверенно судить о существовании свободного гражданского общества в том или ином государстве.

¹³¹ Лист Верховного Суду України від 01.04.2014 року «Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України» // <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/6AF1EBA6DF621DEDC2257CE60053FFC3>

И.В. Спасибо-Фатеева

Некоторые аспекты свободы договора в законодательстве и судебной практике Украины

В статье раскрывается сущность свободы договора в различных аспектах, таких как принцип регулирования и его пределы; взаимосвязь с другими принципами гражданского права; охват этим понятием договора как сделки, текста и правоотношения; проявление свободы договора на его разных стадиях (заключения, исполнения и прекращения); свобода договора в регулятивных и охранительных правоотношениях (в ракурсе ответственности за его нарушение).

Свободе договора уделяется много внимания в украинской, равно как и в российской, цивилистике¹³². Об этом свидетельствуют большое количество комментариев ГК Украины, многочисленные статьи, главы в монографиях и защищенные диссертации¹³³. Представляется излишним в настоящей работе в очередной раз приводить вариации понимания свободы договора, ибо их достаточно много – от лаконичных до неоправданно детализируемых. Премного проведено и сравнительных исследований свободы договора в отечественной и зарубежной цивилистике, конечно, весьма важных; прослежено становление этого принципа в историческом аспекте и многое другое. Тем не менее эта тематика продолжает сохранять свою актуальность, и, наверное, для этого есть серьезные основания, потому в рамках настоящей статьи будет уделяться внимание как общезначимым вопросам свободы договора, так и действительности этого принципа при руководстве им сторонами договора и судебными инстанциями.

В качестве общезначимых или определяющих сущность свободы договора, на наш взгляд, следует назвать следующие аспекты этого понятия:

- свобода договора и его значение как регулятора отношений. Свобода договора как принцип регулирования;
- взаимосвязь свободы договора с другими принципами гражданского права;
- пределы принципа свободы договора;
- охват понятием свободы договора трех различных его пониманий (как сделки, текста и правоотношения);
- свобода договора на его разных стадиях (заключения, исполнения и прекращения);
- свобода договора в регулятивных и охранительных правоотношениях (в ракурсе ответственности за его нарушение).

Свобода договора и его значение как регулятора отношений

Свобода договора в ГК Украины возведена в ранг принципа, вследствие чего является определяющим началом правового регулирования гражданских отношений.

Договор сам по себе рассматривается многими украинскими цивилистами как источник права¹³⁴. Поэтому важнейшим фактором при его формировании является свобода сторон: фор-

¹³² См., например: *Каранетов А.Г., Савельев А.И.* Свобода договора и ее пределы: В 2 т. М.: Статут, 2012, а также другие научные работы, на некоторые из которых делаются ссылки в настоящей статье.

¹³³ См., например: *Луць А.В.* Свобода договора в гражданском праве Украины: Учеб. пособие. Киев: Школа, 2004 (на укр. яз.).

¹³⁴ См., например: *Сибилев М.Н.* Гражданско-правовой договор как регулятор общественных отношений // *Право Украины*. 2014. № 2. С. 34–44 (на укр. яз.).

мулируя для себя и согласовывая между собой те правила, которыми они будут руководствоваться, стороны связывают себя ими на определенный промежуток времени.

При этом весьма важным вопросом является то, из чего стороны будут исходить и что им следует учитывать. Проведя аналогию с принятием нормативно-правовых актов как источников права, которые должны соответствовать законам, а законы в свою очередь – Конституции Украины, приходим к выводу, что подобные требования предъявляются и к договору. Итак, в связке «договор – закон» первый, безусловно, должен быть подчинен закону, однако важна модель такого подчинения – она зависит от метода правового регулирования, которым в гражданском праве, как известно, является диспозитивность, присущая его нормам.

Наиболее полно и последовательно украинский законодатель проводит вектор между методом диспозитивности и принципом свободы договора в ст. 6 ГК Украины. Ее норма содержит три уровня, на каждом из которых названный принцип проявляется по-разному.

Первый уровень предусматривает наиболее универсальное действие принципа свободы договора: стороны имеют право заключить договор, не предусмотренный актами гражданского законодательства, но соответствующий общим началам гражданского законодательства. На этом уровне законодатель даже пропускает обычную модель соотношения договора и закона, которой бы сторонам предоставлялось право заключить любой договор, урегулированный ГК и другими актами гражданского законодательства, а также не урегулированный ими – он сразу придает существенное значение именно возможности заключить договоры, не урегулированные законом. Отсюда созидательное значение воли сторон на этом уровне – они формируют целиком и полностью регулятор своих отношений.

Второй уровень предполагает среднюю степень универсальности: стороны имеют право урегулировать в договоре, предусмотренном актами гражданского законодательства, свои отношения, не урегулированные этими актами. Тем самым устанавливается подход к формированию источника права для сторон по остаточному принципу – они могут дополнить соответствующие законодательные нормы.

Третий уровень мог бы также рассматриваться как максимально универсальный, если бы возможность для сторон отступить от положений актов гражданского законодательства и урегулировать свои отношения по собственному усмотрению не была ограничена установлением запрета на это, причем также трехуровневого. Так, стороны не могут отступить от положений актов гражданского законодательства, во-первых, если в этих актах прямо указано на это; во-вторых, если обязательность для сторон положений актов гражданского законодательства следует из их содержания; в-третьих, если это следует из сущности отношений между сторонами.

Все вышеприведенное относится также к характеристике пределов принципа свободы договора, о чем речь пойдет далее. Что касается сущности очерченного подхода законодателя к этому принципу, то она – в максимальной доступности для сторон возможности урегулировать свои отношения по собственному усмотрению. Именно так воспринимается ч. 1 ст. 6 ГК Украины, кардинально поменявшая устоявшийся подход к диспозитивности, согласно которому стороны могут по-своему урегулировать отношения, по сравнению с предложенной нормой права, содержащей выражение «если иное не предусмотрено законом или договором». С принятием ГК Украины такие обороты стали излишними. Напротив, в нормах Кодекса и других актов гражданского законодательства следует искать противоположные выражения о том, что стороны не вправе делать того-то и того-то (или подобные).

В то же время нельзя не отметить довольно высокую степень расплывчатости двух последних проявлений запрета, ибо они требуют тщательного толкования ввиду неочевидности и содержания актов гражданского законодательства, из которых следует недопустимость отступления от них, и тем более сущности отношений между сторонами. Насколько оправдан такой подход, должна показать практика применения ст. 6 ГК Украины.

Несмотря на это, подобные фразы в ч. 3 ст. 6 ГК Украины вполне могли бы считаться беспроблемными, если бы не существование в Украине Хозяйственного кодекса (далее – ХК Украины), который вносит весьма существенные коррективы в цивилистическое понятие свободы договора. А поскольку ХК Украины зиждется на иных правовых началах, вмещающая многочисленные запреты и ограничения, негативно сказывающиеся на цивилистических правовых конструкциях, то построение его норм часто нивелирует общую направленность ст. 6 ГК Украины. И в связи с тем что ХК Украины заявляет о многоплановости сферы своего регулирования (ст. 3), подобное положение вещей негативно сказывается на свободе договоров в предпринимательской сфере, тем более что согласно ст. 9 ГК Украины гражданско-правовые нормы применяются субсидиарно при регулировании этих отношений. Именно это и явилось одной из причин появления учения о хозяйственных договорах как особых, отличных от гражданских¹³⁵.

Вообще, сразу после принятия ГК Украины и ХК Украины возникло столько принципиальных разногласий, что Высшим хозяйственным судом Украины были даны некоторые разъяснения в информационном письме от 7 апреля 2008 г. № 01-8/211 «О некоторых вопросах практики применения норм Гражданского и Хозяйственного кодексов Украины», в п. 1 которого содержится весьма важное положение о необходимости учитывать, что в соответствии с ч. 2 ст. 4 ГК Украины основным актом гражданского законодательства Украины является Гражданский кодекс. Поэтому в случае, если нормы ХК Украины не содержат особенностей регулирования имущественных отношений субъектов хозяйствования, а устанавливают общие правила, которые не согласуются с соответствующими правилами ГК Украины, следует применять правила, установленные ГК Украины. Тем не менее это разъяснение само по себе нуждается в толковании, поскольку грань между особенностями регулирования и установлением ХК Украины собственных общих правил (отличных от правил, содержащихся в ГК Украины) весьма тонка.

Еще одно направление, по которому можно проследить согласованность действия метода и принципа свободы договора в гражданско-правовом регулировании, содержится в ст. 1 ГК Украины, определяющей гражданские отношения как основанные на юридическом равенстве, вольном волеизъявлении, имущественной самостоятельности их участников. Именно это и обуславливает возможность для сторон максимально сосредоточить свои усилия на согласовании условий и положений договора.

Государство сохраняет важное место в системе правового регулирования, поскольку должно предложить и создать те публично-правовые механизмы, которые смогут обеспечить действенность этого принципа. То есть хотя принцип свободы договора рассчитан исключительно на частноправовую сферу, его системное месторасположение в ней не может быть достигнуто без воздействия публично-правовых механизмов. Поэтому роль государства должна стать принципиально иной: не моделью планово-экономических связей, оставляющих договору скудную роль в отношениях между субъектами, но моделью свободного вступления субъектов в договорные правоотношения, которая может быть возможной лишь при контроле за ее обеспечением. В первом случае идет речь о тотальных предписаниях, минимизирующих свободу договора, во втором – об обслуживании максимального проникновения свободы договора в среду оборота имущества. В первую очередь это касается предотвращения процессов монополизации, а в случае деятельности естественных монополистов – контроля за ней. Помимо этого требуется введение законодательных мер охраны и защиты слабой стороны в договорных отношениях.

¹³⁵ *Беляневич Е.А.* Хозяйственное договорное право Украины (теоретические аспекты): Монография. Юрінком Інтер, 2006 (на укр. яз.); *Милаш В.С.* Предпринимательские коммерческие договоры в хозяйственной деятельности. Полтава: АСМІ, 2005 (на укр. яз).

Чем вообще вызвано то, что стороны прибегают к принципу свободы договора, вследствие чего возникает необходимость всестороннего толкования ст. 6 ГК Украины? Как показывает украинская договорная практика, отнюдь не стремлением детализировать имеющиеся регуляторы или заключить договор, не предусмотренный гражданским законодательством, а желанием по-иному урегулировать свои отношения, нежели они урегулированы в законе. Это объясняется несовершенством предложенных им законодательных механизмов. С совершенствованием норм постепенно может отпасть необходимость в этом проявлении свободы договора. Иными словами, если норма права адекватно реагирует на сложившиеся представления о заключении договора и его условиях, не будет причины для урегулирования в договоре иных подходов. Отсюда, через совершенствование законодательства, лежит путь к приемлемой стандартизации, которой опасаются цивилисты. Пока этот путь для Украины, если и намечен, то весьма слабо. Поэтому принцип свободы договора сохраняет свое существенное значение для сторон, вступающих в договорные правоотношения.

Взаимосвязь свободы договора с другими принципами гражданского права

В продолжение предыдущих рассуждений отметим, что высказывания о сворачивании принципа свободы договора, как правило, не резки и категоричны, не вызывают оснований для несогласия (в силу того, что Украина еще не прошла определенный этап «переваривания» этого принципа). Так, говорится о наблюдении за вытеснением принципа свободы договора стандартами справедливости и требованиями публичного порядка¹³⁶ с предложением заменить или по крайней мере дополнить этот принцип принципом справедливости договоров¹³⁷. Эти и подобные рассуждения ни в коей мере не выходят за пределы частноправового регулирования. Более того, они прокладывают мосты к другим принципам гражданского права, с которыми, безусловно, должен согласовываться принцип свободы договора.

Вместе с тем современный этап развития украинского общества вряд ли позволяет воспринять эти предложения. Инструментарий, который для зарубежного цивилиста является обыденным и понятным в силу устоявшейся традиции, формировавшейся с помощью судов, для украинского цивилиста и судебной системы страны сыграл бы негативную роль. Есть уверенность в том, что суды в ближайшее время просто не смогут оперировать понятием стандартов справедливости хотя бы потому, что сам принцип справедливости сегодня под большим вопросом, ибо требует от судей, решившихся на его применение, немалой смелости. Это, конечно, связано со многими причинами: и давно назревшей судебной реформой, и уклоном судей от применения этих принципов, требующих глубокой и убедительной аргументации, и желанием избежать в связи с этим отмены решения, а возможно, и более негативных последствий.

Аналогично обстоят дела с требованиями публичного порядка. Несмотря на обилие статей и диссертаций, так или иначе касающихся этого вопроса, все они обыгрывают фактически одну тематику – недействительность сделок, нарушающих публичный порядок (ст. 228 ГК Украины)¹³⁸. В то же время с выяснением сущности подходов к определению этого публичного

¹³⁶ *Sheigman H.* Contractual Liability and Voluntary Undertakings // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2000. Vol. 20. No. 2. P. 205–220 (цит. по: *Погребной С.А.* Механизм и принципы регулирования договорных отношений в гражданском праве Украины. Киев: Правова єдність, 2009. С. 114 (на укр. яз.)).

¹³⁷ *Цвайгерт Х., Кётец Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Пер. с нем. Т. 2. М.: Междунар. отношения, 2000. С. 16.

¹³⁸ *Жэков В.И.* Сделки, нарушающие публичный порядок по гражданскому законодательству Украины: Дис.... канд. юрид. наук. Одесса, 2005 (на укр. яз.); *Кучер В.А.* Особенности определения сделки, нарушающей публичный порядок // <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/1277/%CA> (на укр. яз.); *Руцак И.В.* Сделки, нарушающие публичный порядок, и их недействительность: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Киев, 2012 (на укр. яз.).

порядка, сопряженного с воззрениями органов государственной власти на этот вопрос, возникает немало проблем.

Оставляя ту нить рассуждений, которая связывает переход от принципа свободы договора к несколько иным модификациям, перейдем к более привычному разговору о его соотношении с другими принципами, предусмотренными ст. 3 ГК Украины. Хотя каждый из принципов представляет собой отдельный правовой феномен, но по отдельности они не являются самодостаточными. Важно всеорностное действие всех принципов, положенных в основу подходов к регулированию гражданских имущественных отношений, ибо без равенства всех собственников не может быть свободы договора; без свободы предпринимательской деятельности – значительной части гражданского оборота, который отличается заключением многочисленных договоров; без невмешательства государства в личную сферу жизни человека, непосредственно влияющую на формирование его воли, немислимо создание пространства, в котором возможно свободно выражать свою волю, проявлять инициативность и вступать в отношения с другими. И, конечно, для всего вышеперечисленного необходимо объединить «три в одном» – добросовестность, разумность и справедливость – как основополагающие начала действий всех субъектов¹³⁹.

Пределы принципа свободы договора

Отдавая должное приведенным проявлениям значения принципа свободы договора как утверждающего начала самостоятельного регулирования отношений между свободными и независимыми, равными и инициативными субъектами гражданского права, следует отметить и то, что этот принцип не может быть возведен в абсолюте. И дело даже не в его пределах, а в той объективной и обыденной ситуации, когда экономические отношения формируют правовую оболочку, позволяющую им получать оптимальную отдачу, так, что это значительно сужает понятие принципа свободы договора. Речь идет не об одном-двух случаях или исключениях, а о целевой направленности в иную сторону отдельных пластов договорных отношений – к стандартизации. Это имеет место в таких обширных сферах, как банковская, страховая, биржевая и др. Немало принято и типовых, примерных, модельных договоров при регулировании отношений, участниками которых являются не только органы государственной власти (например, типового договора аренды имущества, земельного участка и пр.), но и структурные подразделения (филиалы и т. п.), а также дочерние компании крупных корпораций.

Подобные тенденции стали настолько распространены, что послужили причиной для следующих утверждений: «... свобода договора в более сложных общественных и промышленных условиях коллективного общества перестала иметь свою идеалистическую привлекательность. Произошло коренное изменение как в общественной оценке договора, так и в политике законодателя относительно его, и право сегодня во многом препятствует свободе сторон заключать договор по своему усмотрению»¹⁴⁰. Учитывая, что эти строки были написаны еще за 13 лет до окончания XX столетия, когда в Украине не было тенденций к обновлению гражданского законодательства, можно предположить, что мы до сих пор проходим стадию чрезмерного увлечения теми началами частного права, которые утвердились у нас не так давно. Очевидно, должно пройти время, чтобы, оттолкнувшись от уже устоявшегося принципа свободы договора, перейти к несколько иным подходам, более адекватно отражающим потребности в заключении договоров оперативно, взаимовыгодно и с учетом всех равнодействующих на стороны регулятивных рычагов. Пока с такими подходами украинские исследователи не согла-

¹³⁹ *Тобота Ю.А.* Принцип справедливости, добросовестности и разумности в гражданском праве: Автореф. дис.... канд. юрид. наук. Харьков, 2011 (на укр. яз.).

¹⁴⁰ *Ансон В.* Договорное право / Под общ. ред. и с предисл. О.Н. Садикова. М.: Юрид. лит-ра, 1987. С. 15.

шаются¹⁴¹. Впрочем, полностью поддержать те опасения, которые были высказаны по этому поводу (причем достаточно давно), также нельзя. Так, Л. Стемпняк усмотрел во всеохватывающей типизации договорных отношений полный отказ от принципа свободы договора¹⁴², однако, думается, не следует так упрощать ситуацию, поскольку видоизменения этого принципа предложено подкреплять другими принципами, о которых шла речь ранее.

Рассмотрим еще несколько аспектов пределов и ограничений принципа свободы договора. Это устоявшееся выражение вообще не подвергается сомнению, хотя обычно говорится о пределах осуществления прав, а не о пределах принципов, так как принцип свободы договора применяется для регулирования осуществления всякого субъективного гражданского права и приобретает различные формы в отношении тех или иных из них. Наличие общих начал пределов их осуществления в ст. 13 ГК Украины не исключает специфики отдельных прав.

Применительно к свободе договора принято говорить в первую очередь о защите слабой стороны, о публичном договоре, а также о понуждении заключить договор, о соблюдении преимущественных прав и существенных условий договора, о которых стороны должны договориться под угрозой признания договора незаключенным, об установлении в законе круга субъектов, которые могут быть стороной договора¹⁴³, об ограничениях, диктуемых монопольным положением на рынке товаров и услуг.

По этим направлениям можно сказать следующее.

Свобода договора понимается как возможность каждого самостоятельно решать, заключать ли ему договор и с кем его заключать. Между тем в различных правовых порядках, например в Германии, есть место и для «обязанности заключить договор» (*Kontrahierungszwang*), хотя и в исключительных случаях¹⁴⁴.

Что касается Украины, то ГК Украины не содержит ни одной нормы, предусматривающей такую *обязанность*. В ХК Украины такие нормы есть, что и понятно, так как сферой регулирования этого Кодекса являются так называемые хозяйственные отношения, большая часть которых складывается с участием государственных органов и организаций. Отсюда возможность понудить государственные предприятия и организации, основанные полностью или частично на государственной собственности, в том числе акционерные общества, контрольный пакет или все акции которых принадлежат государству, к заключению договора. Это касается государственного заказа, являющегося обязательным для этих субъектов в соответствии с законами Украины от 10 апреля 2014 г. № 1197-VII «Об осуществлении государственных закупок», от 24 января 1997 г. № 51/97-ВР «О государственном материальном резерве».

Гражданский кодекс Украины, будучи кодексом исключительно частного права, последовательно проводит позицию по неукоснительному соблюдению принципа свободы договора. Даже пресловутый *предварительный договор* регулируется таким образом, что при уклонении одной из его сторон от заключения основного договора последствием не может являться понуждение к этому. Украинский законодатель ограничился лишь указанием на возможность для другой стороны предварительного договора взыскать убытки (ч. 4 ст. 633 ГК Украины), хотя было высказано негативное отношение к такому подходу и мнение об отсутствии правовых препятствий для удовлетворения иска потребителя о принудительном заключении дого-

¹⁴¹ См., например: Погребной С.А. Указ. соч. С. 114–115.

¹⁴² Стемпняк Л. Проблемы свободы договора и ответственности в обобществленном обороте // Современное польское право. 1981. № 4. С. 46.

¹⁴³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2001. С. 161.

¹⁴⁴ Кётиц Х., Лоран Ф. Введение в обязательственное право // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии: Пер. с нем. М.: БЕК, 2001. С. 39 (цит. по: Волос А.А. Свобода договора в праве зарубежных государств: некоторые аспекты // Евразийская адвокатура. 2014. № 3 (10). С. 70–73 (<http://cyberleninka.ru/article/n/svoboda-dogovora-v-prave-zarubezhnyh-gosudarstv-nekotorye-aspekty>)).

вора с предпринимателем, если у него есть возможность исполнения такого договора¹⁴⁵. Считаем это мнение ошибочным, поскольку законодатель руководствовался абсолютно иными мотивами, устанавливая такую норму, и это заслуживает всяческого одобрения. Защита слабой стороны договора должна происходить, но по другим канонам¹⁴⁶, что следует из подходов, принятых в европейских странах, где потребители наделяются большим объемом прав¹⁴⁷.

Вместе с тем ХК Украины также содержит норму о предварительном договоре, допускающую понуждение к заключению основного договора в случае уклонения от этого одной из сторон предварительного договора (ч. 3 ст. 182). Это очередной раз демонстрирует принципиальную несогласованность норм ГК и ХК Украины.

Интересен такой аспект рассмотрения свободы договора, который проявляется в *публичном договоре* (ст. 633 ГК Украины). Так, эта конструкция стала широко использоваться при заключении договоров о коммунальном обслуживании в Харькове, условия которых публикуются в местной газете¹⁴⁸, раздаваемой бесплатно всем горожанам, а также на сайте городского совета. Это считается офертой, а акцептом – согласие жителей города, не заявивших о своем несогласии, и уплата ими платежей в соответствии с принятыми тарифами¹⁴⁹.

От этой модели один шаг к *навязыванию условий договора*, нередко практикующемуся в договорах банковских услуг. Например, Приват-банк автоматически включает комплект услуг для всех клиентов, а если они считают необходимым от них отказаться, то им следует прийти в банк и сообщить об этом письменно. Этот подход доставляет много неудобств потребителю, который заинтересован в таком механизме заключения договора с банком, когда ему предлагались бы различные варианты комплекта услуг, оказываемых банком. В противном случае все негативные последствия ложатся на потребителя.

Не менее важна свобода договора в той рыночной среде, в которой освоились монополисты. Антимонопольным законодательством Украины предусмотрен спектр мер, направленных против нарушения принципа свободы договора, в том числе навязывания условий потребителю (п. 7 ч. 2 ст. 6, п. 4 ч. 2 ст. 13 Закона Украины от 11 января 2001 г. № 2210-III «О защите экономической конкуренции»).

Помимо сказанного важно еще раз обратиться к истокам принципа свободы договора, которыми являются *свободная воля*, свободные действия сторон гражданских правоотношений. Применительно к договорным отношениям это достижение согласия между их сторонами. Согласие является и одним из условий действительности сделки. Если согласие стороны договора отсутствовало вследствие заблуждения, обмана, насилия и прочих причин, предусмотренных § 2 гл. 16 ГК Украины, договор может быть признан судом недействительным. Отсутствует свободная воля лиц, заключающих договор, при наличии антиконкурентных согласованных действий субъектов хозяйствования (ст. 6 Закона Украины «О защите экономической конкуренции»).

В то же время другое *публичное законодательство* (оценки, налоговое) устанавливает другой подход к сторонам договора с соблюдением принципа его свободы. Налоговое законодательство, опираясь на этот принцип, не предусматривает запретов, возможных с его стороны, однако корректирует условия договора применительно к налогообложению. Так, право

¹⁴⁵ Бервено С.Н. Проблемы договорного права Украины: Монография. Киев: Юринком Интер, 2006. С. 132 (на укр. яз.).

¹⁴⁶ Славецкий Д.В. Принцип защиты слабой стороны гражданско-правового договора: Дис.... канд. юрид. наук. Самара, 2004.

¹⁴⁷ Защита прав потребителей финансовых услуг / Отв. ред. Ю.Б. Фогельсон. М.: Норма; ИНФРА-М, 2010. С. 223; Воловик О.А. Эволюция цели договорного права сквозь призму экономического подхода (история и современные тенденции) // Вестник Высшего совета юстиции. 2013. № 2. С. 125–138 (http://nbuv.gov.ua/j-pdf/vvru_2013_2_14.pdf).

¹⁴⁸ См., например: Договор о предоставлении услуг по обслуживанию устройств замково-переговорной связи // Харьковские известия (<http://izvestia.kharkov.ua/SpecPro/1057/1153832.html>).

¹⁴⁹ Хотя вряд ли такого рода реализация конструкции публичного договора соответствует содержательному наполнению ст. 633 ГК Украины.

сторон договора об отчуждении недвижимости самостоятельно установить ее цену на основе договоренности не ограничивается. Однако для целей налогообложения она определяется из оценочной стоимости объекта недвижимости¹⁵⁰.

Законодательство об оценке предписывает сторонам в установленных им случаях производить независимую оценку имущества (ст. 7 Закона Украины от 12 июля 2001 г. № 2658-III «Об оценке имущества, имущественных прав и профессиональной оценочной деятельности в Украине»).

В отношении соблюдения *преимущественных прав* как сдерживающего фактора для свободы договора можно отметить, что оно определенным образом влияет на этот принцип. Однако вряд ли это влияние будет существенным, так как обычно реализация преимущественных прав¹⁵¹ сводится к ограничению свободного выбора стороны договора и установления определенных сроков, в течение которых носителю преимущественных прав предоставляется возможность их реализовать. Другая сторона договора вынуждена терпеть эти условия.

Интересна проблема регулирования преимущественного права нанимателя, который надлежаще исполняет свои обязанности по договору найма и после истечения срока договора имеет преимущественное право перед другими лицами на заключение договора найма на новый срок (ст. 777 ГК Украины). Статья 777 ГК Украины содержит норму о двойном преимущественном праве арендатора – не только на заключение договора аренды на новый срок, но и в случае продажи вещи, переданной внаем, – на ее приобретение. Помимо этого согласно ст. 795 ГК Украины и ст. 289 ХК Украины арендатор имеет *право выкупа* объекта аренды, если такое право предусмотрено договором аренды.

Отношения аренды, кроме ГК и ХК Украины, регулируются законами Украины от 10 апреля 1992 г. № 2269-XII «Об аренде государственного и коммунального имущества», от 21 сентября 1999 г. № 1076-XIV «О хозяйственной деятельности в Вооруженных Силах Украины», от 21 сентября 1999 г. № 1075-XIV «О правовом режиме имущества в Вооруженных Силах Украины», а также Положением о порядке отчуждения и реализации военного имущества Вооруженных Сил, утвержденным Постановлением Кабинета Министров Украины от 28 декабря 2000 г. № 1919; отношения перехода государственной в частную собственность – законодательством о приватизации. В этих нормативно-правовых актах отсутствует указание на преимущественное право арендатора на приобретение отчуждаемого арендодателем имущества, что дало Верховному Суду Украины основания для утверждения *об отсутствии такого права у арендатора военного имущества*¹⁵². В частности, военное имущество должно отчуждаться только на конкурсной основе, т. е. приобретаться частным лицом по результатам торгов. Отступить от этих правил нельзя, поскольку это императивные нормы. Следовательно, тендер исключает возможность для всяких преимуществ, в том числе и арендатора.

Впрочем, тогда преимущественное право, предусмотренное в ст. 777 ГК Украины, будут иметь не все арендаторы, а только арендаторы имущества частных лиц. Вместе с тем ГК Украины регулирует отношения с участием и частных, и публичных лиц, правовое положение которых не должно различаться. И это послужило основанием для принятия Конституционным Судом Украины противоположного решения – о том, что арендатор военного имущества имеет преимущественное право на его приобретение в случае продажи такого имущества государством¹⁵³.

¹⁵⁰ Крат В.И. Взаимодействие гражданского и налогового законодательства // Нотариат для вас. 2011. № 10 (144). С. 33–36 (на укр. яз.).

¹⁵¹ Крат В.И. Глава 2 раздела 4 «Нетипичность в гражданском праве» // Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: Монография / Под ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Х.: Право, 2011. С. 276.

¹⁵² Постановление Верховного суда Украины от 12 февраля 2008 г. по делу № 3-561к08 // Единый государственный реестр судебных решений Украины (<http://reyestr.court.gov.ua/Review/1616081>).

¹⁵³ Решение Конституционного суда Украины от 10 декабря 2009 г. № 31-рп/2009 по делу № 1-46/2009 о преимуществен-

Подобный подход слишком спорный при всем почтении к частному праву. Можно указать хотя бы на то, что ч. 1 ст. 362 ГК Украины демонстрирует преимущества публичного законодательства над частным в случае проведения публичных торгов. Ее норма исключает преимущественные права сосособственников, и это понимается как действие в общественном интересе. Поэтому публичное законодательство о реализации военного имущества должно исключать преимущественное право только арендатора на его приобретение, ведь государство и в этом случае действует в публичном интересе, намереваясь получить больше средств от продажи этого имущества.

Теперь *о существенных условиях договора*, о которых сторонам предписано законом договориться во избежание признания договора незаключенным.

Гражданский кодекс Украины в качестве обязательного существенного условия договора называет лишь предмет договора, который должен быть обозначен в договоре в любом случае (ст. 638). Но при этом законодатель часто необоснованно и неоправданно расширяет перечень существенных условий договора. Например, в ст. 10 Закона Украины от 10 апреля 1992 г. № 2269-ХІІ «Об аренде государственного и коммунального имущества» установлено 11 существенных условий: объект аренды (состав и стоимость имущества с учетом ее индексации); срок, на который заключается договор аренды; арендная плата с учетом ее индексации; порядок использования амортизационных отчислений; восстановление арендованного имущества и условия его возврата; условия выполнения обязательств; обеспечение выполнения обязательств – неустойка (штраф, пеня), поручительство, задаток, гарантия и т. д.; порядок осуществления арендодателем контроля за состоянием объекта аренды; ответственность сторон; страхование арендатором полученного в аренду имущества; обязанности сторон по обеспечению пожарной безопасности арендованного имущества. Очевидно, что это слишком широкий перечень существенных условий, причем вряд ли есть веские основания отрицать нелепость предписания в качестве существенного условия, например, установления обязанности сторон по обеспечению пожарной безопасности арендованного имущества.

Впрочем, прогресс в этом направлении есть. Так, законодатель вместо множества существенных условий договора лизинга, что предусматривалось Законом Украины от 16 декабря 1997 г. № 723/97-ВР «О лизинге», оставил всего три условия: предмет лизинга; срок, на который лизингополучателю предоставляется право пользования предметом лизинга (срок лизинга); размер лизинговых платежей (ст. 6 Закона Украины от 11 декабря 2003 г. № 1381-IV «О финансовом лизинге»).

Кроме существенных условий договора, устанавливаемых законом, к таким отнесены те условия, которые необходимы для договоров такого вида, а также все те, относительно которых по заявлению хотя бы одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Другая позиция отражена в ХК Украины, в ч. 3 ст. 180 которого отмечается, что при заключении хозяйственного договора стороны обязаны в любом случае согласовать предмет, цену и срок действия договора. Кроме этого действуют такие же правила, что и в ГК Украины, о необходимости установления определенных условий для договоров данного вида или вследствие требований одной из сторон договора.

Безусловно, это не только различные подходы – такая позиция привносит немало сложностей как при заключении договоров физическими и юридическими лицами, так и при решении споров в суде. Кроме того, в определенных случаях это противоречит законодательным нормам, например относительно срока, который стороны могут не определять в договоре, и тогда договор должен исполняться по требованию кредитора (ч. 3 ст. 530 ГК Украины).

В отношении пределов свободы договора, определяемых их субъектным составом, следует вспомнить не только о том, что некоторые договоры могут заключаться лишь определен-

ными лицами (например, при банковском обслуживании, предоставлении страховых услуг, на рынке ценных бумаг и др.), но и о зависимости субъектов, вызванной особенностями корпоративных отношений между ними. Так, если договор заключает зависимое хозяйственное общество (ст. 118 ГК Украины), то от его имени действует руководитель, назначаемый (избираемый) основным хозяйственным обществом. Нередко заключаемые зависимым обществом договоры ему невыгодны и приводят к неплатежеспособности, вследствие чего возникает вопрос о привлечении основного общества к ответственности. Впрочем, в Украине этот вопрос пока не разрешен.

Охват понятием свободы договора трех различных его проявлений

Обычно исследования в сфере свободы договора начинаются с выяснения того, что охватывается этим понятием. Если исходить из тройственного подхода к договору (как сделке, тексту и правоотношению), то возникает вопрос: применительно к какому из названных проявлений можно говорить о свободе? Этот вопрос особенно важен в контексте многих возможностей, предоставляемых сторонам.

Если рассматривать *договор как сделку*, то именно в этом ракурсе наиболее обсуждаемы позиции относительно свободы его заключения – выбор контрагента, сущности договора и т. п., ненарушение принципа свободного волеизъявления.

Выше отмечалось последовательное соблюдение ГК Украины подхода о свободном волеизъявлении сторон, заключающих договор, и отсутствие в этом Кодексе в отличие от ХК Украины норм о принуждении к заключению договора. Не будем повторяться и в отношении такого условия действительности сделок, как единство воли и волеизъявления (ст. 203 ГК Украины), исключающего любое угнетение воли. Остановимся на таких аспектах проявления свободы заключения договора, как соотношение купли-продажи и выкупа имущества, приобретение имущества на аукционе, принудительное установление субъективного права лица судом.

Выкуп имущества (земельных участков, других объектов недвижимого имущества для общественных потребностей) регулируется, в частности, ст. 350–352 ГК Украины, другими законами. Согласно ч. 1 ст. 351 ГК Украины различаются *выкуп* у собственника жилого дома, других зданий, сооружений, многолетних насаждений с его согласия и *принудительное отчуждение* по решению суда как способ прекращения его права собственности по мотивам общественной необходимости с обязательным предыдущим и полным возмещением стоимости соответствующих объектов. Очевидна спорность такой терминологии, ибо отчуждение все же должно иметь место по воле собственника, а в случае прекращения права собственности по решению суда не стоит говорить о принуждении собственника, так как он ни к чему не принуждается. Он не может принуждаться к заключению договора, поскольку основанием прекращения его права является не договор, а решение суда.

Различие между этими двумя понятиями усматривается в присутствии воли собственника при выкупе и отсутствии таковой при так называемом принудительном отчуждении его имущества. Их связь с принципом свободы договора заключается в том, что при выкупе заключается договор купли-продажи (по крайней мере об этом прямо утверждается в Законе Украины от 17 ноября 2009 г. № 1559-VI «Об отчуждении земельных участков, других объектов недвижимого имущества, которые на них размещены, находящихся в частной собственности, для общественных нужд или по мотивам общественной необходимости»). Но в то же время решение о выкупе принимается органом государственной власти или местного самоуправления, и оно обязательно должно быть реализовано – если не по воле собственника, так помимо его воли по решению суда. Собственник, зная об этом, вынужден включиться в договорные отношения, оговаривая условия выкупа. Очевидно, что ему это выгоднее, нежели доводить этот вопрос до решения суда. Поэтому, несмотря на заключение сделки, реализация принципа

свободы договора фактически сводится только к одному – заключать или не заключать договор; все остальное определяется субъектами публичного права, принимающими решения. По сути, принцип свободы договора здесь имеет неполное действие.

Похожая ситуация наблюдается при выкупе акций у акционера с его согласия по решению общего собрания акционерного общества (ст. 66 Закона Украины от 17 сентября 2008 г. № 514-VI «Об акционерных обществах»).

Принуждение возможно усмотреть и в установлении некоторых прав на чужие вещи. Так, если собственник не согласен установить сервитут, то не договор, а решение суда является основанием для его установления (ч. 1 ст. 402 ГК Украины). То есть отсутствие воли лица на предоставление чего бы то ни было может быть в отдельных случаях компенсировано решением суда, т. е. принудительным порядком. Но понуждать заключить договор нельзя.

Имеет место и иная правовая конструкция – когда у лица возникает право из закона, а не из договора. Примером может служить возникновение у получателя как стороны договора ренты права залога на недвижимое имущество в случае его передачи под выплату ренты (ч. 1 ст. 735 ГК Украины). Несмотря на вступление сторон в договорные отношения (рентные), они не договариваются о залоге имущества, устанавливаемом законом, не заключают договор залога.

Еще одним понятием, которым оперирует законодатель, является «закупка». Конечно, оно абсолютно отличается от выкупа и принудительного отчуждения. Однако его особенность в том, что закупка всегда осуществляется на конкурсной основе. Согласно ст. 2 Закона Украины «Об осуществлении государственных закупок» это касается всех заказчиков и закупок товаров, работ и услуг при условии, что стоимость предмета закупки (без учета налога на добавленную стоимость), товара (товаров), услуги (услуг) равна или превышает 100 тыс. гривен, а работ – 1 млн гривен. В этом случае нет свободы выбора стороны договора, которая определяется по результатам конкурсных торгов.

Если на торгах продается имущество не по воле собственника (например, на которое обращается взыскание), договор не заключается. Саму процедуру проведения торгов нельзя относить к договорам, поскольку в отличие от договоров (как сделок), являющихся одноактными действиями, торги характеризуются длительностью отношений, проходящих нескольких стадий. Кроме того, все действия, которые составляют процедуру торга, как таковые не имеют договорной природы. То есть объявление о проведении торгов, подача заявок участниками торга, внесение задатка, непосредственно торг как действия лицитатора по выявлению будущей стороны по договору в совокупности направлены на достижение единой цели – заключение договора по результатам этой процедуры¹⁵⁴. Однако по результатам проведения торгов может быть заключен договор, и если инициатором для такого способа отчуждения имущества является его собственник, то снова во главу угла ставится его воля.

Итак, в приведенных случаях проявляются особенности принципа свободы договора, элементами которого являются, по мнению С.А. Денисова, юридическое равноправие контрагентов по отношению друг к другу в ходе ведения переговоров; право сторон выбирать способ заключения договора (общий порядок, торги, предварительный договор, договор присоединения)¹⁵⁵.

В отношении свободы договора как *текста* речь должна идти о достижении соглашения сторон, фиксируемого в договоре. Возможно, уместно здесь привести высказывание Р.О. Тельгарина о том, что свобода договора наряду со свободой лица иметь свою волю на вступление в

¹⁵⁴ Долгополова Л.Н. Заключение договоров на торгах: Монография. Харьков: Нац. юрид. ун-т им. Ярослава Мудрого; Право, 2014.

¹⁵⁵ Денисов С.А. Некоторые общие вопросы о порядке заключения договора // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. М.: Статут, 1999.

договорные отношения и выбор контрагента включает в себя самостоятельное формирование вместе с ним договорной структуры и вида договорной связи¹⁵⁶.

Свобода договора как *правоотношения* будет рассмотрена далее.

Свобода договора на его разных стадиях (заключения, исполнения и прекращения)

Достаточно подробно проанализирован этот вопрос Н.В. Кузнецовой¹⁵⁷, предложившей классифицировать элементы принципа свободы договора на основе их деления на три группы. К первой относятся элементы, характеризующие процесс заключения гражданско-правового договора; ко второй – относящиеся к содержанию заключаемого договора; к третьей – затрагивающие права контрагентов, которые связаны с изменением и расторжением договоров.

О первых двух группах элементов шла речь ранее, а к третьей автор относит: 1) свободу установления в договоре не предусмотренных законом оснований изменения и расторжения договора; 2) свободу установления сроков для уведомления о расторжении или изменении договора.

Возможно, и стоит это детализировать (хотя, по сути, речь идет о том же содержании договора), однако обращает на себя внимание то, что при этом автором отвергается возможность говорить о свободе договора после вступления его в силу, что объясняется следующим: «... [после вступления договора в силу. – И.С.-Ф.] действует не принцип свободы договора, а принцип, согласно которому гражданско-правовые обязанности должны исполняться надлежащим образом. А при изменении или расторжении договора можно говорить лишь о свободе заключения соответствующего соглашения сторон, направленного на прекращение договора»¹⁵⁸.

Представляется, что здесь не только присутствует внутреннее противоречие, но и не учитывается весьма важный аспект, заключающийся в возможности отказа от договора в достаточно большом количестве случаев, предусмотренных законом. И это, несмотря на общий запрет одностороннего отказа от договора в ст. 525 ГК Украины, предусматривающей, однако, возможность иного регулирования в законе или договоре. Вместе с тем ч. 3 ст. 651 ГК Украины допускает односторонний отказ от договора. В то же время сравнение ст. 525 об отказе от обязательства с ч. 3 ст. 651 и ч. 2 ст. 214 ГК Украины об отказе от двусторонней или многосторонней сделки показывает, что в них идет речь о разных понятиях. В первых двух – об одностороннем отказе, во второй – о соглашении об отказе¹⁵⁹.

И если отказ от договора по соглашению сторон не вступает в противоречие с принципом свободы договора, то иное усматривается в случае допустимости законом одностороннего отказа от договора.

Свобода договора в регулятивных и охранительных правоотношениях

Этот аспект свободы договора можно рассматривать в ракурсе признания его недействительным и ответственности за его нарушение.

¹⁵⁶ Тельгарин Р.О. О свободе заключения гражданско-правовых договоров в сфере предпринимательства // Российская юстиция. 1997. № 10. С. 13–15.

¹⁵⁷ Кузнецова Н.В. Свобода договора и проблемы классификации ее ограничений в гражданском праве Российской Федерации // Вестник Удмуртского университета. 2011. Вып. 2. С. 90.

¹⁵⁸ Кузнецова Н.В. Указ. соч. С. 90.

¹⁵⁹ Уразова А. Отграничение категории «односторонний отказ от договора» от смежных понятий // Приложение к журналу «Право Украины» «Студенческий юридический журнал». 2011. № 2. С. 15–19.

Связывая эту часть рассуждений о свободе договора с принципом справедливости, упоминаемым ранее, отметим доктрины, касающиеся справедливости содержания договора, в частности *procedural unconscionability* и «тщательного просмотра (строгой проверки) каскадного договора» (*strict scrutiny of a rolling contract*), которые весьма устойчивы в англо-американском праве. Согласно первой доктрине договор признается недействительным на основании его процедурно-правовой обременительности для одной из сторон (например, из-за туманного, неясного и путаного изложения текста договора его содержание непонятно среднему здравомыслящему человеку; некоторые существенные условия договора «спрятаны» мелким шрифтом в сносках). В соответствии со второй доктриной сторона, чьи права ущемлены существенными условиями каскадного договора, вправе предъявить иск с требованием признать договор недействительным¹⁶⁰.

В качестве примера можно привести массовое заключение украинской компанией договоров по привлечению средств граждан для выдачи займов, что по сути являлось не чем иным, как финансовой пирамидой. В договорах с нагромождением условий и отсылок использовалась различная терминология, нередко нехарактерная для гражданско-правовых обязательств: так, одной из сторон выступал так называемый администратор, в договорах устанавливались различные платежи – «административный», «регистрационный», «минимальный», «чистый взнос». Текст договора был набран мелким шрифтом, а экземпляры различались цветовой гаммой. На эти и другие особенности обратил внимание эксперт, установивший, что они негативно влияли на клиентов компании при заключении ими договора. Хотя вторая сторона договора обращалась к компании за предоставлением денежных средств, прежде она сама должна была их внести, чтобы «администратор» собрал нужную сумму за счет нескольких обратившихся к нему с такой же просьбой лиц. В отсутствие четко определенного предмета договора компанией намеренно использовалась такая схема, которая вводила в заблуждение участников – граждан, воспринимавших отношения, в которые они вступали, как отношения кредитования на выгодных для них условиях относительно размера процента за кредит и срока возврата.

И наконец, необходимо рассмотреть соотношение свободы договора и ответственности. Это касается одного из наиболее дискутируемых вопросов – возможности снижения неустойки, включенной в акционерные соглашения, либо договорных пеней до или даже ниже ставки рефинансирования¹⁶¹ и т. п.

В отношении данного аспекта А.Г. Карапетовым верно отмечается побочный эффект, который возникает вследствие патерналистских ограничений, «могущих привести к критическому снижению у участников оборота стимулов к заключению договора с той категорией контрагентов, которые получают такую опеку, и к схлопыванию некоторых сегментов рынка»¹⁶². Это особенно характерно для случаев контроля над договорными ценами, подавляющего возможности заключения полезных для оборота сделок из-за сложностей в подсчете законодателем или судами резервных цен сторон¹⁶³.

В Украине подобный подход недопустим: в частности, размер платы за пользование чужими денежными средствами не может быть снижен, поскольку является условием договора, изменить которое никто, кроме сторон, не вправе¹⁶⁴. В то же время, по мнению судьи Верхов-

¹⁶⁰ Осаке К. Свобода договора в англо-американском праве: понятие, сущность и ограничения // Журнал российского права. 2006. № 7, 8 (СПС «КонсультантПлюс»); Волос А.А. Свобода договора в праве зарубежных государств: некоторые аспекты // Евразийская адвокатура. 2014. № 3. С. 71.

¹⁶¹ Карапетов А.Г. Экономические основания принципа свободы договора // Вестник гражданского права. 2012. Т. 12. № 3. С. 66–154.

¹⁶² Там же.

¹⁶³ Shavell S. Contractual Holdup and Legal Intervention // Journal of Legal Studies. 2007. Vol. 36. P. 325–354 (цит. по: Карапетов А.Г. Указ. соч.).

¹⁶⁴ Снасибо-Фатеева И.В. Проблемы ответственности за несвоевременное выполнение денежных обязательств // Проблемы правовой ответственности: Монография / Под ред. В.Я. Тация, А.П. Гетьмана, В.И. Борисовой. Харьков: Право, 2014.

ного суда Украины Н.Б. Гусака, напротив, «без преувеличения, судьбоносное значение квалификации судами процентов за просрочку денежных расчетов [позволяющую снизить размер взысканной суммы. – *И.С. – Ф.*]... спасает должника от неумеренного аппетита кредитора»¹⁶⁵.

Суд использует право снизить размер неустойки, предусмотренное ч. 3 ст. 551 ГК Украины, при размере пени, явно несоразмерном последствиям нарушения денежного обязательства. Хотя в решениях судов по этому поводу используется и другая мотивация: незначительность периода неисполнения обязательства, слишком высокий процент пени, сумма пеней превышает процент ставки рефинансирования Национального банка Украины, до вынесения судом решения должник исполнил обязательство и т. п. Справедливости ради следует согласиться с тем, что суды в большинстве случаев сравнивают объем взысканий в виде пеней не столько с последствиями нарушения обязательства, сколько с другими обстоятельствами¹⁶⁶.

Еще одно направление рассуждений – возможность предусмотреть в договоре иные подходы к регулированию ответственности в виде пени и штрафа. Острота этого вопроса обусловлена ограничением размера пени не более двойной учетной ставки Национального банка Украины согласно Закону от 22 ноября 1996 г. № 543/96-ВР «Об ответственности за несвоевременное выполнение денежных обязательств». По этому поводу высказываются разные мнения и выносятся противоположные решения, что обусловлено прежде всего спорностью правовой природы различных видов ответственности, а также законодательными проблемами, о которых уже упоминалось. Так, иногда суд исходит из того, что ограничение ответственности за нарушение отдельных видов хозяйственных обязательств предусмотрено ч. 2 ст. 231 ХК Украины; в других же случаях нарушения законодательство не устанавливает для участников хозяйственных отношений ограничений предусматривать в договоре одновременное взыскание пени и штрафа, что согласуется со свободой договора (ст. 3, 627 ГК Украины). Например, Верховный суд Украины не усмотрел противоречия закона при одновременном взыскании штрафа и пени с нарушителя – участника хозяйственных отношений; при этом отмечалось, что в пределах одного вида ответственности может применяться разный набор санкций¹⁶⁷.

Принципиальных возражений такой подход не вызывает, поскольку разный набор санкций допускается ГК Украины (штрафная неустойка, взимаемая вместе с убытками; моральный и материальный ущерб, которые также не исключают и неустойку, и т. п.). Однако проблема совокупности санкций остается, особенно если их так много, что делает объем ответственности крайне обременительным для должника.

В то же время следует учитывать такой критерий различных видов неустойки, как способ ее начисления: штраф независимо от того, какие величины применяются при его исчислении, должен быть фиксированной суммой, а пеня соответственно переменной, причем ее размер зависит от продолжительности нарушения обязательства¹⁶⁸.

Судебная практика свидетельствует о том, что суды по-разному оценивают попытки сторон предусматривать в договоре взыскание пени и штрафа за одно правонарушение. Так, имели место ситуации, когда:

– стороны ошибочно «именовали» штраф пеней или наоборот (в этих случаях суду надлежало выяснить истинную природу неустойки и ее вид независимо от того названия, которое используется в договоре);

С. 95–113 (на укр. яз.).

¹⁶⁵ Гусак Н. Правовая природа ответственности за просрочку исполнения денежного обязательства // Юридический журнал. 2011. № 9. С. 22–30 (на укр. яз.).

¹⁶⁶ Комашко М.Н. Уменьшать или не уменьшать? К вопросу о применении статьи 303 ГК // Закон. 2006. № 12 (СПС «КонсультантПлюс»).

¹⁶⁷ Постановление Верховного суда Украины от 9 апреля 2012 г. по делу № 3-88гс11 // Единый государственный реестр судебных решений Украины (<http://reyestr.court.gov.ua/Review/24068103>).

¹⁶⁸ Крат В.И. Неустойка: понятие и виды // Нотариат для вас. 2012. № 12 (158). С. 44–54 (на укр. яз.).

– стороны сознательно устанавливали в договоре и штраф, и пеню за ненадлежащее исполнение денежного обязательства (суду нужно было квалифицировать эти договорные положения в соответствии с границами, установленными ст. 6 ГК Украины, опираясь на общие принципы гражданского и обязательственного права (ст. 3, ч. 3 ст. 509 ГК Украины));

– в договоре закреплялись различные модификации видов неустойки, например, за определенное время просрочки, скажем, месяц, – взыскание пени, а сверх этого срока – штрафа (суду здесь также надлежало руководствоваться общими пределами договорной свободы по допустимости договариваться о таком симбиозе ответственности).

Рассмотренные в настоящей статье различные аспекты договорной свободы, конечно, не претендуют на всеохватность – можно предложить и иные направления для исследований. Тем не менее и проанализированные здесь аспекты свидетельствуют о многоплановости проблематики и связи этого вопроса с различными сферами правового регулирования.

В.А. Белов

Перспективы развития общего понятия договора и принципа свободы договора в российском частном праве

Сферы проявления принципа свободы договора, описанные в ст. 421 ГК РФ, охватывают, как кажется, все мыслимые его проявления. Но практикующим юристам хорошо известно, что это впечатление обманчиво: оно способно ввести в заблуждение лишь тех, кто совершенно незнаком с российской судебной практикой разрешения споров, связанных с заключением и исполнением договоров. Права из договора, хоть сколько-нибудь отклоняющегося от нормативно предусмотренного типа, рискуют не встретить ни судебной защиты, ни даже понимания российского суда. О причинах такого положения вещей и о том, следует ли его пытаться изменять, а если да, то каким именно образом, рассуждает автор настоящей статьи.

Определение п. 1 и 2 ст. 420 ГК РФ договора как «соглашения двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей», к которым применяются по общему правилу нормы о двух- и многосторонних сделках, предусмотренные гл. 9 ГК РФ, является традиционным для отечественного правоведения и ориентирует нас на то, чтобы считать понятие о *договоре* частным случаем понятия о *сделке*. Столь же традиционное определение сделок как «действий граждан и юридических лиц, направленных на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей» (ст. 153 ГК РФ) указывает нам два качества, которые обуславливают и объясняют «сделочную» принадлежность договоров. Эти качества: 1) *субъекты совершения* и 2) *юридическая направленность*. Всякая сделка есть акт выражения воле *индивидуальной воли* одного или нескольких *частных лиц*; договор также есть акт выражения воле *индивидуальной воли* нескольких *частных лиц*; следовательно, договор – частный случай сделки. Всякая сделка направляется совершившим ее лицом или лицами на *установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей*; всякий договор также направляется совершившими его лицами на *установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей*; следовательно, и с этой точки зрения всякий договор – это сделка.

Еще М.М. Агарков писал, что «[п]онятие сделки – одно из основных понятий гражданского права», а его анализ «необходим как для понимания действующего советского гражданского права, так и для подготовки кодификации советского гражданского права»¹⁶⁹. Продолжая это высказывание, нельзя не указать, что без уяснения понятия о сделке вообще и о договоре в частности невозможно постичь самого существа гражданского и в целом частного права. Почему так? Потому что сделки (в том числе договоры) – это та *внешняя форма, в которую облекается и в которой проявляет себя начало автономии воли* – один из ключевых принципов построения отношений, составляющих предмет гражданского (и в целом частного) права. Это обстоятельство нашло прямое закрепление в отечественном Гражданском кодексе, постановившем, что предметом регулирования гражданского законодательства являются общественные «имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на [юридическом] равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников» (абзац первый п. 1 ст. 2). Оно конкретизируется также в п. 1 ст. 1 ГК РФ, упоминающем о начале сво-

¹⁶⁹ Агарков М.М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. 1946. № 3–4. С. 41.

боды договора, и, наконец, в п. 1 ст. 9, согласно которому частные лица осуществляют принадлежащие им гражданские права *по своему усмотрению*, т. е. руководствуясь принципом *автономии воли*. Никто не может указать частному лицу, следует ли ему приобретать известное субъективное гражданское право, и если следует, то когда, где и для какой цели; никто не может обязать частное лицо к изменению или прекращению приобретенного им права, равно как и к распоряжению им; наконец, никто не вправе «замещать» собой частное лицо в делах осуществления, охраны или защиты права, предугадывая ему, когда, где и как все это следует (или не следует) делать.

Ни одна юридическая возможность (если она *только* возможность), в том числе ни один элемент правоспособности, ни одно субъективное или секундарное право не могут быть навязаны ни в своем существовании, ни в свое осуществлении. Поскольку актами, направленными на приобретение, изменение и прекращение субъективных частных прав, а также на распоряжение этими правами (актами реализации автономной частной воли), являются сделки (в том числе договоры); не будет преувеличения в утверждении, согласно которому *понятия сделки и договора являются центральными понятиями всего гражданского (частного) права* – его центром тяжести, средоточием, квинтэссенцией; понятиями, вне которых гражданское право себя никак не проявляет и вообще не живет; понятиями, которые собственно и делают право *гражданским, частным*¹⁷⁰. *Гражданское (частное) право является гражданским (частным) ровно настолько, насколько оно считается с частными устремлениями и защищает частные интересы участников сделок и договоров*¹⁷¹. Очевидно, что сообразным именно этому значению должно быть и то внимание, которое уделяет данным понятиям цивилистическая наука.

Ответ на поставленный выше вопрос – насколько гражданское (частное) право считается с частными устремлениями и защищает частные интересы участников сделок и договоров – применительно к конкретно-историческим условиям предполагает выявление и исследование тех *пределов*, в которых положительное право интересующей державы признает реальную юридическую силу за сделками и договорами, т. е. тех *пределов, в которых оно принимает во внимание направленность юридических актов частных лиц на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей*. Строго говоря, само приведенное здесь (и в цитированных ранее определениях сделки и договора из ГК РФ) описание уже ориентирует на эти самые пределы, а именно на «возникновение, изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей». В отношении этой характеристики закономерно поставить следующие, в частности, вопросы: а могут ли сделки (договоры) иметь какую-нибудь *другую направленность*, например могут ли они быть направлены на *осуществление* гражданских прав и обязанностей? На *распоряжение* ими? На их *обременение* в смысле установления, например, каких-нибудь «хитрых» условий их приобретения, изменения, прекращения, реализации, охраны или защиты, а также распоряжения ими? На саму охрану или защиту? К тому же очевидно, что предмет возможных юридических последствий договора куда шире одних только *прав* (традиционно сводимых к одним только *субъективным* правам) и *обязанностей*; следовательно, закономерен вопрос: допустимы ли сделки (договоры), влияющие не на субъективные права и

¹⁷⁰ Подборку взглядов классиков буржуазной цивилистики на этот счет см.: *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. С. 87, 104–106; взгляды самого М.М. Агаркова см. в его более ранней статье: *Агарков М.М.* Ценность частного права // Сб. трудов профессоров и преподавателей Гос. Иркут. ун-та. Вып. 1. Иркутск, 1920. С. 141–171.

¹⁷¹ В этом смысле современное гражданское право – даже российское – выглядит куда более гражданским и частным, чем римское *jus civile* – право, которому начало свободы договора было незнакомо. Это, впрочем, и неудивительно: достаточно вспомнить, что римское частное право было правом рабовладельческого общества – социума, проникнутого частными началами далеко не повсеместно и весьма избирательно. Куда больше частного встречаем в римском *jus gentium* – праве народов, рассчитанном на применение к отношениям в первую очередь торговым, а значит, неизбежно отношениям частным. Сказанное само по себе весьма красноречиво характеризует ситуацию в современной континентальной цивилистике, позиционирующей себя в качестве науки *частного* права, но отгалкивающейся в ее построении от догмы римского *jus civile* и совершенно не занимающейся проблематикой *jus gentium*.

юридические обязанности, а на другие правовые формы и состояния, например на правоспособность, на дееспособность, на секундарные права, состояния неправа, правонеспособности или связанности? Наконец, само понятие о субъективных правах тоже неоднородно, следовательно, уместно спросить: а на *всякие ли* субъективные права можно влиять с помощью сделок (договоров), и если да, то *всякие ли* сделки (договоры) тут уместны? К примеру, можно ли при помощи сделок (договоров) влиять на права не только относительные, но и абсолютные, не только наличествующие, но и будущие, не только на регулятивные, но и охранительные?

Попытка получить ответы на поставленные и другие подобного рода вопросы приводит нас, разумеется, в первую очередь к цитированным уже определениям сделок и договоров (ст. 153, п. 1 ст. 420 ГК РФ), а затем еще и к ст. 421 с громким и очень символичным названием «Свобода договора». Первые не содержат на сей счет никаких ограничений (и, стало быть, вроде как все спрошенное выше допускают, ну или, во всяком случае, не запрещают), а согласно положениям последней статьи начало свободы договора проявляет себя: 1) в сфере *заключения и отказа от заключения договора с определенным лицом*; 2) в вопросе *выбора того типа*, по модели которого будет заключаться конкретный договор, включая инициативное (творческое) создание такого типа с нуля и объединение (синтез) нескольких типов в рамках единого договора; наконец, 3) в области *определения содержания (условий) договора*. Поскольку раскрытие существа каждого из этих аспектов проявления принципа свободы договора *не* является необходимым условием выполнения задачи, поставленной в настоящей статье, – определения *потенциала в развитии свободы договора* по российскому праву, нам будет вполне достаточно ограничиться краткой общепризнанной характеристикой каждого из этих аспектов.

1. *Свобода в решении вопроса о том, заключать или не заключать договор с определенным субъектом в той или иной конкретной ситуации*, практически сводится к принципу недопустимости понуждения кого бы то ни было к заключению договора с другим, ему подобным (т. е. частным же) лицом (п. 1 ст. 421 ГК РФ). Частные лица – они на то и *частные*, что являются *юридически равными* по отношению друг к другу, т. е. ни одно из них не имеет юридической власти над другим. Попытка проявления такой власти – подчинения одним частным лицом воли другого частного же лица своему господству – натолкнется на совершенно резонное и основательное противодействие, достойное тем большего понимания и покровительства со стороны права, чем более настойчивой и сильной будет проявленная попытка подчинения. Но если ни одно частное лицо не вправе односторонним образом «подчинить» своему господству другое частное лицо в каком бы то ни было отношении вообще, то очевидно, что оно не вправе и *заставить* кого бы то ни было заключить какой-либо договор в частности. Исключения могут быть, конечно, предусмотрены ГК РФ, законом или «добровольно принятым на себя обязательством».

Затем, поскольку заключение договора – это один из способов *реализации частной гражданской правосубъектности*, а таковая может быть только *свободной*, то, следовательно, и *органы публичной власти тоже не вправе заставлять частных лиц* (хотя бы и с помощью данных им законом полномочий) *заключать какие бы то ни было договоры с кем бы то ни было*¹⁷². *Автономия воли* – второе (после юридического равенства) начало построения отношений, регулируемых частным правом, – тоже, стало быть, может использоваться для обоснования рассматриваемого аспекта свободы договора. Действительно, в сочетании (и даже соседстве) слов «заставить» и «договор» есть что-то противоестественное, ибо если «договор», то

¹⁷² В особенности об этом не мешает помнить Федеральной антимонопольной службе РФ, руководство которой искренне полагает, что вправе своими предписаниями заставить хозяйствующих субъектов, занимающих доминирующее положение на рынке того или иного товара, заключать договоры с покупателями такого товара, и притом на определенных (ценовых и т. д.) условиях.

как же можно *заставлять*, а если «заставлять», то разве ж это будет *договор*? Договор – продукт автономии частной воли.

Наконец, начало свободы договора может быть выведено и из принципа *имущественной самостоятельности* участников частных отношений. Ведь что означает имущественная самостоятельность? Не просто физическое и учетное обособление реальных (телесных) вещей, но и *исключительное приращение (приурочение) всех приносимых имуществом благ и преимуществ, как и всех связанных с имуществом тягот и невзгод, к определенному частному лицу*. Каково же основание такого приращения? Оно – в *самостоятельности* принятия частными лицами всех решений о любом акте приобретения, эксплуатации, обременения и отчуждения *своего* имущества. Каждый сам, сообразуясь с собственными интересами и возможностями, действиями окружающих и вообще фактическими обстоятельствами, принимает решения о совершении действий с имущественно-правовыми последствиями: вот это я куплю, это – продам, этим – стану пользоваться сам, это – сдам в аренду, это – заложу, а вот это – просто выброшу и т. д. Правильны эти решения (адекватны ситуации, обстановке), – пожалуйста, уважаемое частное лицо, не стесняйся, пожинай плоды и доходы со *своего имущества* (от своей *имущественной самостоятельности*); неправильны (неадекватны) – будь любезен, прими неблагоприятные последствия своих решений опять же на себя, т. е. *на свое собственное имущество*. Возможно ли было бы выдвинуть два последних тезиса в отсутствие свободы договора? Ни в коем случае, ибо благоприятные имущественные последствия принудительного договора следовало бы приписать не только контрагенту, но и лицу, понудившему контрагента к его заключению, а неблагоприятные контрагент вообще мог бы отказаться на себя принимать: с какой, дескать, стати, раз меня *заставили* договариваться?

2. *Свобода в определении (в выборе) типа договора* выражается в том, что всякое частное лицо вправе заключать *любые* договоры, не противоречащие законам и иным нормативным актам, *независимо от того, предусмотрен такой договор нормативным актом или нет* (п. 2 ст. 421 ГК РФ), в том числе так называемые *смешанные договоры*, т. е. договоры, содержащие элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (п. 3 указанной статьи).

Этот аспект договорной свободы можно было бы назвать *свободой договорного творчества*. В отличие от первого аспекта – свободы решения вопроса о том, заключать или не заключать договор в определенных обстоятельствах с известным лицом, он не имеет самостоятельного значения. Ведь в самом деле, чем определяется договорный тип, если не *содержанием* договора? Следовательно, и говорить следует о свободе в определении содержания договора: рассмотрев *свободу содержания*, мы неизбежно рассмотрим и вопрос о *свободе выбора договорного типа*.

3. *Свобода в определении содержания договора* – это возможность частных лиц – участников общественных отношений самостоятельно определить условия договора, а говоря более предметно, *свобода подвергнуть частное отношение с собственным участием своему же автономному, инициативному (если угодно – творческому) правовому регулированию*, свобода проявить фантазию в том, каким же нормам и правилам (наряду с законодательными, подзаконными, судебными, административными и обычными) будут подчиняться эти отношения. Источником такого регулирования и будет заключенный ими договор, содержание (условия) которого частные лица определяют по своему усмотрению исходя из содержания и целей сложившихся между ними отношений, из собственных интересов, потребностей и возможностей (п. 4 ст. 421 ГК РФ).

Этот аспект является наиважнейшим внутри общего начала договорной свободы не только потому, что в итоге в рамках именно его реализации определяется правовой тип конкретного договора, но прежде всего потому, что его законодательное закрепление означает не что иное, как признание «за частными лицами права создавать нормы за счет расшире-

ния содержания классического понятия автономии до *независимой от государства социальной власти*»¹⁷³. Может быть, признавать такое право следует не всегда и не везде – только в определенных исторических условиях и сферах, наиболее бесспорной из которых во все времена (включая между прочим еще и сильно «прежде-римские») была *коммерция* или *торговля*. «*Торговый оборот, деятельность по продвижению товарной массы от изготовителей к потребителям, регулируется не только законодательством, но и – что еще более значимо – договорами, заключаемыми хозяйствующими субъектами*». «... Определение содержания договора происходит не на основе избрания сторонами приемлемых норм права [ну или, во всяком случае, не только и не столько на этой основе. – В.Б.], а в результате *самостоятельной выработки конкретных правил взаимосвязанной деятельности и придания им значения взаимных прав и обязанностей*». «Закрываемый договор обеспечивает *правовую регламентацию действий, подлежащих выполнению участниками обязательства, придает им значение субъективных прав и обязанностей*. Сформулированные в таком виде условия договора приобретают характер *правового алгоритма, юридически выраженной и обязательной программы взаимосвязанных действий лиц*»¹⁷⁴. Запомним эту оговорку: далее она нам пригодится.

Характеристика принципа свободы договора, взятого, если можно так выразиться, в целом, означает, что *никто не обязан давать кому бы то ни было отчет в тех соображениях, которыми он руководствовался в своих действиях*, в том числе в заключении известного договора, в отказе от его заключения, в определении его контрагента и условий (содержания и типа). *Никто никому не обязан объяснять, почему он заключил известный договор (или, наоборот, отказался от этого)*, в том числе: 1) почему он заключил его именно с данным конкретным (а не иным) лицом; 2) почему он согласился именно на такие (а не на иные) его условия и тем самым 3) остановил свой выбор именно на данном (а не на каком-либо другом) договорном типе. Реализация всякого аспекта договорной свободы составляет *частное дело частных же лиц*, осуществляемое ими *от своего имени, на свой счет, страх и риск*.

Социально-экономическое значение этих начал невозможно переоценить. Как уже говорилось, именно свобода договора позволяет частным лицам, с одной стороны, *основательно присваивать (приобретать) все имущественные и личные выгоды*, полученные в ходе исполнения договорных обязательств, в их пользу установленных, т. е. увеличивать свою имущественную и улучшать личную частноправовую сферу. Затем, именно свобода договора позволяет каждому его участнику рассчитывать на то, что его контрагент, допустивший ошибку в расчете на известный договор, уже не сможет ни отказаться от него, ни потребовать его признания недействительным, отмены или изменения в суде, но будет вынужден принять эту ошибку и ее вредные последствия *на свой имущественный счет*. И наконец, именно трактовка договора как акта, происходящего из свободной воли юридически равных частных лиц, позволяет всякому его участнику *требовать соблюдения его условий* от контрагента, применяя к последнему *меры гражданско-правовой ответственности* в случае нарушения.

Так понимается и работает (ну или, во всяком случае, должно работать) начало свободы договора. Теперь, прежде чем приступить к раскрытию темы настоящей статьи (выявлению перспектив развития начала свободы договора в современном российском праве), нам нужно постараться ответить еще на один предварительный и весьма любопытный вопрос. Нельзя не обратить внимание на то, что ни определение понятия договора, ни определение родового по отношению к нему понятия сделки из ГК РФ *не выдвигают каких-либо требований насчет тех содержательных условий (критериев), соблюдение которых является необходимым для достижения ими намеченного юридического эффекта*. Они ограничиваются только

¹⁷³ Вилкин С.С. О нормативной теории решения органа юридического лица // Вестник гражданского права. 2008. Т. 8. № 2. С. 53. Здесь и далее во всех цитатах, если не оговорено иное, курсив наш.

¹⁷⁴ Пугинский Б.И. Коммерческое право: Учебник. 5-е изд. М., 2013. С. 132–135.

общим указанием на *частное волевое происхождение* сделок и договоров и, следовательно, на свободно сформированную, правильно выраженную и адекватно усвоенную *частную волю к юридическим последствиям*. «Первым¹⁷⁵ условием для юридической силы всякого – даже имущественного – договора является *наличность у договаривающихся воли придать своему соглашению юридический характер (animus obligandi)*; ведь сплошь и рядом даже обещания имущественного характера даются без намерения связать себя юридически... Во всех тех случаях, где такого юридического намерения нет, разумеется, ни о каком обязательстве, ни о каком иске не может быть и речи»¹⁷⁶. Статья 420 ГК РФ, называя договор *соглашением*, ориентирует науку еще и на такой признак, как *совпадающий*, а вернее сказать, *согласованный характер* частной воли, выраженной в договоре. «...Интересы и воля одной стороны, благодаря встречности, соответствуют интересам и воле другой, [благодаря чему] они приходят к соглашению, в результате чего возникает общий волевой акт»¹⁷⁷. «Необходимыми признаками договора, нашедшими закрепление в законе, служат *наличие согласованной сторонами общей цели их взаимосвязанной деятельности и достижение соглашения по всем существенным условиям договора*»¹⁷⁸.

Итак, если налицо какой бы то ни было акт выражения вовне согласованной частной воли, направленной вроде как на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей, то перед нами *договор* в юридическом смысле этого слова. Никаких других требований и ограничений – внутренних содержательных условий, которым должен соответствовать такой акт, чтобы стать договором, законом, кажется, и не выдвигается. Статья 421 ГК РФ, можно сказать, добавляет масла в огонь: заключайте, дескать, *любые* договоры (с любыми лицами, любого содержания и типа), не нарушая, разумеется, императивных норм закона (п. 1 ст. 422 ГК РФ). Казалось бы, вот оно – настоящее раздолье для частной юридической деятельности, частного гражданского правотворчества: договаривайся – не хочу! Но это, если не видеть ничего, кроме ст. 153, 420, 421 и 422 ГК РФ. А если видеть? А если видеть, то сразу «вылезает» весьма неудобный вопрос: если все так замечательно и прекрасно, то *для чего же отечественному Гражданскому кодексу нужно такое огромное количество норм об отдельных видах договоров?* Их наличие можно было бы понять, если бы начало свободы договора не было бы известно нашему законодательству или если бы оно выдвигало какие-то внутренние содержательные условия допустимости и действительности гражданско-правовых договоров. Но ведь ничего же этого нет! И, несмотря на это, «договорная» часть традиционно является самой обширной в нашем ГК, а как следствие, и в нашем гражданском правоведении. Кстати, не только «нашем»: как тут не вспомнить известное высказывание «француза» А. Фуллье, согласно которому *договору* (который уже и так занимает 9/10 действующих кодексов) *когда-нибудь будут посвящены в кодексах все статьи от первой до последней!*¹⁷⁹ Философу и социологу это «предсказание» можно простить – проблема в том, что его охотно берут на вооружение *цивилисты*, в большинстве своем даже не замечая того, что для них оно губительно! Почему? Да потому, что когда гражданский кодекс сведется к кодексу, составленному из предписаний об отдельных видах договоров¹⁸⁰, гражданское право... перестанет быть частным, ибо подоб-

¹⁷⁵ Так в тексте. Любопытно, что к вопросу ни о втором, ни о третьем, ни о каких бы то ни было последующих условиях признания за сделкой (договором) юридической силы Иосиф Алексеевич так и не вернулся.

¹⁷⁶ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 116–117.

¹⁷⁷ Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор. М.: Юрид. лит., 1972. С. 85.

¹⁷⁸ Пугинский Б.И. Указ. соч. С. 134 (курсив автора).

¹⁷⁹ См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 105.

¹⁸⁰ Кстати, примеры подобных актов уже известны мировой практике – просто называются они не гражданскими кодексами, а законами (кодексами) об обязательствах – обязательственными законами. С точки зрения «старшинства» на первое место должен быть поставлен, конечно, *индийский Закон о договорах 1872 г.*, а с точки зрения известности, бесспорно, ШОЗ (сначала 1881 г., а затем 1911 г.). Далее следуют, конечно же, памятные именно российским юристам «советской закалки» Акт об обязательствах и договорах *Болгарии 1950 г.* и Закон об обязательствах Социалистической Федеративной Республики

ный «кодекс» *de facto* закрывает частным лицам доступ в важнейшую область проявления их юридического равенства, автономии воли и имущественной самостоятельности. Номинально этого, быть может, и не произойдет, но реально нормы о свободе договора просто не будут работать (что, собственно говоря, мы уже и наблюдаем).

В чем же причина такого странного положения вещей? Наличие в гражданских кодексах и уложениях большого числа норм об отдельных видах договоров принято объяснять следующим образом: дескать, гражданские кодификации трактуют не о договорах в смысле юридических фактов (соглашений о правах и обязанностях), а о договорах в смысле *правоотношений* (еще более конкретно – *обязательственных* правоотношений), число которых не просто велико, а чрезвычайно велико. Но этот ответ, кстати, обычно подразумеваемый по умолчанию, прямо редко формулируемый, не выдерживает критической проверки. Ознакомление с нормами отечественного (да и любого другого) Гражданского кодекса показывает, что речь в его (их) соответствующих статьях идет в первую очередь именно о *договорах – юридических фактах*: об особенностях их заключения, изменения и расторжения, о тех субъектах, которые обладают способностью к их заключению, и предметах, по поводу которых договоры того или иного типа могут или не могут быть заключены, об обстоятельствах, допускающих или не допускающих их заключение, об их существенных и необходимых условиях (содержании), а также их форме. В этом смысле материал *обязательственного* права у нас оказывается в значительной мере подмененным материалом права *договорного*; наименование «Отдельные виды договоров» куда больше подходило бы для разд. IV ГК РФ, чем существующее («Отдельные виды обязательств»).

И второй момент. Попытка выделения из норм Гражданского кодекса материала, касающегося собственно обязательств, приводит к выводу о том, что (вопреки господствующему убеждению) их *видов*-то, строго говоря, не так уж и много: 1) *передать вещь*, 2) *выполнить работу* и 3) *оказать услугу*. Даже римская типизация обязательств («дам, чтобы ты дал», «дам, чтобы ты сделал», «сделаю, чтобы ты дал» и «сделаю, чтобы ты сделал») оказывается более детальной и научной, чем наша, «современная». Ну а пресловутые «сложные» обязательства, порождающие иллюзию их неисчерпаемой множественности, на деле представляют собой не что иное, как системы, состоящие из более или менее многочисленных, связанных друг с другом (иногда и весьма причудливо), но все же простых, классических, элементарных обязательств, каждое из которых без каких-либо затруднений может быть сведено к одному из всего лишь *трех* названных выше типов: к 1) передаче вещи, 2) выполнению работы или 3) оказанию услуги¹⁸¹. Исходя из особенностей правового регулирования, можно и нужно поступиться формально-логической последовательностью классификации и выделить в качестве *обязательств особого рода* те, что заключаются в 4) уплате денег, 5) транспортировке, 6) хранении и 7) ведении чужих дел; но даже с ними число *видов обязательств* вырастет всего лишь до *семи*, что совсем не соответствует количеству тех *типов договоров*, что описываются современными гражданскими кодексами: даже при самом снисходительном подсчете в одном только разд. IV

Югославия 1978 г. Менее известны кодексы (законы) об обязательствах и договорах Марокко (1913 г.), Исландии (1936 г.), Малайзии (1950 г.), Гибралтара (1960 г.), Сенегала (1963 г.), Израиля (1973 г.), Дании (1986 г.), Камбоджи (1988 г.), Мавритании и Мартиники (оба – 1989 г.), Лаоса (1990 г.). Из новейших актов необходимо отметить законы о договорах Китая и Финляндии (оба – 1999 г.), а также Непала (2000 г.), обязательственные кодексы Туниса (2005 г.) и Турции (2011 г.), обязательственные законы Словении и Эстонии (оба – 2001 г.), Хорватии (2005 г.) и Черногории (2011 г.). Ныне действующий Гражданский и торговый кодекс Таиланда 1925 г. представляет собой «переросший» самого себя проект Обязательственного закона 1914 г., а единственной частью проекта Гражданского уложения Российской империи, принятой и (теоретически) успешней вступить в силу, стала, как мы помним, часть, посвященная именно обязательственному праву.

¹⁸¹ См. подробнее нашу статью «К вопросу о соотношении понятий обязательства и договора» (Вестник гражданского права. 2007. Т. 7. № 4. С. 239–258). Попытку изложить собственно обязательственное право в соответствии с систематикой именно обязательств (а не тех договоров, из которых они возникают) см.: Белов В.А. Гражданское право. Т. IV. Особенная часть. Относительные гражданско-правовые формы: Учебник для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2015. Гл. 36–41.

ГК РФ можно насчитать более 40¹⁸² (!) видов договоров против 7 видов обязательств. Неужели подобное несоответствие совсем не режет глаз? А если режет, то возможно ли разд. IV ГК РФ называть «Отдельные виды обязательств»?

Итак, многочисленность договорных типов по ГК РФ объясняется вовсе не мифической многочисленностью обязательств, якобы из договоров возникающих. Чем же тогда? Неужели римскими традициями? Возможно, но явно не только ими, ибо никакие традиции, установившиеся в рабовладельческом (!) обществе, незнакомом с принципом свободы не то что договора, но и свободы вообще в современном смысле этого слова, никак не смогли бы удерживаться до сих пор, да еще и сами по себе, в отсутствие для этого серьезных содержательных предпосылок. Я предложил бы читателям следующий ответ: скрупулезное внимание российского (да и вообще, европейского континентального) гражданского законодательства к договорным типам объясняется *отсутствием в законодательстве и правоведении общепринятого взгляда на то, что делает договор договором* – что придает договору юридическое значение. Вот, например, соглашение о покупке и продаже наделяется юридическим значением, а соглашение о свидании – нет. Почему? Где тот критерий (система критериев), пользуясь которым (которой) можно было бы ответить на вопрос о *юридическом значении* (юридической или, как раньше говорили, *исковой силе*) договора? «Каким образом, в силу чего юридические факты влекут за собою начало и конец юридических отношений, в силу ли некоей внутренней необходимости или в силу какого-нибудь внешнего авторитета?»¹⁸³ – спрашивает русский дореволюционный пандектист. Существой такой взгляд хотя бы в теории – и систему узаконений об отдельных видах договоров можно было бы выбросить из Кодекса, совершенно не опасаясь неблагоприятных *практических*¹⁸⁴ последствий; в нем было бы вполне достаточно сохранить одни только общие положения договорного права. Нормативно-правовое регулирование договоров свелось бы исключительно к отдельным особенностям, лежащим в сфере более публичного, нежели частного права, и соответственно сделалось бы достоянием специального законодательства.

¹⁸² Во внимание при этом, конечно, надлежит принимать не название, а особенности правовой регламентации. Получим договоры, оформляющие такие отношения, как: 1) купля-продажа (в том числе розничная); 2) поставка; 3) контрактация; 4) энергоснабжение; 5) продажа недвижимости; 6) мена; 7) дарение; 8) рента; 9) пожизненное содержание с иждивением; 10) аренда; 11) прокат; 12) аренда транспортных средств (тайм-чартер и бэрбоут-чартер); 13) лизинг; 14) наем жилого помещения; 15) ссуда; 16) подряд; 17) бытовой подряд; 18) строительный подряд; 19) подряд на выполнение проектных и изыскательских работ; 20) выполнение НИР и ОК(Т)Р; 21) возмездное оказание услуг; 22) перевозка грузов; 23) перевозка пассажиров; 24) транспортная экспедиция; 25) заем; 26) кредит; 27) финансирование под уступку денежных требований; 28) банковский вклад; 29) банковский счет; 30) аккредитивные расчеты; 31) инкассовые расчеты; 32) организация и обслуживание чекового обращения; 33) хранение; 34) складское хранение; 35) страхование имущественное; 36) страхование личное; 37) поручение; 38) комиссия; 39) агентирование; 40) доверительное управление; 41) коммерческая концессия; 42) простое товарищество; 43) игры и пари. Если к этому списку присовокупить *договорные типы из других частей ГК РФ* (такие, например, как соглашения об установлении сервитута, о неустойке, залоге, банковской гарантии или задатке, договоры поручительства, уступки и перевода требований и долгов, договоры об отчуждении исключительных прав, лицензионные договоры и т. д.), то число договорных типов превысит полсотни. Ну а если продолжить перечень договорами особого рода, о которых упоминают другие законодательные акты (аренды земельного участка, на эксплуатацию подъездных путей, на подачу и уборку вагонов, на оказание услуг локомотивной тяги и других, не поддающихся никакому перечислению типов услуг, договоры собственно чартера (в трамповом и линейном судоходстве), буксировки, ледовой и лоцманской проводки, на централизованный завоз и вывоз грузов (в том числе между транспортными организациями), об управлении имуществом и делами юридических лиц (в том числе в порядке исполнения функций арбитражного управляющего), об управлении имущественными комплексами (ПИФа, ипотечными покрытиями) и т. д.), то вряд ли будет удивительным, если нумерация финальных его позиций окажется трехзначной. Сотню видов обязательств вряд ли возможно будет выдумать (даже при самой неумной фантазии и совсем незамутненном воображении).

¹⁸³ *Гримм Д.Д.* Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права. Прологомены к общей теории гражданского права. Т. I. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1900. С. 12–13.

¹⁸⁴ Именно *практических* последствий, потому что неблагоприятные последствия для юристов-«*ученых*» все-таки бы наступили, поскольку более чем в половину сократился бы материал, для них жизненно необходимый, – материал для переписывания и пересказа – действий, ныне по какой-то нелепой случайности называемых умным словом «комментирование».

Кстати сказать, позволим себе небольшое отступление от основной темы (благо оно будет совершенно нелишним) – именно так выстроено *английское* договорное право, где в основе понятия о договоре лежит доктрина о так называемом *consideration*, или *встречном удовлетворении*. Да простят меня читатели за длинную цитату, но она – право слово! – стоит того, поскольку, во-первых, из такого источника, который в настоящее время является библиографической редкостью, а во-вторых, мне нигде не приходилось встречать лучшего – более толкового, четкого и ясного – русскоязычного объяснения интересующего нас чужеродного юридического феномена¹⁸⁵. Итак: «Особенностью англо-американского права, имеющей весьма важное значение, является требование в качестве неперемennого условия, необходимого для признания юридической силы за договорным обязательством, наличия *встречного удовлетворения (consideration)*... Всякое договорное обязательство (или отказ от права) действительно лишь в том случае, если та сторона, в отношении которой оно принято, со своей стороны пошла на некоторую жертву в пользу обязавшейся стороны. В решении по делу *Currie v. Misa* (1875), которое является руководящим, указывается, что встречное удовлетворение может заключаться в каком-либо праве, интересе, выгоде или прибыли, получаемых одной стороной, или же в каком-либо воздержании, вреде, убытке или ответственности, принятом на себя другой стороной. Таким образом, та жертва, которую приносит кредитор и которая может составить *consideration*, понимается весьма широко. Не требуется, чтобы она была эквивалентна обязательству, принятому другой стороной. Но необходимо все же, чтобы в глазах сторон она имела серьезное значение, а не являлась бы фиктивной. Однако следует отметить, что в американской судебной практике есть тенденция ослабить значение *consideration* и признавать достаточным уплату, напр., одного доллара, одного цента. *Consideration* не может заключаться в действии противоправном или безнравственном. *Consideration* должно быть связано с обязательством. Оно должно быть *встречным удовлетворением*. Какое-либо удовлетворение, предоставленное кредитором ранее и независимо от обязательства, принимаемого должником (*past consideration*), не является достаточным. Оно может быть сделано в момент заключения договора (в случае реального договора – например займа) или подлежать исполнению в будущем (встречное обязательство в двустороннем договоре). В русском языке нет установившегося способа переводить термин *consideration*. Как видно из изложенного, совершенно неточно переводить его «вознаграждение» или «эквивалент». Его иногда переводят словом «основание» (*causa*), перенося на английское право понятия римского и континентального европейского права. Это тоже неточно, так как понятие «основание» шире. Основанием является и так наз. *animus donandi*, – намерение одарить, что никаким образом не подходит под понятие *consideration*. Всего точнее можно передать термин *consideration* выражением «встречное удовлетворение», которое обобщает все случаи, подводимые под это понятие»¹⁸⁶.

¹⁸⁵ См. еще другие объяснения *consideration* в русскоязычной литературе (в том числе переводной): Ансон В.Р. Основы договорного права: Пер. с 18-го англ. изд. / Под ред. Д.Ф. Рамзайцева. М.: Междунар. кн., 1947. С. 47–54, 83–115; Он же. Договорное право: Пер. с 25-го англ. изд. / Под ред. О.Н. Садикова. М.: Юрид. лит., 1984. С. 53–93; Май С.К. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М.: Внешторгиздат, 1953. С. 50–53; Самонд Дж., Вильямс Д. Основы договорного права: Пер. с англ. / Под ред. Е.А. Флейшиш. М.: Иностр. лит., 1955. С. 129–166; Свод английского гражданского права / Под ред. Э. Дженкса; Пер. с англ. Л.А. Лунца. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1941. С. 81–87; Халфина Р.О. Договор в английском гражданском праве / Отв. ред. П.Е. Орловский. М.: Изд-во АН СССР, 1959. С. 138–176. Самое известное специальное исследование этой доктрины, к сожалению, не переведенное на русский язык, принадлежит уже упомянутому Эдварду Дженксу (см.: *Jenks E. The History of the Doctrine of Consideration in English Law*. C.J. Clay and Sons, 1892 (доступно в Интернете по адресу: <https://archive.org/details/cu31924022497485>); 2nd ed. (reprint). Lawbook Exchange, 2004). Проблематике *consideration* уделяется самое пристальное внимание во всех без исключения классических курсах договорного права, написанных английскими, американскими, индийскими и австралийскими авторами, в том числе такими, как: C.G. Addison, W.R. Anson, C.D. Ashley, P.S. Atiyah, S. Atkinson, W.E. Ball, H.W. Ballantine, J.P. Bishop, W.T. Brantly, M. Charman, J. Chitty, Wm.L. Clark, S. Comyn, M. Davis, E.A. Harriman, C.C. Langdell, J.D. Lawson, S.M. Leake, W. Macpherson, G.E. Maggs, D. Oughton, W.H. Page, Th. Parsons, F. Pollock, J.J. Powell, J.W. Salmond, J.W. Smith, R. Stone, J. Story, W.W. Story, P.R. Tepper, I.A. Washburne, F.A. Wharton, J. Williams, H.E. Willis, S. Williston, A.M. Wilshire.

¹⁸⁶ Азарков М.М., Вольф В.Ю. Источники иностранного торгового права. Вып. I. Законы о купле-продаже товаров. М.:

«Наличие встречного удовлетворения по общему правилу должен доказывать кредитор. Однако это правило терпит исключение в следующих случаях: 1) в случае признанного должником счета (*account stated*), основным примером которого может служить признание сальдо по контокоррентному счету. В Англии принято сопровождать признание счета выдачей особой расписки, формулируемой обычно *I owe£ 100* (сокращение выражения *I owe£ you 100* – «я вам должен 100 ф.»); 2) в случае оборотного документа, по которому наличие встречного удовлетворения предполагается. В этих случаях должник должен доказывать отсутствие встречного удовлетворения. Однако в случае оборотного документа должник не может ссылаться на отсутствие встречного удовлетворения против лица, которое добросовестно приобрело документ за вознаграждение»¹⁸⁷.

И наконец: «Встречное удовлетворение не требуется для договора, заключенного в письменной форме посредством приложения печати... Однако и в отношении таких договоров встречное удовлетворение все же может иметь значение. Во-первых, суд может признать обязательство, хотя бы и заключенное в форме *deed*, недействительным в случае неправомерности встречного удовлетворения. Во-вторых, требование об исполнении в натуре (*specific performance*) может быть удовлетворено только в случае наличия встречного удовлетворения»¹⁸⁸.

Конечно, в той же самой Англии не существует закона о договорах (контрактах) вообще, в связи с чем понятие *consideration* там остается чисто доктринальным. Но степень его усвоения английскими судьями столь высока, что можно быть абсолютно уверенным в том, что ни один спор, так или иначе связанный с договором, не будет разрешен без исследования вопроса о *consideration*. А вот в такой стране, как, к примеру, Индия, представляющей традиции англосаксонского права, пожалуй, в еще более чистом виде, чем те же самые США, понятие о *consideration* не только является достоянием юридической доктрины, но еще и закреплено в упомянутом уже Законе о договорах (Акте от 25 апреля 1872 г. № 9¹⁸⁹) – ключевом источнике индийского частного права, действующем и в настоящее время. Оно определяется п. (d) ст. 2 Закона следующим образом: «Если, действуя в соответствии с условием обязательства, кредитор или любое другое лицо сделал нечто или воздержался от действия, либо же делает нечто или воздерживается от действия, либо обязуется совершить или воздержаться от действия, то такое действие, воздержание или обязательство называется *встречным удовлетворением по обязательству*». Далее п. (e) ст. 2 этого Закона определяет *соглашение* (*agreement*) как *обязательство* (дословно – «обещание» (*promise*)), *соединенное с предоставленным по нему встречным удовлетворением*; на этом фоне определение не просто соглашения (п. (g) ст. 2), но *договора* (*contract*) (п. (h) ст. 2) связывается с наличием у соглашения *юридической силы* (*enforceable by law*). Эти представления развиваются, в частности, в ст. 10, которая устанавливает, что *договорами* (*contracts*) признаются всякие *соглашения* (*agreements*), совершенные *свободно право- и дееспособными лицами*, по поводу допустимого законом *предмета* и за *действительное встречное удовлетворение*, при условии, что ничто в их содержании прямо не свидетельствует об их *недействительности*. И наконец, п. (f) ст. 2 через понятие *consideration* определяется понятие *взаимных обязательств* как таких, «каждое из которых составляет встречное удовлетворение друг друга полностью или в части».

Из цитированных норм, а также из иллюстраций к ст. 23 индийского Закона о договорах видно, что понятия встречного удовлетворения и предмета соглашения являются *относительными*. Вопрос о том, что в конкретном договоре является предметом, а что – встречным

Внешторгиздат, 1933. С. 167.

¹⁸⁷ Там же. С. 167–168.

¹⁸⁸ Агарков М.М., Вольф В.Ю. Указ. соч. С. 168.

¹⁸⁹ <http://comtax.up.nic.in/Miscellaneous%20Act/the-indian-contract-act-1872.pdf>

удовлетворением, будет иметь различный ответ в зависимости от того, с точки зрения какой именно стороны договора мы будем на него отвечать. Особенно ярка в этом отношении иллюстрация (а) к ст. 23, согласно которой в договоре продажи дома за 10 тыс. рупий *дом* является *предметом* договора с точки зрения *продавца*, но... *встречным удовлетворением* с позиции *покупателя*, а вот 10 тыс. рупий, наоборот, *предметом* на взгляд покупателя, но *встречным удовлетворением* для продавца. Как разительно это воззрение отличается не только от нашего учения о предмете и цене договора, но даже и от германской доктрины *causa* сделки (предоставления)!

Сказанное не надо воспринимать как призыв к наполнению российского права положениями и принципами права английского. Ни в коем случае! Речь идет только о том, что англосаксонская правовая традиция *предлагает* нам ответ на вопрос о том, что является отличительной чертой *договора в юридическом смысле этого слова*, а российская – *нет*. В итоге английские юристы точно знают, что той самой чертой, которая делает договор договором (превращает простое *соглашение* в юридически обязательный *договор*), является *встречное удовлетворение* (*consideration*), а российские юристы подобного знания – этакой «печки», от которой нужно «плясать» при построении всего договорного права, его принципиального стержня, скелета, базиса, фундамента, не имеют.

Отвечает ли на этот вопрос европейская континентальная правовая традиция? И да, и нет. Да – в том смысле, что ей, конечно, известны понятия *эквивалента*, *вознаграждения* и особенно *предоставления* и его *основания* (*causa*), причем последнее бывает трех видов: *solvendi*, *credendi* или *donandi*. Все эти понятия довольно близко подходят к английскому *consideration* (Р.О. Халфина в указанной ранее монографии так сближает их, что они у нее предстают понятиями одного порядка), но все-таки с ним не сливаются¹⁹⁰. Нет – в том смысле, что ни законодательство, ни судебная практика этого ответа не усваивают и им не руководствуются. Так, рассматривая требование о признании недействительным того или другого договора, равно как и о понуждении к исполнению договорного обязательства в натуре либо (тем паче) о взыскании долга или убытков по договору, ни один европейский континентальный (тем паче – российский) судья не станет обращаться к вопросам об эквивалентности или возмездности договора, тем паче – об основательном (каузальном) характере совершенных по нему (или намеченных его условиями) актов предоставления. К чему же обратятся? Правильно – к тем договорным конструкциям (типам), что сконструированы и нашли отражение в постановлениях положительного закона.

Итак, получается, что те многочисленные «отдельные виды договоров», материал о которых уже сейчас составляет 9/10 всех континентальных европейских гражданских кодексов, а когда-нибудь заполнит собой и оставшуюся 1/10, выполняют роль *примеров*, которые призваны служить своего рода *ориентирами для частных лиц, судебных и иных правоохранительных органов в деле решения вопроса о том, будет или не будет придано юридическое значение тому или другому конкретному договору*. Наблюдаются, однако, две следующие любопытные закономерности. Первая заключается в том, что *даже самое точное соответствие известного договора положительно закрепленному в законе договорному типу еще не гарантирует автоматической его действительности*, т. е. не обеспечивает тех юридических последствий, что были намечены его сторонами. Это объясняется тем, что наряду с конструкцией самого договора его действительность определяется и еще некоторыми другими факторами: субъектами заключе-

¹⁹⁰ См. о них: *Агарков М.М.* Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 74–75, 101–102; *Крашенинников Е.А.* Общая характеристика предоставлений // *Очерки по торговому праву: Сб. науч. тр. / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Вып. 13.* Ярославль: ЯрГУ, 2006. С. 22–27; *Кривцов А.С.* Абстрактные и материальные обязательства в римском и современном гражданском праве. Юрьев: Тип. К. Маттисена, 1898; *Май С.К.* Указ. соч. С. 46–50; *Нечаев В.М.* Теория договора: Лекция, читанная в Моск. ун-те. М.: Тип. Мамонтова А.И. и К., 1888. С. 6–10; *Хвостов В.М.* Система римского права: Учебник. М.: Спарк, 1996. С. 171.

ния, предметом, теми условиями, в которых он заключается, а иногда и формой. Вторая же закономерность позволяет утверждать, что *невозможность подведения того или иного договора под какой-нибудь из положительно закрепленных в законе типов или хотя бы их сочетание почти наверняка приведет к выводу о его... незаконности или недействительности*. Да-да, мы не оговорились, а читатели не «обочились» – именно так! И это все на фоне закрепленного ст. 421 ГК РФ принципа свободы договора, который, значит, надо читать так: свобода свободой, но... *только в пределах, очерченных нормами ГК РФ об отдельных видах договоров*. Вне этих пределов юридически-обязательных договоров, т. е. договоров, порождающих гражданские права и обязанности, нет и не может быть, если заключенный договор по крайней мере хоть сколь-нибудь не сходен с одним из поименованных ГК РФ договоров.

Правильно ли это – вопрос риторический, разумеется, нет! И в учебниках, и в монографиях неустанно подчеркивается, что допустимы *любые* договоры – лишь бы они *не противоречили закону*, и в них было бы ясно видно намерение создать именно *правовые* последствия (права и обязанности). Но что же мы имеем на деле? Ответ и на этот вопрос юристам (по крайней мере практикующим) известен столь хорошо, что приводя иллюстрации к нему, можно обойтись без ссылок на конкретные судебные акты. Давайте вспомним многолетние дискуссии по следующим, к примеру, вопросам: а допустима ли частичная уступка требований? Законна ли уступка требований из «длящихся» отношений? Возможно ли уступить требование из договора банковского счета? Казалось бы, в чем проблема: раз нет прямого законодательного запрета, то, конечно же, все допустимо, законно и возможно – как же иначе-то может быть? Оказывается, может, ведь ст. 384 ГК РФ постановляла, что уступаемое требование переходит *на тех же условиях, на каких оно существовало к моменту своего перехода*, т. е. в *полной* сумме, в *соединении* со всеми вообще элементами длящихся правоотношений (включая обязанности) и, наконец, в *совокупности* с теми особыми условиями, соблюдение которых необходимо для его осуществления (в частности, для распоряжения счетом). Значит, ничего нельзя: ни частично уступить, ни «оторвать» один «кусочек» из длящихся отношений, ни распорядиться средствами со счета, будучи легитимированным всего лишь договором цессии. Что особенно поразительно, так это то, что долгие годы наши суды вообще не замечали той оговорки, с которой всегда начиналась ст. 384: «если иное не предусмотрено законом или договором». Как это можно объяснить?

Но, скажут нам, вероятно, это ведь все экзотика – «уступка требований»! Ну не сразу разобрались судьи – подумаешь, велика важность! К тому же в итоге практика все-таки исправилась. Хорошо, допустим. А как же тогда быть с многолетней (прерванной только в 2008 г.) практикой признания недействительными *договоров о залоге, содержащих условия о праве залогодержателя на присвоение (оставление) предмета залога за собой или о его праве на реализацию такого предмета иным способом, чем публичные торги*? Мотивировка проста: такие договоры о залоге противоречили императивному (!) требованию ст. 350 ГК РФ. Даже если допустить, что это действительно было так, то спрашивается: а почему же нужно было такие договоры непременно «ломать»? Почему нельзя было бы признать их *смешанными договорами* – договорами, в основе которых лежат правила ГК РФ о залоге, но которые в то же время содержат в себе особое условие о специфическом порядке удовлетворения залогодержателем своих требований? На худой конец, почему нельзя было бы признать их договорами *особого рода (sui generis)*, хотя и не предусмотренными законодательством, но все-таки не противоречащими ему? Что плохого в том, что залогодержатель согласится признать долг погашенным с получением в собственность вещи, принадлежавшей залогодателю, или с ее реализацией не с публичных торгов, а, скажем, через комиссионный магазин? Обыкновенный ответ в том смысле, что такие условия могут существенно ущемлять интересы залогодателей и их других (кроме залогового) кредиторов, не годится: во-первых, «могут» еще не значит «ущемляют»; во-вторых, само по себе «ущемление» (даже если оно в каком-то конкретном случае и будет

установлено) никогда не было и не является основанием для констатации недействительности или незаконности договора, а в-третьих, как же быть со свободой договора? В конце концов залогодатель *сам* (!) его заключил, сам подписал – с какой же стати вдруг игнорировать это обстоятельство? Чем он «хуже» (или, наоборот, «лучше») своего контрагента? Ну а что касается интересов других кредиторов, то таковые, как известно, если и надлежит принимать во внимание (кстати, до сих пор так и не выяснено толком, почему), то лишь в том случае, когда должник (залогодатель) прекратил платежи или находится в состоянии, по иным признакам приближающемуся к банкротству. Очевидно, таковы далеко не все должники.

Третий пример – *соглашения о товарной (вещевой) неустойке*. Оказывается, и они недействительны, поскольку ст. 330 ГК РФ определяет неустойку только и исключительно как *денежную сумму*. Допустим, но что мешает опять-таки признать соглашения о товарных неустойках договорами *особого рода*, не предусмотренными законодательством, но не противоречащими ему? То, что стороны таких договоров *называют* предусмотренные ими вещевые выдачи *неустойкой*, указывает лишь на стремление к юридико-технической экономии: ну зачем нужно расписывать с нуля то, что и так уже предусмотрено в нормах ст. 330–333 ГК РФ? Если какие-то из них применимы только к деньгам, но неприменимы к товарам – ничего страшного: значит, их просто нужно изменить *mutatis mutandis* или вовсе не применять. Нет – говорят суды: раз сказали, что речь идет именно о *неустойке*, так будьте любезны договариваться о ней «как положено», в том числе выражать ее в деньгах, а не в товарах.

Еще пример. Некий гражданин рассказывал о своих злключениях следующее. Он пришел к нотариусу с просьбой удостоверить договор дарения квартиры своему малолетнему ребенку с условием о сохранении за собой права пожизненного проживания в этой квартире. «Нет, – сказал нотариус, – не могу!» «Почему?» «Потому что договор дарения должен быть... безусловным». На вопрос о том, где же такое написано, был дан не менее оригинальный ответ: «А где написано, что договор дарения *может быть* условным?» Ссылки на ст. 157 ГК РФ не помогли, ибо всякая условность, по мнению нотариуса, не позволяет характеризовать договор как безвозмездный, следовательно, лишает таковой его «дарственной» природы. Рассуждение о том, что дарится не просто квартира (не свободная квартира), а *квартира, обремененная правом пожизненного проживания*, нотариус, кажется, и вовсе не понял: «Но ведь сейчас-то этого права нет, квартира им не обременена – откуда же оно возьмется?» – рассуждал он. Пусть, дескать, собственник квартиры прямо сейчас (до дарения) такое право *в чью-нибудь пользу* (!) установит, потом квартиру (обремененную этим правом) подарит, а потом тот, в чью пользу это право установлено, уступит это право ее бывшему собственнику. Гражданин решительно отказался от подобного предложения (понятное дело). Не помогли и ссылки на ст. 1137–1140 ГК РФ о завещательном отказе и возложении, которые, как известно, не лишают наследование по завещанию свойства безвозмездности. Почему? Потому что в случае с получением имущества по завещанию возможность обременения отказами и возложениями *прямо предусмотрена* ГК РФ, а в случае с дарением – нет. На вопрос же о том, а какая разница (особенно в свете, например, ст. 59 Кодекса европейского договорного права¹⁹¹, прямо допускающего подобные обременения – как посмертные, так и прижизненные), нотариус с ответом затруднился.

Надо сказать, что диалог на этом не закончился. Гражданин предложил нотариусу удостоверить договор о передаче квартиры в собственность малолетнему *по договору пожизненного содержания с иждивением*: ребенку передается квартира, а предоставлением за нее со стороны этого ребенка (рентой) будет право пожизненного проживания дарителя (бывшего собственника – получателя ренты) в этой квартире. «Нет, – сказал нотариус, – и этого сделать невозможно!» «Почему?» «Потому что ребенок малолетний и никак не сможет предоставлять собственному великовозрастному папе ни содержания, ни иждивения». «Но ведь от него

¹⁹¹ <http://www.eurcontrats.eu/site2/docs/EuropeanContr.pdf>

и не потребуются ничего предоставлять, – убеждал несостоявшийся благодетель, – квартиру ребенок получит в собственность бесплатно, а формой пресловутого «содержания и иждивения» будет право пожизненного проживания папы в квартире!» «Невозможно, – вынес вердикт нотариус, – потому что это прямо не предусмотрено законом». «Хорошо, – согласился клиент – но ведь у нас же свобода договора! Пусть это будет и не дарение, и не рента, и не пожизненное содержание с иждивением – пусть это будет *договор, не предусмотренный законом, но не противоречащий ему*. Имеем мы право его заключить?» «Имеете, – согласился нотариус, – но я вам его не удостоверю». «Да почему же?!» «Потому что *нотариусы могут удостоверять только то, что прямо предусмотрено законом*». Прежде чем опустить занавес, не могу не задать вопроса: а зачем тогда, черт возьми, вообще нужны нотариусы?!

Уступка, залог, неустойка, условное дарение, пожизненное содержание, ограниченное одним только правом пожизненного проживания бывшего собственника... Все-таки вряд ли можно говорить о том, что перед нами совсем уж прямо повседневные, совершаемые «пачками» сделки. Нет ли каких более приземленных – почаще встречающихся – примеров ущемления свободы договора? Как ни странно, есть: достаточно вспомнить дискуссию о допустимости (или недопустимости) *консенсуального договора займа*¹⁹². Ее, кстати, так просто, наскоком, не разрешить, ведь ГК РФ прямо предусматривает *только реальную конструкцию займа*; нужно, следовательно, понять, почему, т. е. ограничить применение принципа свободы договора в данном случае теми причинами, которые побудили законодателя к данному шагу. Здесь не место выяснять таковые, поэтому ограничимся тем, что укажем решения при двух противоположных вариантах причин. Так, если таковыми стали, скажем, обыкновенные *традиции*, тянущиеся со времен римского права, то очевидно, что ими можно было бы пренебречь, а консенсуальный заем допустить (тем более, что законодатель вроде бы ничего не имеет против консенсуального кредита). Но если законодатель счел, что обязанность по предоставлению (тем паче – по получению) займа в будущем, принятая без особого за то вознаграждения, была бы *чрезмерно жестким и широким стеснением свободы частного лица* (подобным тому, который имеет место в договоре *безвозмездного оказания услуг*¹⁹³), то очевидно, что такой предел принцип свободы договора преодолеть не в состоянии.

Склонность к тому, чтобы «затолкнуть» свободу договора в прокрустово ложе договорных типов, предусмотренных ГК РФ, обнаруживают не только судьи и юристы-практики, но и ученые, прежде всего те из них, которые всеми правдами и неправдами стараются «подстелить» под свои рассуждения некую «соломку» из актов судебной и арбитражной практики. А что иное может значить многолетнее оправдание описанной выше практики в отношении той же самой уступки, залога или займа? Но можно указать и на другую, менее заметную сферу, которая тоже является прямым продолжением описываемой здесь тенденции. Вот договор розничной купли-продажи с его традиционным для нашего права определением: *продавец обязуется передать* и т. д. (п. 1 ст. 492 ГК РФ). Но всегда ли он *обязуется* что-либо передать? Что, к примеру, *обязуется передать* продавец покупателю, который самостоятельно в торговом зале уже отобрал необходимые ему товары в инвентарную корзину (тележку), или же покупателю, который, осмотрев конкретный экземпляр товара, предоставленный ему продавцом для осмотра (изучения, испытания, проверки, примерки и т. п.), одобрил его и сказал «беру»? Товары и без того находятся в фактическом владении покупателя – зачем и как их ему еще раз передавать?¹⁹⁴ Объяснения в том смысле, что товары *считаются (!) переданными* покупателю с

¹⁹² Шире – о допустимости договоров *предварительных*, направленных на заключение договоров *реальных*. Опять-таки это не вопрос настоящей статьи, но я бы ответил на него отрицательно, ибо в том своем виде, в каком конструкция предварительного договора закреплена сейчас в ст. 429 ГК РФ, она лишена всякого вообще смысла; тем паче, она не будет его иметь применительно к реальным договорам.

¹⁹³ См. об этом: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 39–40.

¹⁹⁴ К заданному вопросу можно прибавить несколько следующих. Во-первых, что же *обязуется передать* продавец поку-

момента их оплаты, не годятся, ведь речь идет о моменте совершения вымышленного, фиктивного действия – моменте, с которого товары *считаются* (а не являются!) переданными. «Не проходят» и объяснения такого рода, что «*обязательство*» продавца передать товар по договору розничной купли-продажи исполняется «*в самый момент его возникновения*»: так, извините, любой договор можно подвести под понятие обязательственного и консенсуального, вплоть до дарения, займа, ссуды и хранения. Во имя чего же предлагаются такие, мягко говоря, нелогичные объяснения? Во имя сохранения чистоты конструкции договора купли-продажи как договора только *обязательственного* и *всенепременно консенсуального*, во всяком случае, со стороны и в отношении продавца. Почему? Потому что *именно в таком* (единственно возможном!) – *обязательственном и консенсуальном* – *виде* этот договор описан в ГК РФ. О том, чтобы возбудить вопрос в том смысле, а не может ли договор купли-продажи быть не только *обязательственным*, но и *вещным*, не только *консенсуальным*, но и *реальным*, у нас никто и не помышляет. Почему? Потому что *в законе этого не написано*. Ну и что же, что не написано, ведь есть же свобода договора – разве нет? Ну да, она, конечно, есть, но... но закон-то ведь сказал, что «раз купля-продажа – то, значит, только консенсуальная», реальной, следовательно, она быть не может – не о чем и рассуждать. Ну а если не считать это куплей-продажей, а сказать, что перед нами договор, не предусмотренный законодательством, – что тогда? Тогда... а тогда непонятно что. Словом, свобода договора снова оказывается накрепко забытой, вернее, остается тем самым «коммунизмом из книжки», в который, согласно В.В. Маяковскому, «верят средне» («Мало ли что можно в книжке намолоть!»).

Выходит, что принцип свободы договора, взятый, что называется, сам по себе (абстрактно), и практикой, и наукой понимается *существенно иначе*, чем он же, но в преломлении каких-то конкретных ситуаций (*in concreto*). Пока принцип не увязывается с конкретными (и даже типовыми) ситуациями, все обстоит вроде бы гладко (см. ст. 421 ГК РФ): свободе договора как таковой полагается единственный предел – *императивные запреты положительного закона*. Даже если закон о каком-либо договоре просто молчит (не упоминает его), таковой можно заключить, его надлежит исполнять, на содействие суда и ФССП в таком исполнении следует рассчитывать. Но как только заходит речь о *конкретном договоре*, это понимание свободы куда-то немедленно улетучивается, а его место занимает совсем другое: *договор должен быть таким, чтобы его можно было ну хоть как-нибудь подвести под нормы о каком-нибудь договорном типе, который известен закону*. Ну или если не подвести, то по крайней мере найти повод к аналогическому распространению на него норм ГК РФ (закона) о каком-нибудь договорном типе¹⁹⁵, если не полностью, то хотя бы в части – по возможности в наибольшей

пателю по договору поставки, осложненному отгрузочной разнарядкой покупателя (п. 2 ст. 509 ГК РФ)? В особенности продавец, который сам является посредником, и, следовательно, для того чтобы исполнить свои обязательства перед собственным покупателем, сам будет выдавать отгрузочную разнарядку своему продавцу? Складывается ситуация, когда по договору поставки между Б и В... никто никому ничего не передает, а договор при этом... успешно исполняется, ибо предусмотренные им «обязательства передать»... прекращаются передачей товара между... А и Г. Как это объяснить? А вот вопросы второго типа: что *обязуется передать* продавец по договорам найма-продажи (ст. 501 ГК РФ)? Аренды с правом выкупа (ст. 624 ГК РФ)? Договору продажи имущества для целей его передачи в лизинг (п. 1 ст. 688 ГК РФ)? И вообще, по всем таким договорам, которые предполагают передачу приобретателю такой вещи, которая по тем или иным основаниям *уже находится в его владении* (п. 2 ст. 224 ГК РФ)? Обязуется ли, к примеру, тот, кто продает вещь, сданную внаем или находящуюся на хранении, соответственно ее нанимателю или хранителю, передать таковую приобретателям? И если да, то зачем, коль скоро она и так у него уже находится?

¹⁹⁵ Сходное, кстати сказать, явление мы наблюдаем в сфере учения о вещных правах, где понятие и признаки *вещных прав* как таковых (вещных прав в целом) оказываются живущими и существующими... сами по себе, вне связи с понятиями и признаками *конкретных субъективных прав*. В результате к числу прав, признаваемых вещными, относится целый ряд таких юридических возможностей, которые не обладают ни одним из тех признаков, что вынесены в общее определение! В то же самое время из данной категории успешно исключаются такие юридические возможности, что обладают всеми признаками вещных прав, обычно – со ссылкой на какие-нибудь их случайные особенности, о которых в определении вещных прав как таковых не поминается ни единым словом. Выявлению и разоблачению такого «подхода» по сути посвящена наша недавняя монография (см.: Белов В.А. Очерки вещного права. Научно-полемиические заметки: Учеб. пособие для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2014).

или самой принципиальной. В тех же случаях, когда это не удастся сделать в части или же в полной мере, договоры в целом или их отдельные элементы (нормы, условия) объявляются не соответствующими тем законоположениям, которые суд посчитал в данном случае применимыми, и, стало быть, рассматриваются как недействительные (ничтожные).

Описанное явление имеет множество негативных последствий. Об одном из них мы только что сказали, каковы же другие? Пожалуйста: стремление к отысканию под каждым договором хотя бы жалкого подобия положительной (законодательной) подкладки за долгие годы своего существования привело к выработке чего-то подобного условному рефлексу: *если договор, то, значит, и обязательство!* На протяжении едва ли не всей истории существования российского гражданского права и правоведения договоры воспринимались и продолжают восприниматься практикующими юристами, судьями и учеными как такие юридические факты, которые являются основаниями динамики почти исключительно одних только *обязательственных* отношений¹⁹⁶, причем в самом узком из возможных смыслов этого термина, а именно – обязательственных отношений по уплате денег и передаче имущества¹⁹⁷. Обязательства совершения каких-либо нетрадиционных, непривычных для оборота действий, а тем паче, деяний, экономическая направленность которых неочевидна, если и воспринимаются нашими судами, то с колоссальными затруднениями. Что же касается обязательств по совершению действий, ценность которых лежит *за рамками имущественных отношений* (бросить пить, курить, ругаться матом, не играть на балалайке после 5 часов вечера, прийти на свидание, спеть, станцевать и т. д.), то они по нашему российскому праву, по всей видимости, и вовсе невозможны¹⁹⁸. Ну а пытаться в каком бы то ни было российском суде получить защиту *такого* обязательственного требования, которое было бы хотя бы отдаленно подобно тому, которое один из героев известного мультсериала *South Park* (*E. Cartman*) приобрел к другому его герою (*K. Broflovski*), причем из соглашения о пари (!), нечего и думать¹⁹⁹. Да, конечно, подобные обязательства никак нельзя считать типичными; да, разумеется, вероятность их признания антиобщественными и безнравственными приближается к 100 %, а сам факт принятия их на себя мог бы послужить поводом к постановке вопроса о способности его участников вступать в юридические отношения. И тем не менее... невозможно не напомнить, что наше российское право, законодательство и доктрина, провозгласив принцип *свободы договора*, *ограничили его лишь императивами закона*, так и не выставив *ни одного содержательного критерия*, нарушение которого препятствует договору в обретении юридической (или, как сказали бы рим-

¹⁹⁶ Верно, впрочем, и обратное: рассуждая об *обязательствах*, ученые почти всегда имеют в виду *договорные* обязательства, а то и сами *договоры*. Соавторами известного «Пятикнижия» по договорному праву даже предпринята попытка представить дело так, будто бы обозначение словом «договор» обязательственных правоотношений договорного происхождения – это явление не только общераспространенное (увы!), но и... нормальное! Еще раз перефразируя помянутого выше классика, опишем ситуацию так: «Мы говорим «договор» – подразумеваем «обязательство»! Мы говорим «обязательство» – подразумеваем «договор»!» Ну в самом деле: говорить одно, а подразумевать другое – что может быть естественнее?! Увы, перед нами очередная попытка сделать хорошую мину при плохой игре, выдав банальную терминологическую путаницу за ситуацию типа «так задумано» (см. подробнее об этом: *Белов В.А.* К вопросу о соотношении понятий обязательства и договора // *Вестник гражданского права*. 2007. Т. 7. № 4. С. 239–258).

¹⁹⁷ Апогеем (если не сказать апофигеем) такого вот «про-обязательственного» подхода к гражданско-правовым договорам стало понятие «*обязательств (!!!) по приобретению и использованию исключительных прав и ноу-хау*» (разделом именно с таким названием открывается четвертый том учебника гражданского права под ред. Е.А. Суханова (Гражданское право: Учебник: В 4 т. Т. 4: Обязательственное право. Обязательства по использованию исключительных прав. Обязательства по оказанию услуг. Обязательства из многосторонних и односторонних сделок. Внедоговорные обязательства / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2006). Ознакомление с главами, составляющими этот раздел, позволяет увидеть, что в действительности речь в них идет о договорах, причем имеющих по преимуществу распорядительные, а не обязательственные последствия.

¹⁹⁸ См. подробнее об этом: *Белов В.А.* Проблемы общего учения об обязательствах // *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики* / Под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2007. С. 647–710.

¹⁹⁹ К сожалению, содержание этого обязательства таково, что никак не может быть описано в настоящей статье; интересующимся предлагаем посмотреть мультфильм или обратиться к подстрочнику (англ.): <http://southpark.wikia.com/wiki/Imaginationland/Script>.

ляне, исковой) силы. Есть намерение обязаться (создать юридические последствия?), значит, и договор налицо, и намеченные им последствия.

Невозможно и не спросить: а как же быть вот с таким, например, мнением: «...мы могли наглядно убедиться в несомненной и характерной тенденции всякого прогрессирующего гражданского права: *личность как таковая, личность во всей совокупности ее конкретных особенностей* получает себе все большее и большее признание. Перед лицом современного правосознания общество не стадо однородных человеческих особей, величин заменимых, а союз самоценных личностей, имеющих право на индивидуальность. Пусть даже эта индивидуальность значительно отклоняется от среднего типа; если только она не вредит другим, она заслуживает охраны закона. Пусть эта индивидуальность кажется нам порой *странностью, чудачеством*, нужды нет: мы должны *даже за чудачком признать право на существование*. Этого требует растущее уважение к человеческой личности, этого требует развивающееся нравственное сознание»?²⁰⁰ Ведь мнение это никто (насколько нам известно) даже и не пытался оспаривать.

Далее. Могут ли существовать договоры, являющиеся основаниями динамики не обязательственных, а каких-нибудь других правоотношений: вещных, исключительных, корпоративных, наследственных, семейных, личных неимущественных, процессуальных? Можно сформулировать вопрос и еще шире: возможны ли договоры не о правоотношениях, а о чем-либо ином, например о секундарных правах, юридических фактах, состояниях и обстоятельствах, правовых режимах, правоспособности, давности и т. п.? Несомненно, на каждый из этих вопросов должен быть дан положительный ответ – во всяком случае, ни законодательство, ни доктрина никаких ограничений на сей счет не ставят. Никаких, кроме одного-единственного, но такого, которое в современных российских условиях стóит любых других. Имя этому ограничению – *молчание*: ну нет о *таких договорах вообще* (договорах данного рода) в ГК РФ ни слова! Зато есть упоминания о *некоторых* договорах – отдельных типах, «населяющих», так сказать, наполняющих собой этот род. Вот есть, например, законодательные нормы, регулирующие *договоры об исключительных правах* – об их уступке и предоставлении на лицензионной основе, значит, такие договоры и вправду возможны²⁰¹. Затем, существует законодательное регулирование договоров уступки требований и перевода долгов – и они, стало быть, тоже имеют право на жизнь. Еще есть, к примеру, договор залога – как бы ни называть его последствия (ограниченным ли вещным правом, залоговым ли обязательством, секундарным правом, умалением правоспособности и т. д.) – неважно: раз ГК РФ о нем не забыл, значит, он вполне себе допустим.

Встречаются ли в ГК РФ нормы, регулирующие договоры, непосредственно направленные и влияющие на право собственности? Не такие, чтобы в момент своего заключения порождали *обязательство что-либо передать* в собственность, а такие, с самим заключением

²⁰⁰ Покровский И.А. Указ. соч. С. 110 и сл.; вот особенно яркое место, посвященное конкретно обязательствам неимущественного содержания: «...Говорят далее, общее признание юридической силы за обязательствами на действия неимущественные привело бы к необъятному расширению гражданского права, к распространению его на такие случаи, которые по самой природе своей противятся юридической регламентации. Перед судом потянулись бы иски об обязательстве не курить, об обещании протанцевать на балу вальс и т. д. Судебное разбирательство стало бы часто превращаться в увеселительный спектакль, совершенно недостойный для правосудия. <...> Вопрос... возбуждают только те случаи, где наличность *animus obligandi* установлена: стороны, заключая свой договор, имели определенное намерение придать ему юридическую силу; они сами стучатся в дверь гражданского правосудия, и на каком основании мы можем их оттолкнуть? Будем ли мы бояться возможностью «увеселительных спектаклей» унижить достоинство Фемиды? Но, во-первых, «увеселительные спектакли» нередки и при разборе имущественных дел, а во-вторых, гораздо более надо бояться другого: как бы нам за возможным смехом не проглядеть подлинных, реальных слез, часто связанных с нарушением неимущественных интересов...» (Там же. С. 116–117).

²⁰¹ Да и то – как отмечалось выше – с привнесением *обязательственной* составляющей хотя бы в их терминологическое обозначение – «*обязательства по реализации исключительных прав*». Какие там «обязательства», если весь смысл таких договоров в том, чтобы *заменить* обладателя известного исключительного права либо *создать новое, исключительное* же право? Да, есть там и обязательства, уплачивать деньги, например, которые к исключительным правам имеют ничуть не большее отношение, чем, скажем, к правам вещным или семейным.

которых право собственности в лице одного контрагента прекращалось, а в лице другого возникало? Или такие, с заключением которых рядом с правом собственности на известную вещь вдруг возникало бы еще и ограниченное вещное право на ту же самую вещь? По первому вопросу сразу вспоминаются договоры дарения, ренты, пожизненного содержания с иждивением, займа и банковского вклада; по второму – опять же договор залога, договор ссуды (по ст. 689 ГК РФ он может быть не только консенсуальным, но и реальным), а также (почему-то) договоры перевозки, хранения, поручения, комиссии, агентирования и доверительного управления: хотя ограниченных вещных прав на свои предметы они все-таки не создают, но титулами для владения тем не менее становятся. Что же еще? А вот взять, скажем, договор иррегулярного хранения (хранения с обезличением) – к каким последствиям приводит он? Этим вопросом лучше не задаваться, поскольку в ГК РФ прямо об этом не написано, но если уж задались, то придется ответить либо в смысле *возникновения отношений общей долевой собственности*, либо в смысле *перехода права собственности в поклаже к ее хранителю*. В любом варианте подвергается динамике право собственности, стало быть, тоже подходит.

Ну а возможен ли такой договор, по которому *право собственности на известную вещь переходит от одного контрагента к другому в сам момент его заключения*, причем контрагент, приобретающий вещь в собственность, обязуется (!) заплатить за это известную денежную сумму? Запрета нет; больше того, из п. 1 ст. 223 ГК РФ следует, что в договоре и вправду можно предусмотреть некий особый момент перехода права собственности на известную конкретную вещь – иной, чем ее передача. Очевидно, что момент заключения договора в этом смысле ничуть не хуже любого другого (например, момента оплаты). Но ведь тогда получится – страшно подумать! – *реальный (!) договор купли-продажи*. Да еще и в каком хитром варианте: он будет, так сказать, односторонне-реальный: продавец «*передает...*», а покупатель «*обязуется заплатить...*». Возможно ли это, ведь ст. 454 ГК РФ описывает договор купли-продажи как «*фигуру*», *двусторонне-консенсуальную*. Можно не сомневаться, что «фигура», имеющая те же юридические цели, что и купля-продажа, но являющаяся односторонне-консенсуальной (односторонне-реальной), будет воспринята российским правосудием в штыки²⁰². Что же касается представителей науки, то, весьма вероятно, среди них найдутся те, кто предложит какой-нибудь способ примирения обнаружившегося «несоответствия закона практике» (!!!) вроде, например, того, которое регулярно предлагается для розничной купли-продажи (исполнение обязательства в момент его возникновения). Но это будут «отдельные представители» – большинство же бросится наперегонки защищать диссертации об изменениях и дополнениях, которые надлежит срочно внести в ст. 454 ГК РФ.

А вот другой вопрос: возможно ли заключить такой договор, по которому известное право собственности будет подвергнуто определенным ограничениям? Ну, скажем, договор купли-продажи... *на время*, т. е. договор, в соответствии с которым продавец обязуется передать, а покупатель принять и оплатить известную вещь, но право собственности по которому переходит к покупателю не навсегда, а, скажем, на год, после чего автоматически возвращается продавцу? Средством обеспечения исполнения такого договора вполне естественно сделать *договорный запрет распоряжения купленной вещью*, накладываемый на покупателя. Или – другой вариант – нормальный договор продажи, но *с условием о только что упомянутом договорном запрете*: пожалуйста, дескать, вещь... почти твоя, ибо распоряжаться ею в течение первого года ты вообще не можешь, в течение трех последующих – только с согласия продавца и лишь потом (т. е. по истечении четырех лет) получаешь способность распоряжаться ею вполне

²⁰² Допускаю, впрочем, и иное – позитивное – восприятие договора такой конструкции, но чем же оно может быть обусловлено? Увы, но вовсе не осмыслением и выводом о том, что ничего страшного собой такие договоры не представляют, скорее, наоборот: позитивно к нему отнесутся только те судьи, которые не заметят юридической разницы между «продавец передает» и «продавец обязуется передать», или, вернее, между «право собственности переходит в момент *передачи вещи*» и «право собственности переходит в момент *заключения договора*».

свободно и самостоятельно. А законны ли ограничения такого, например, рода: распоряжайся самостоятельно, но... только на территории, допустим, Московской области? Или только не в пользу определенных приобретателей? Или ни в коем случае не с условиями о кредите и рас-срочке – только с немедленной оплатой, да еще и непременно наличными? Законно ли усло-вие договора, стесняющее собственника известной вещи правом контрагента на принудитель-ный выкуп у него этой вещи? Или преимущественным правом ее приобретения? Или правом самопроизвольной отмены (поворота) состоявшейся было продажи? И наконец, самый главный вопрос: если договоры с подобными условиями в принципе могут быть допущены, то каковы пределы действия заложенных в них ограничений? То, что им должны подчиняться стороны, – это понятно, но непонятно другое, а именно: а) обязаны ли подчиняться им третьи лица, и если да, то откуда они могли бы узнать о таких ограничениях; б) каковы последствия их нарушения (сводятся ли они к универсальному возмещению убытков или же могут стать основаниями для того, чтобы «отмотать назад» все сделки, совершенные с их нарушениями)?

О договорах в сфере *корпоративных* отношений и прав в последние несколько лет не написал разве только ленивый. Столь высокое внимание нашей литературы к этой тематике позволяет нам ограничиться самой краткой ее характеристикой, а именно указанием на про-блему, занимающую в ней центральное, ключевое место. Мы бы сформулировали ее следую-щим образом: единодушное причисление корпоративных отношений к разряду *частных* никак не мешает отстаивать позицию о какой-то такой их «особости», которая якобы требует *самых строгих ограничений применения в них именно начала свободы договора*: дескать, частное-то оно, конечно, частное, но... со свободой договора тут надо быть поаккуратнее. Не стесняются занимать такую позицию и те наши ученые, которые относят корпоративные права к числу *субъективных гражданских прав*: гражданские-то они, конечно, гражданские (и к тому же субъективные), но... но ведь нет же в разд. IV ГК РФ об отдельных видах обязательств такой главы, как «Обязательства по приобретению и осуществлению корпоративных прав»? Нету! Значит, и начало свободы договора тут... ну не то, чтобы прямо уж совсем не работает, но... работает как-то «не так».

Здесь не место входить в содержательное обсуждение вопросов о том, правильна ли дан-ная точка зрения и в достаточной ли степени она обоснованна. Для наших целей вполне доста-точно отметить только то, что мы с ней категорически не согласны²⁰³, но в то же время не можем не признать, что она, увы, уже успела сделать свое «черное дело»: на сегодняшний день *акци-онерные соглашения и вообще корпоративные договоры* (иначе еще называемые договорами об осуществлении прав участников корпоративных организаций) *воспринимаются практикой исключительно в той части и мере, в которой они находят себе прямое оправдание в законе*, т. е. в ст. 32¹ Закона об АО, п. 3 ст. 8 Закона об ООО, а с недавних пор (с 1 сентября 2014 г.) – и в ГК РФ (ст. 67²). И хотя во всех трех нормах возможное содержание корпоративных дого-воров описывается только примерным, неисчерпывающим образом – на что недвусмысленно указывают фразы о возможности согласованного совершения «иных действий» (Закон об АО), «в том числе» (Закон об ООО) и обе эти фразы (ГК РФ) – не дай вам Бог, уважаемые участ-ники корпорации, договориться о чем-то таком, что не подходит под какой-нибудь из вари-антов договоренности, прямо предусмотренный законом! Ну а уж если вы задумали догово-риться не только друг с другом, но и «втащить» в свой тесный, так сказать, круг, каких-нибудь сторонних лиц (к примеру, держателей опционов на акции вашей корпорации, ее менеджеров, иных сотрудников, кредиторов, наконец) – так и вовсе, пиши пропало, соглашение...

²⁰³ См.: Бабкин С.А. Принципы диспозитивности и свободы договора в корпоративном праве России // Корпоративное право: Актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2009. С. 134–160. Наши воззрения весьма близки к основным положениям именно этой статьи.

Проблематика договоров в области наследственных, семейных и личных неимущественных прав и отношений в отличие от проблематики, связанной с правами и отношениями корпоративными, в нашей литературе почти не обсуждается. Почему? В свете сказанного выше ответ легко угадать: да просто потому, что о возможности таких договоров *ничего не сказано в законе!* Свобода свободой, но... законодатель должен как-нибудь ее... подтвердить что ли, а желательно еще и обозначить направления ее реализации. Вот, к примеру, СК РФ несколько таких направлений указывает: согласно его нормам можно заключить соглашение о разделе совместно нажитого в период брака имущества (п. 2 ст. 38), брачный договор (ст. 40–46), а также соглашения о присвоении ребенку имени и фамилии (п. 2 и 3 ст. 58, п. 2 ст. 134), об определении места жительства ребенка (п. 3 ст. 65), о порядке осуществления родительских прав (п. 2 ст. 66), конечно, об уплате алиментов (п. 1, 3 ст. 80, ст. 99–105 и сл.) и ряд договоров, направленных на обеспечение устройства детей, оставшихся без родительского попечения (п. 6 ст. 145).

Все. За эти рамки – ни-ни, ибо за ними отнюдь не свобода договора, а черная пустота. Договориться, например, о свидании, о помолвке, об обязанности дать приданое, о правовом режиме этого приданого, о его судьбе при прекращении брака, об обязанности что-либо уплатить или предоставить в случае, если к определенному времени известные лица вступят в брак (расторгнут брак, родят детей и т. п.), об обязанности при заключении брака взять определенную фамилию, а при расторжении брака ее сменить, согласовать график исполнения так называемых супружеских обязанностей и т. д., увы, уже не получится. А чтобы на сей счет не оставалось сомнений, вот вам п. 3 ст. 42 СК РФ: «...*брачный договор не может ограничивать правоспособность или дееспособность супругов, их право на обращение в суд за защитой своих прав; регулировать личные неимущественные отношения между супругами, права и обязанности супругов в отношении детей; предусматривать положения, ограничивающие право нетрудоспособного нуждающегося супруга на получение содержания; содержать другие условия, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение или противоречат основным началам семейного законодательства*». Ну ясно, что не только «брачный» – и ни один другой.

В цитированной норме – квинтэссенция отношения нашего законодателя (а заодно судей, сотрудников правоохранительных органов, да и, что греха таить, немало числа лиц, аттестующих себя учеными) к договорам в сфере *семейных, неимущественных, а отчасти и процессуальных отношений*: предполагается, что если частным лицам (по крайней мере гражданам) разрешить договариваться о неимущественных материях, то они как минимум или поставят контрагента, или сами попадут «в *крайне неблагоприятное положение*», а то и встанут на совсем уж скользкий путь «*противоречия основным началам... законодательства*». То есть законодатель и К^о смотрят на граждан то ли как на неразумных малых детей, за которыми нужен глаз да глаз (как бы чего не натворили!), то ли как на законченных негодяев (которые, только дай им волю, начнут или сами в полное холопство продаваться, или продавать своих детей), а на себя – то ли как на заботливую няньку, то ли как на Господа Бога (ибо один Господь воистину благ и соответственно только он один точно знает, чего людям на самом деле нужно). Но почему?! Откуда взялась такая странная презумпция – презумпция, в «подкладку» которой «вшиты» и неразумность, и недобросовестность, да еще и незаконность!

Про договоры в сфере *наследственных прав и наследственного правопреемства* у нас почему-то вообще рассуждать не принято: кажется, большинство юристов считает, что в этой сфере никаких договоров нет и по определению не может быть. Ну разве что соглашения о разделе наследства (ст. 1165 ГК РФ), а также общегражданские договоры, заключение которых может оказаться потребным для охраны наследства и управления им (ст. 1171–1173 ГК РФ). И что же – все?

А на основании чего, позволено будет спросить, совершаются акты отказа от наследства? Да, конечно, они могут быть совершены исходя и из *простого благорасположения* отказывающегося от наследства наследника к лицу, в пользу которого осуществляется отказ, но что могло бы им помешать заключить соответствующее *соглашение* – *соглашение об отказе от наследства*, причем чисто коммерческой направленности? Так, мол, и так. Одна сторона, наследник такой-то, настоящим отказывается (или обязуется отказаться) от наследства в пользу другой стороны, наследника такого-то, а другая сторона уплачивает (а то и обязуется уплатить) за это определенную денежную сумму (передать вещь, выполнить работу, оказать услугу и т. д.). Чему такое соглашение противоречит? Какую угрозу для безопасности российского государства и общества оно представляет? Ясное дело – и не противоречит, и не представляет. Но попробуйте вытащить такое соглашение в суд – столько нового там узнаете!

Такая же – незавидная – судьба ожидает и *соглашения*, к примеру, о *продаже будущего наследства*, а также об *уступке наследственного права* – права принятия уже открывшегося наследства (до революции такие соглашения у нас назывались «*улиточные записки*»). Последние не спасет, кстати сказать, даже соображение о том, что право на принятие наследства, в принципе, уже сейчас может менять своего обладателя, переходя в случае его смерти к его наследникам по закону или завещанию в порядке так называемой *наследственной трансмиссии*: проблему увидят в том, что наследственная трансмиссия предусмотрена законом (ст. 1156 ГК РФ), а договор уступки наследственного права нет²⁰⁴. Далее, возможно ли по соглашению отказаться от права принятия наследства? От права на обязательную долю в наследстве? От преимущественного права наследования? Можно ли установить договором особый срок осуществления наследственного права? Допустим ли договор об оказании услуг душеприказчика – исполнителя завещания? Договор, обязывающий наследодателя завещать (или, наоборот, не завещать) известное имущество определенным лицам и (или) на определенных условиях? Договор, изменяющий круг наследников или устанавливающий особые условия действительности завещания? Наконец, возможно ли заключить такой договор, который в случае смерти одной из его сторон (наследодателя) *сам станет самостоятельным основанием для наследования* – так называемый *наследственный договор*²⁰⁵ – или для иного, сингулярного посмертного правопреемства?²⁰⁶ Не нужно быть даже отдаленно знакомым с нашей судебной

²⁰⁴ К тому же право приобретения наследственного имущества может входить в содержание права на обязательную долю в наследстве (ст. 1149 ГК РФ) или преимущественного права на некоторые категории вещей (ст. 1168, 1169, 1178, 1179 ГК РФ) – прав, которые, согласно господствующему мнению, являются строго личными, т. е. вообще не могут поменять своего обладателя и, следовательно, не могут быть уступлены.

²⁰⁵ Попытку внесения в ГК РФ ст. 1185¹–1185⁷, посвященных наследственному договору, представляет собой проект ФЗ № 295719-6 «О внесении изменений в раздел V части третьей ГК РФ», внесенный депутатами Государственной Думы ФС РФ О.В. Савченко и Р.С. Ильясовым аж 13 июня 2013 г., но пока не добравшийся даже до первого чтения (см. выписку из протокола заседания Совета ГД ФС РФ от 13 октября 2014 г. № 196). Текст законопроекта и названной выписки см. в СПС «КонсультантПлюс».

²⁰⁶ О такой возможности ныне прямо упоминается в трех нормах: абзаце втором п. 2 ст. 596, абзаце первом п. 2 ст. 934 и абзаце втором п. 1 ст. 1024 ГК РФ. Из перечисленных наиболее известна вторая: она исключает возможность перехода к наследникам застрахованного лица требования *по такому договору личного страхования, в котором на случай смерти назначен иной выгодоприобретатель*. Что же касается первой и третьей норм, то они позволяют в договорах пожизненной ренты и доверительного управления предусмотреть особую – иную, чем предусмотрена законом, – судьбу доли в требовании пожизненной ренты и требования выгодоприобретателя в случае смерти их обладателей. Никаких ограничений насчет того, какой могла бы быть эта самая «иная» судьба ни в одном из этих двух случаев ГК РФ не установил; возможно, следовательно, установить соответствующим договором, что доля в праве получателя пожизненной ренты (право выгодоприобретателя) *переходит по смерти его обладателя к определенному договором лицу или лицам*, в том числе не являющимся его наследниками. Закономерен вопрос: если договорами 1) *пожизненной ренты*, 2) *личного страхования* и 3) *доверительного управления* можно установить, что по смерти лица – обладателя известных требований из этих договоров соответствующие требования переходят не к наследникам, а к иным лицам, т. е. фактически договориться об особом порядке посмертного правопреемства, не тождественном наследственному, то почему нельзя поступить подобным образом и с требованиями, возникшими из других договоров, например купли-продажи, аренды, подряда, хранения, комиссии? Шире: почему нельзя поступить подобным образом с иными – не являющимися требованиями – правами, например с тем же самым правом собственности?

практикой – достаточно иметь самое приблизительное представление о содержании «наследственных» норм нашего ГК, чтобы дать на все эти вопросы безусловный и категорический *отрицательный* ответ.

Чуть лучше (хотя в целом – столь же безрадостно) обстоит дело с договорами, направленными на распоряжение *процессуальными правами*. К числу тех, о возможности заключения которых прямо сказал закон (и которые в силу этого обстоятельства обычно ни у кого не вызывают подозрений), относятся соглашения об обязательности соблюдения *претензионного порядка* урегулирования частноправовых споров (ч. 5 ст. 4 и др. АПК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 135 и др. ГПК РФ), о передаче спора в третейский суд – *третейское* или *арбитражное* соглашение (ч. 6 ст. 4 и др. АПК РФ, ч. 3 ст. 3 ГПК РФ), о *подсудности* (ст. 37 АПК РФ, ст. 32 ГПК РФ) или (для спора с участием хотя бы одного иностранного лица) об *определении компетенции* (ст. 249 АПК РФ, ст. 404 ГПК РФ), *мировое* соглашение (ч. 4, 5 ст. 49, ст. 138–142 АПК РФ, ч. 1, 2 ст. 39, ст. 173, 326¹, ч. 2 ст. 439 и др. ГПК РФ), в том числе заключаемое по правилам о нем соглашение о примирении (ст. 190 АПК РФ), соглашения об *оценке фактических обстоятельств* (ст. 70 АПК РФ) и о *распределении судебных расходов* (ч. 4 ст. 110 АПК РФ, ч. 2 ст. 101 ГПК РФ). С некоторыми оговорками к числу соглашений о правах процессуальных можно отнести соглашения, способами заключения которых являются акты *отказа истца от иска* (ч. 2, 5 ст. 49 АПК РФ, ч. 1, 2 ст. 39, ст. 173, 326¹ ГПК РФ) и *признания иска ответчиком* (ч. 3, 5 ст. 49 АПК РФ, ч. 1, 2 ст. 39, ст. 173, 326¹ ГПК РФ). И опять-таки все.

Можно ли договориться о чем-то еще и (самое главное!) будет ли такая договоренность: а) подлежать принудительному исполнению и б) обязательной для суда? Представим себе, например, соглашение, по которому одна сторона *обязуется* в случае признания другой стороной факта нарушения, допущенного ею при оценке закупочных заявок, *не оспаривать договор купли-продажи*, заключенный по результатам таких закупок (или (что еще интереснее) *отказывается от принадлежащего ей права* на оспаривание договора купли-продажи)? Или соглашение, одна сторона которого... *уступает* другой стороне принадлежащее ей *право на иск* (допустим, виндикационное притязание²⁰⁷), а это последняя обязуется уплатить за него определенную денежную сумму – допустимо ли оно? Или соглашение, ограничивающее сторону в возможности предъявления определенных исковых требований? Представления определенных аргументов и доказательств? Заявления определенных возражений? А мыслимы ли соглашения, направленные не на сужение, а, наоборот, на *расширение* процессуальных возможностей стороны, скажем, на восстановление пропущенного срока обжалования известного судебного акта (сторона такая-то не будет возражать против принятия к рассмотрению и рассмотрения по существу апелляционной жалобы стороны такой-то по делу такому-то, за что другая сторона обязуется уплатить ей сумму такую-то)? Подчеркиваем, мы не говорим о соглашениях, заключенных под влиянием угрозы, обмана, насилия, иного давления на ограничиваемую ими сторону, – ни в коем случае! Речь идет о соглашениях, абсолютно «нормальных», т. е. со всех точек зрения законных, рациональных и объяснимых – почему бы нет?

Ну и, наконец, совсем неопределенны перспективы договоров, направленных не на возникновение, изменение или прекращение гражданских правоотношений, а на иные юриди-

²⁰⁷ Впрочем, для представителей ярославской цивилистической школы положительное решение этого вопроса не подлежит никакому сомнению (см.: Крашенинников Е.А. Цессия виндикационного притязания // Построение правового государства: вопросы теории и практики: Тез. докл. обл. науч. – практ. конф., 28 нояб. 1990 г. / Отв. ред. В.В. Бутнев. Ярославль: ЯрГУ, 1990. С. 54–58; Воиатко А.В. К вопросу об уступке виндикационного притязания // Правоведение. 2000. № 3. С. 141–145; Тимофеев А.В. К вопросу о цессии виндикационного притязания // Юридические записки студенческого научного общества: Сб. тезисов науч. студ. и аспирант. конф. юрид. ф-та ЯрГУ. Вып. 1. Ярославль: ЯрГУ, 2001. С. 34–36; Воиатко А.В. О допустимости уступки виндикационного притязания // Очерки по торговому праву: Сб. науч. тр. Вып. 12 / Под ред. Е.А. Крашенинникова. Ярославль: ЯрГУ, 2005. С. 60–63). Но только для них! По преимуществу же виндикационное притязание считается *элементом содержания права собственности*, который никак не может быть предметом изъятия из него и отдельного от него отчуждения.

ческие последствия. В наиболее благоприятном положении находятся договоры, направленные на предоставление и прекращение *вторичных прав*, но, думается, это лишь потому, что мало кто отличает их от прав субъективных; в наименее благоприятном – договоры о *правоспособности* и *дееспособности*, отличительной чертой которых является их *универсальность*, или, лучше сказать, расчет на не определенный заранее круг ситуаций и отношений. Договор, по которому некто обязуется перед другой стороной не приобретать известной вещи в течение определенного срока и у определенного лица, – это еще, как говорится, туда-сюда. Можно обсуждать, хотя и с не вполне ясным эффектом для сторон, третьих лиц и суда (см. об этом ранее). Но договор, по которому кому-либо воспрещается в принципе приобретение вещей *известного рода и качества*, или договор с *неопределенно-срочным* запретом либо ограничением, как и, наконец, договор, урезающий возможность юридических контактов с лицами *известных категорий* (тем паче – такую возможность в принципе, т. е. возможность контактов *со всяким и каждым*), почти наверняка будет «отправлен в нокаут» единственным, но неотразимым «ударом» сделки, направленные на ограничение правоспособности, недействительны.

Ну а можно ли договариваться о *юридическом значении фактических обстоятельств*, т. е. наделять факты реальной действительности таким значением, которое им не придает закон? Казалось бы, ну а почему же нет? Ранее мы, например, уже говорили о возможности связать переход права собственности по договору купли-продажи с фактами *заключения договора* или *оплаты товара* – вот как минимум два фактических обстоятельства, юридическое значение которым придается сторонами договора. Но раз мыслимы два, значит, наверняка существуют и другие – нет? И да, и нет: да – потому, что именно так и должно быть; нет – потому, что и здесь юристы (как ученые, так и практики) не без некоторого садомазохистского удовольствия накладывают и на себя, и на право уже набившее оскомину ограничение: *возможность договариваться об особом юридическом значении фактических обстоятельств существует только тогда, когда она предусмотрена законом* (в нашем примере – п. 1 ст. 223, ст. 491 и 501 ГК РФ).

Ну а если такая возможность не предусмотрена или вовсе, не дай Бог, имеет место нечто похожее на несоответствие хоть какой-нибудь норме закона (даже той, при принятии которой явно ничего подобного в виду не имелось и иметься не могло), то и цистероновского красноречия не хватит, чтобы спасти сделку. В одной из наших статей мы уже приводили примеры судебных актов, «убивавших» такие, в частности, договорные условия о сроках платежа, которые исчислялись: 1) «от даты окончательного оформления покупателем права собственности на земельный участок» под строением, расположенным по определенному адресу²⁰⁸; 2) со времени «окончания месяца реализации товара» покупателем третьим лицам²⁰⁹; 3) «...с даты поставки товара... при условии своевременного предоставления поставщиком счета на поставленный товар»²¹⁰; 4) «...со дня получения товара покупателем счета-фактуры, оформленного в соответствии с действующим налоговым законодательством РФ»²¹¹; 5) с момента выставления продавцом покупателю счета на оплату²¹²; 6) с момента «...письменного уведомления о полном изготовлении комплекта ограждающих конструкций»²¹³. Почему? Чем арбитражным судам «не угодили» подобные условия? Оказывается – противоречием ст. 190 ГК РФ, согласно которой срок в сделке может определяться либо 1) календарной *датой*, либо 2) *периодом* времени, либо 3) указанием на *неизбежное* (!) событие, а в наших примерах сроки исчисляются

²⁰⁸ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 4 мая 2010 г. по делу № А33-11650/2009.

²⁰⁹ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 22 апреля 2011 г. по делу № А45-10559/2010.

²¹⁰ Постановление ФАС Московского округа от 17 марта 2010 г. № КА-А40/2036-10 по делу № А40-24775/09-92-87.

²¹¹ Постановление ФАС Поволжского округа от 26 октября 2010 г. по делу № А12-8940/2010.

²¹² Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25 марта 2010 г. по делу № А56-20175/2009.

²¹³ Постановление ФАС Уральского округа от 16 июля 2007 г. № Ф09-5359/07-С5.

иным образом. Даже если это так (в чем мы не уверены), невозможно не спросить: и что же? Ну, допустим, что и иным – разве кому-то от этого стало плохо? Частные лица сами договорились *именно о таком* юридическом значении, которое предопределяется существом их отношений, и придали его *именно тем* фактическим обстоятельствам, которые они сами сочли принципиальными и в свете опять-таки особенностей своих отношений, – так и в чем проблема? Кто же, как не сами частные лица – участники соответствующих отношений, может знать лучше об их же собственных интересах и потребностях? Уж во всяком случае не законодатель.

Конечно, в нашем законодательстве имеются и *случаи прямого запрета* заключения соглашений по некоторым вопросам. Такова, например, ст. 198 ГК РФ, называемая «Недействительность соглашения об изменении сроков исковой давности» и постановляющая (абзац первый), что *«[с]роки исковой давности и порядок их исчисления не могут быть изменены соглашением сторон»*. Было бы интересно, конечно, послушать обоснование этой нормы, ибо оно отнюдь не очевидно²¹⁴ – во всяком случае, подобное запрещение не составляет безусловно необходимого элемента института исковой давности, присущего всем без исключения правовым системам и актам, – но нас сейчас интересует не это, а законодательные запреты договариваться по тем или иным вопросам. Вот другой пример подобного запрета (кстати, чуть более мягкого): «*Полный или частичный отказ гражданина от правоспособности или дееспособности и другие сделки, направленные на ограничение правоспособности или дееспособности, ничтожны, за исключением случаев, когда такие сделки допускаются законом*» (п. 3 ст. 22 ГК РФ). Или:

«Корпоративный договор не может обязывать его участников голосовать в соответствии с указаниями органов общества, определять структуру органов общества и их компетенцию» (абзац первый п. 2 ст. 67² ГК РФ). И так далее: в рамках одной только части первой ГК РФ есть еще п. 5 ст. 53¹, абзац четвертый п. 1 ст. 67, п. 3 ст. 71, п. 3 ст. 75, п. 2 ст. 77, п. 2 ст. 188, абзац второй п. 3 ст. 334, абзац второй п. 2 ст. 340, п. 4 ст. 348, п. 3 ст. 349, п. 7 ст. 358, п. 2 ст. 400, п. 4 ст. 401, п. 5 ст. 426, п. 2 ст. 430. Опять-таки являются обсуждаемыми основания и целесообразность каждого такого запрета, но по крайней мере в практическом отношении дело с ними обстоит просто и понятно: запреты эти надо соблюдать, ибо *всякий договор «должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения»*. Но с точки зрения логики это означает лишь следующее: *за пределами этих и им подобных – прямо выраженных законом – запрещений частные лица вправе договариваться о чем угодно и как угодно*.

К сожалению, этому выводу не вполне соответствует предписание п. 4 ст. 421 ГК РФ, согласно которому *«[у]словия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами (статья 422)»*. И наука, и практика читает заключительную часть выделенной фразы в том смысле, что *безусловно обязательным для договаривающихся сторон и не подлежащим никаким с их стороны изменениям является все написанное в законе*, в том числе и такие нормы, в отношении которых законодатель не сделал оговорку о недействительности (ничтожности) договора, им не соответствующего. Почему? А потому что наряду с нормами, содержащими оговорку о *ничтожности договоров, им не соответствующих*, наш ГК оказался

²¹⁴ К тому же на фоне предписания п. 2 ст. 199 ГК РФ о применении давности «*судом только по заявлению стороны в споре*, сделанному до вынесения судом решения» сама норма выглядит не вполне результативной: сторонам достаточно (кстати, быть может, действующим во исполнение заключенного ими «джентльменского» соглашения) просто промолчать (воздержаться от заявления о применении давности) и судья, как бы он ни скрипел зубами, вынужден будет рассмотреть спор по существу *независимо от истечения давности*. Таким образом, даже несмотря на запрет абзаца первого ст. 198 ГК РФ стороны все равно имеют в своем распоряжении средства для того, чтобы *увеличить исковую давность* в сравнении с установленной законом на сколь угодно длительный срок.

«наводнен» и нормами, содержащими оговорки типа *«если иное не предусмотрено договором»*. Сам факт их наличия ограничивает возможность договариваться *только теми вопросами, для которых закон сделал такую оговорку*. Внутренняя противоречивость сложившегося общего подхода (только что здесь описанная) не замечалась – во всяком случае, нам неизвестно, чтобы в литературе на нее кто-нибудь указывал. Делу его упрочения и распространения во многом способствовало содержание ст. 168 ГК РФ в ее первоначальной редакции, признававшей *всякую* сделку (стало быть, и всякий договор), не соответствующую *каким бы то ни было* (любым) требованиям закона, *ничтожной*.

Вполне понятно, что предпосылкой изменения сложившегося и, казалось, незыблемого положения вещей стало изменение ст. 168 ГК РФ, произведенное ФЗ от 7 мая 2013 г. № 100-ФЗ, вступившее в силу с 1 сентября 2013 г. Прежняя презумпция (а на деле – непреложное правило) *ничтожности* сделок, не соответствующих требованиям закона или иного нормативно-правового акта (незаконных сделок), сменилось презумпцией их *оспоримости* (п. 1 ст. 168). Опровергаться она может путем *специального указания закона об ином*, в том числе о ничтожности незаконной сделки или иных ее последствиях. Примером подобного специального указания служит п. 2 этой же статьи: он исключает из презумпции оспоримости такие незаконные сделки, которые *посягают «на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц»*, т. е. такие сделки, которые являются *не только незаконными, но еще и противоправными*. К ним применяется прежняя презумпция ничтожности, которая может быть опровергнута опять-таки при помощи указания закона об ином, в том числе об оспоримом характере незаконно-противоправных сделок или иных их последствиях.

Ну а попыткой изменения традиционного подхода, оттолкнувшейся от описанной предпосылки, явилось, несомненно, Постановление № 16 – один из последних актов, оставивший о себе неизгладимую во всех отношениях память, совершенно особой, можно сказать, *научно-судебной* инстанции. Видимо, признав свое бессилие в разрешении конфликта между двумя противоположными выводами, каждый из которых имеет основание в действующем законодательстве («действительны все незаконные договоры, кроме прямо объявленных законом ничтожными и успешно оспоренных в суде» и «действительны только те договоры, которые заключены во исполнение прямого законодательного разрешения»), разработчики Постановления № 16 решили подойти к проблеме немного с другой стороны, а именно – истолковав выражение «императивные нормы», употребленное п. 4 ст. 421 ГК РФ (п. 1). Основные положения Постановления № 16, изложенные в их агрегированном, как сейчас говорят, виде, сводятся, во-первых, к *презумпции диспозитивности любой нормы любого законодательного акта* (п. 4), которая, во-вторых, *в каждом конкретном случае должна быть доказательно опровергнута* посредством ее либо *текстуального* (п. 2), либо *телеологического* (п. 3) толкования, причем – и это в-третьих – *одна и та же норма закона в различных делах может быть истолкована по-разному*: в одних – как императивная, а в других – как диспозитивная. Последующие пункты (5–11) Постановления № 16 имеют гораздо меньшее значение (и для нашей темы, и вообще), исключая, может быть, п. 8, из которого ясно, что *даже признание той или иной нормы закона императивной само по себе еще не является гарантией реализации основанных на ней требований или возражений*.

К сожалению, «лебединая песнь», пропетая Пленумом ВАС, не приобрела того значения, на которое, по всей видимости, надеялись ее «авторы» и «исполнители»: практика арбитражных судов акцентировала внимание только на п. 5–11 этого документа, а первых четырех предпочла не заметить; суды же общей юрисдикции, кажется, и вовсе не знают о существовании данного документа. Не имея статистических данных социологических опросов или хотя бы их репрезентативной выборки, невозможно судить, почему так произошло, – быть может, оттого, что п. 5–11 предоставили судам целый ряд возможностей, которых у них прежде вовсе не было, а по законодательству так и до сих пор нет (включая, кстати говоря, и такую, как

самостоятельное, не зависящее от желания сторон формирование и формулирование условий конкретных договоров). Может быть, проблема отчасти лежит и в самих тезисах, сформулированных в п. 1–4, в частности в тезисе о возможной «императивно-диспозитивной» изменчивости в квалификации одной и той же нормы. Как бы то ни было, но толчком к изменению отношения науки и (главное!) практики к пониманию и применению начала свободы договора Постановление № 16 так и не стало. Очевидно, толчок для такого изменения должен быть куда более серьезным – и более сильным, и более авторитетным – *законодательным*, тем более что текущий момент предоставляет, как кажется, все условия для этого самого толчка.

В самом деле, ведь в настоящее время осуществляется, как известно, реформа гражданского законодательства²¹⁵. Среди прочих законоположений, предложенных для реформирования законопроектом № 47538-6 (принятым в первом чтении Государственной Думой ФС РФ 27 апреля 2012 г. и впоследствии разделенным на ряд более мелких законопроектов самостоятельной судьбы), ряд норм из гл. 27 ГК РФ, т. е. тех, что составляют общие положения договорного права. К сожалению, ознакомление с текстом соответствующего законопроекта (№ 47538-6/10) свидетельствует, что ни одну из перечисленных здесь проблем не только не предполагается решить, но и даже просто сформулировать. Задачи реформирования этого раздела столь скромны, что и реформированием-то их называть не совсем правильно. По утверждению авторов Пояснительной записки, «проект *восполняет некоторую неполноту норм действующего ГК РФ, определяющих понятие и виды обязательств, что вызывало [видимо, вызывающую. – В.Б.] определенные сложности в практике их применения*»; «изменения и дополнения правил об ответственности за нарушения обязательств... направлены в первую очередь на *активизацию применения участниками имущественного оборота такой формы ответственности, как возмещение убытков*»; наконец, «в части, касающейся общих положений о договоре, проектом предлагается *несколько уточнить* правовое регулирование типовых договорных конструкций» и поработать над «обеспечением стабильности заключенных договоров». «Восполнить» и «уточнить» – задачи частные, несистемные; «обеспечить стабильность» – вообще не задача, ибо она неконкретна; пожалуй, только активизация применения норм о возмещении убытков – задача и системная, и важная – вот только к тематике нашей статьи отношения не имеющая. О развитии начала свободы договора – ни слова.

Ознакомление с самим проектом свидетельствует о том, что небольшие изменения интересующих нас норм в нем все-таки предложены. Ими являются дополнения к п. 2 ст. 421 и п. 3 и 4 новой статьи 450¹ ГК РФ: 1) первое состоит в том, чтобы закрепить принцип, согласно которому *к договорам непоименованным не станут применять правила об отдельных видах договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами*, если только эти договоры не будут обладать признаками, указанными в п. 3 ст. 421, т. е. признаками смешанных договоров (и в этом случае, надо понимать, будет работать правило о применении «в соответствующих частях правил о договорах, элементы которых содержатся в смешанном»); 2) второе – в том, чтобы *допустить возможность одностороннего отказа от осуществления своих прав по двусторонне-коммерческим договорам*. И все. Но этого – как позволил, кажется, показать предшествующий текст статьи – очень мало. Статья 421 ГК РФ нуждается не в точечном латании, а в кардинальном переписывании, дабы наряду с уже отраженными в ней аспектами принципа свободы договора закрепить еще ряд других начал, современной практикой не признанных совсем, а наукой допускаемых только на словах. Подытожим сказанное выше (постараемся не повторяться).

1. Статья 421 ГК РФ должна открываться пунктом с новым, неизвестным ныне содержанием, очерчивающим сферу применения гражданско-правового договора и соответственно

²¹⁵ См. об этом еще одну нашу работу – на этот раз чисто информационного, справочного характера: Белов В.А. Что изменилось в Гражданском кодексе? Практическое пособие. М.: Юрайт, 2014.

начала договорной свободы. Это должен быть пункт о *свободе договариваться по существу, содержанию и динамике любых отношений, регулируемых гражданским законодательством*, а не одних только обязательств, как принято полагать. «Стороны свободны в заключении договоров относительно своих как обязательственных, так и вещных, исключительных, корпоративных, наследственных, личных неимущественных (в том числе семейных), а также любых других типов и видов частных прав. За всеми частными лицами признается способность свободно и исключительно по своему собственному усмотрению договариваться об их содержании, возникновении, изменении, прекращении, ограничении, обременении (в том числе способами, не предусмотренными законодательством) и передаче (переходе), а также об определении условий их возникновения, существования, осуществления, охраны, защиты и других юридических действий в их отношении» – так (или приблизительно так) должен звучать один из ключевых пунктов ст. 421.

2. Далее (имея в виду вышеописанное специфическое отношение российского юридического сообщества к вопросам, касающимся договоров о право- и дееспособности) следовало бы более подробно раскрыть «хвостик» предшествующего пункта, ибо он касается как раз таки *договоров о пределах совершения действий с правами и обязанностями*, т. е. как раз тех самых пределов, которые ныне описываются с помощью категорий *право- и дееспособности*. Проект сформулированного ниже предписания из-за его большого объема было бы целесообразно разбить на два пункта (знак «—»): «Стороны свободны в заключении договоров, касающихся приобретения, реализации (осуществления, охраны, защиты) своих прав, обязанностей и иных юридических возможностей, а также их прекращения и распоряжения ими, в том числе путем отказа от них, от их реализации и распоряжения ими, об обязательствах, особых условиях или иных ограничениях в их реализации и распоряжении ими, в том числе по их осуществлению или защите определенным образом (способом), по воздержанию от их реализации и распоряжения ими (в том числе в виде отказа от обращения в суд как такового или от обращения с определенным иском, отзыва уже предъявленного иска, отказа от иска, воздержания от выставления возражений (всех или некоторых), предъявления к исполнению исполнительного листа и т. п.). – Стороны могут заключать договоры как в отношении всех принадлежащих и имеющих быть принадлежащими им прав, обязанностей и иных юридических возможностей, так и в отношении некоторых из них; как на определенный срок, так и бессрочно; стороны вправе договориться и о других пределах действия своих договоров (в том числе по территории, кругу лиц)».

3. Кроме того, представлялось бы целесообразным разместить предписания п. 1–5 ст. 421 ГК РФ в их современной (или, быть может, уточненной с учетом законопроекта № 47538-6/10) редакции, после чего сказать еще об одном – новом – аспекте проявления принципа свободы договора: это *свобода определения правового режима отношений, регулируемых договором*, т. е. не только возможность устанавливать в договоре новые, законодательству неизвестные нормы, но и возможность исключить договором применение как минимум отдельных законодательных норм, а в конечном счете – и всего гражданского законодательства Российской Федерации (кроме сверхимперативных норм), подчинив при этом договор (полностью или в части) либо праву других государств, либо правовому регулированию негосударственного происхождения (например, Принципам УНИДРУА, Принципам Ландо, *DCFR*, Принципам СЕНТРАЛ, ЕСС, актам *ISS* или *ITC* и т. п.). Разумеется, несмотря ни на какие соглашения об обратном, считаются сохраненными и подлежащими применению императивные нормы российского законодательства – об отмене п. 1 ст. 422 ГК РФ речи нет. Получится так: «С учетом статьи 422 настоящего Кодекса стороны договора свободны в подчинении его тем или иным национальным законоположениям, иностранному праву, а также нормам незаконодательной природы, в том числе актам международной частноправовой унификации, обычаям, деловым обыкновениям, введенному порядку, юридической доктрине и т. п., либо предусмотреть в договоре, что

он должен толковаться и применяется исходя исключительно из собственного текста и общих принципов права».

4. Логическим продолжением (или, вернее, завершением) предыдущего принципа должна стать *свобода договариваться о трансформации однажды определенного правового режима договорных отношений*. «Стороны свободны в установлении различного правового режима одних и тех же договорных отношений в разное время, на разной территории и в отношении различных лиц, в том числе вправе предусмотреть, что до определенного момента (на одной территории) заключенный ими договор подчиняется правилам об одном договорном типе, а после этого момента (на другой территории) – о другом; вправе предусмотреть одни правовые последствия (в том числе действительность) заключенного ими договора в их отношениях с одними лицами и другие последствия (в том числе недействительность) в их отношениях с другими лицами и т. п.».

Напрашивается, конечно, возражение: позвольте, дескать, но ведь подобных норм нет ни в одной кодификации мира! Верно – нет, но ведь нигде в мире нет и столь узкого, нарочито ограничительного практического понимания свободы договора, как у нас. И потом: «нет в мире» само по себе не означает, что этого не должно быть в России. Во многих странах есть такие вещи, которых нигде более нет, – и ничего, никто этого не только не стесняется, но порой даже на первый план выпячивает: вот, дескать, какие мы уникальные, самостоятельные и прогрессивные. Вообще, вопрос о том, вводить известные правила регулирования или не делать этого, должен решаться не с оглядкой на другие страны (есть такие правила у них или нет⁹⁸⁰), а исходя из собственных конкретно-исторических потребностей, подобно тому как покупка, к примеру, автомобиля тем или иным конкретным гражданином должна определяться соображениями о том, *нужен ли автомобиль ему лично* (и если нужен, то для чего, ибо этим будет предreshен вопрос о том, какой автомобиль следует купить), а вовсе не тем, есть ли автомобиль у соседа (и если есть, то насколько он «крут» и «наворочен»). Полезность такого института, как *benchmarking*, – она ведь даже в своей родной стихии (бизнесе) не всеми признается – что уж говорить о правовом регулировании, юридической практике и правоведении!

Другое возражение, которое может быть противопоставлено сказанному, будет состоять, очевидно, в следующем: выше мы же сами сделали вывод о том, что тому ограничительному пониманию свободы договора, которое у нас сформировалось и господствует, мы обязаны глобальной доктринальной недоработке, а именно – *отсутствию у нас общепризнанного (тем паче – узаконенного) содержательного признака понятия «договор»*. Вспомним характерное, выше цитированное место из «Основных проблем гражданского права» И.А. Покровского: *первое условие обретения договором юридической силы – выражение в нем намерения обязаться*, точнее – наделить договор юридическим значением, связать с ним правовые последствия. Допустим. Но это только «первое» условие, а где же хотя бы «второе» (не говоря уж о последующих)? О них нет ни слова. А ведь предлагаемые нами изменения не касаются ст. 420 ГК РФ, формулирующей общее понятие договора, т. е. никакого предложения по латанию концептуальной «дырки» мы не вносим, – можно ли требовать перемены следствия, не переменяя его причин?

Если такое возражение будет выдвинуто, то, увы, нам не останется ничего другого, кроме как согласиться с ним²¹⁶. Действительно, в настоящий момент мы не готовы однозначно ска-

⁹⁸⁰ Наличие соответствующих правил в той или иной стране может быть вызвано действием на ее территории каких-то таких факторов, обстоятельств и условий, которые нехарактерны для нашей страны. Правила, заимствованные в такой ситуации, пусть даже и весьма эффективные у себя на родине, у нас окажутся в лучшем случае неэффективными. Точно так же и с отсутствием известных правил. Словом, параметр «есть – нет» сам по себе ни о чем не говорит; чтобы делать какие-то выводы, следует анализировать совсем другой параметр («нужно – не нужно» или «для чего есть – почему нет»).

²¹⁶ Остается, конечно, вероятность того, что мы *ошиблись*, поставив практику ограничительного толкования свободы договора в зависимость от решения проблемы содержательной определенности понятия о юридически значимом договоре, но вероятность эта нам кажется небольшой.

зять: вот, дескать, давайте сделаем не переменным признаком всякого юридически значимого договора то-то или то-то: английское *consideration*, континентальную *causa*, континентальный же эквивалент, нашу (восточную) *форму* или что-то другое. Это направление для дальнейших исследований. И тем не менее мы полагали бы возможным инкорпорировать наши предложения в ГК РФ, не дожидаясь, пока соответствующие исследования будут проведены, поскольку формировавшаяся десятилетиями практика (да еще и при сохранении причины своего формирования) явно не сможет измениться в одночасье. Какие бы широкие формулировки насчет свободы договора ни записать сейчас в ГК РФ, должно будет пройти еще немало времени, прежде чем наши юристы (в особенности судьи и нотариусы) перестанут наконец начинать оценку всякого договора с подыскания норм законодательства, которым он противоречит или хотя бы не соответствует.

Для пущего устранения опасений возможных злоупотреблений и издержек при применении новых аспектов принципа свободы договора можно прибегнуть (на первых по крайней мере порах) и к еще одному средству. Оно следующее. Вряд ли все новые аспекты принципа свободы договора будут полезны и смогут быть реализованы в своем полном объеме во всем гражданском обороте. Очевидно, что признание ряда из перечисленных выше возможностей в отношениях, к примеру, коммерсантов с потребителями могло бы привести к злоупотреблениям со стороны первых и к ущемлению прав последних. Точно так же вряд ли имеется необходимость в последовательном внедрении всех предложенных нами начал и в отношения с участием публично-правовых образований. Но точно так же очевидно и то, что допущение и реализация таких принципов *в рамках коммерческого оборота* – двусторонне-коммерческих договоров (так называемых *договоров типа b2b*), а также в отношениях с участием иных профессиональных предпринимателей и лиц, контролирующих бизнес, представляются шагами не просто весьма желательными, но и чрезвычайно насущными. Быть может, жизнь засвидетельствует неосновательность таких ограничений. Что ж, в этом случае их нужно будет снять. Но может случиться и так, что, будучи установленными как временные, ограничения эти будут сохраняться в продолжение неопределенно долгого срока. Что ж, и в этом ничего страшного не будет, если жизнь покажет их целесообразность.

Предвидимо и третье возражение: очевидно, что возможность практического применения договоров, направленных на динамику *абсолютных* прав и правовых форм, равно как и договоров, ориентированных на отношения с участием не только их сторон, но и других лиц, будет весьма ограниченной. Ведь *договор, как известно, обязателен только для тех, кто в нем участвует* (лично или через представителя), а также посторонних, *осведомленных о существовании и содержании соответствующего договора в момент совершения действий, его нарушающих* (причем в случае надобности сторонам необходимо иметь возможность *доказать* факт такой осведомленности). Ясно, что число таких лиц – знающих о существовании договора, но поступающих в пику ему (*недобросовестных*) – обычно весьма невелико, является делом случая и обуславливается его конкретными особенностями; число же тех, чью недобросовестность *можно доказать*, еще меньше. Ясно также, что иной подход, т. е. обязательность договора не только для его сторон, но и для других лиц, может быть установлен (и в настоящий момент в ряде случаев действительно установлен²¹⁷) законом. Но эти предписания никогда не смогут составить общего правила, напротив, они всегда будут только исключениями из него. Не превратятся ли в таких условиях договоры об абсолютных правовых формах в фикцию?

²¹⁷ Об обязательности договора для его сторон см. п. 3 ст. 308 и п. 1 ст. 425 ГК РФ; для недобросовестных лиц – см. п. 1 ст. 174 ГК РФ. Кроме того, для всякого и каждого обязательны договоры: 1) о распоряжении арестованным имуществом (ст. 174¹ ГК РФ); 2) о полномочиях (п. 4 ст. 185 ГК РФ); 3) о залоге (п. 1 ст. 353 ГК РФ); 4) о запрещении уступки требования (абзац второй п. 2 ст. 382, абзац второй п. 4 ст. 388 ГК РФ); 5) о передаче индивидуально-определенной вещи (абзац первый ст. 398 ГК РФ); для определенных посторонних лиц обязательны также договоры 6) в пользу этих лиц (ст. 430 ГК РФ).

Будут ли «абсолютными» права, на которые (их наличие, содержание, динамику) можно будет ссылаться в отношениях только со строго определенным кругом лиц?

И это возражение нельзя не признать основательным. Но о чем же оно свидетельствует? О порочности ли внесенных нами предложений? Ничуть! Оно лишь предупреждает нас о том, что попытка их реализации в существующих условиях в значительной своей части окажется безрезультатной. Так в чем же дело? В том, что *нужно создать* необходимые условия для того, чтобы реализация была эффективной. Нужно создать такой институт (порядок, процедуру), который позволил бы участникам договоров ссылаться на их положения в своих отношениях не только между собой, но и со всеми другими лицами без исключения. Что это мог бы быть за институт? Очевидно, он должен иметь своей целью *осведомление неопределенного круга лиц о фактах заключения и содержании соответствующих договоров*. Такая цель могла бы быть достигнута *путем доведения участниками договора сведений о факте его заключения и (если это нужно) о его содержании (полностью или в интересующей их части) до сведения неопределенного круга лиц*. Данное действие и основанный на нем юридический институт могли бы быть названы *оглашением договора*.

Разумеется, мы не ведем речи о том, чтобы подвергать оглашению *все* договоры без исключения. В оглашении большинства договоров никакой надобности нет хотя бы потому, что они либо вовсе не претендуют на абсолютно-правовые последствия, либо если и претендуют, то только в совокупности с какими-то другими юридическими фактами, доступными наблюдению всякого и каждого без особого их оглашения. Таковы договоры *об абсолютных правах, подлежащих государственной регистрации* (т. е. вещные права на недвижимость и исключительные права патентного типа), а также договоры *о вещных правах на движимые вещи, переходящих в момент их передачи*, если только ими не планируется установить какие-либо особенности в правовом режиме таких вещей. Затем, таковы *договоры о залогах движимостей*, сопровождающихся либо передачей заложенных вещей во владение залогодержателю, либо наложением на вещи знаков, свидетельствующих об их залоге, либо, наконец, своей регистрацией в книге залогов. По сути речь во всех этих случаях как раз и идет об оглашении – только в особых формах. Во всех остальных случаях нет никаких препятствий к тому, чтобы признать за сторонами всякого договора *право* на его оглашение²¹⁸. Вероятно, следовало бы обсудить и вопрос о целесообразности закрепления в нашем законодательстве некоторого количества таких случаев, в которых оглашение договора было бы *обязательным* и без него договор не имел бы ни юридической силы, ни последствий. Опять-таки для предупреждения злоупотреблений на некий переходный период, в продолжение которого можно ограничиться тем, чтобы посмотреть, как процедура будет работать, можно ограничить право оглашения только прямо предусмотренными законом случаями²¹⁹.

²¹⁸ Соответственно если в наше законодательство когда-нибудь действительно будут внесены нормы об *оглашении договора*, то за сторонами всякого договора, который мог бы быть подвергнут оглашению, должен быть признан еще один – новый! – аспект реализации принципа свободы договора – *свобода решения вопроса об оглашении договора*. «Стороны свободны решить вопрос об оглашении заключенного ими договора, в частности о том, будут ли они прибегать к этой процедуре, что будет предметом оглашения (один только факт заключения договора, его отдельные условия или договор в целом), о том, в каких целях они станут это делать и какие последствия (одно- или двусторонние) оглашение будет производить» – вот так (или опять-таки примерно так: на формулировке мы не настаиваем) мог бы звучать новый пункт ст. 421 ГК РФ.

²¹⁹ Вопрос о том, что это могли бы быть за случаи, нуждается в дополнительной проработке. Но уже сейчас можно совершенно точно сказать, что процедура оглашения была бы весьма актуальна по крайней мере *для фактов наличия* – в отношении содержания еще нужно думать – 1) акционерных и прочих корпоративных соглашений, 2) брачных договоров, 3) алиментных соглашений, 4) договоров простого товарищества, 5) соглашений между участниками общей собственности, между соавторами и совместными патентообладателями об особенностях правового режима соответствующего имущества или объекта исключительного права 6) соглашений и условий об ограничении или запрещении распоряжения обязательственными правами (требованиями), 7) договоров ренты (включая пожизненное содержание с иждивением) и 8) доверительного управления. Кроме того, процедура оглашения делает возможным заключение целого ряда договоров, нашему действующему законодательству неизвестных, как то: об условной передаче в собственность, об определении правового режима наследственного имущества и др.

Процедура оглашения могла бы состоять либо в *публикации оглашаемых сведений*, либо в *доставлении таковых специализированному государственному органу*²²⁰. Информация, ставшая предметом оглашения, должна будет получить статус *общедоступной*, т. е. (в последнем случае) предоставляться государственным органом, отвечающим за вопросы договорного оглашения, по запросу любого заинтересованного лица за чисто символическую плату. В результате получится такой объем общедоступной информации, к которому смогут апеллировать *как участники договора в спорах с любыми третьими лицами, так и третьи лица – в спорах с участниками договора*. Нет, разумеется, никаких препятствий и к тому, чтобы оглашение было не только *дву-*, но и *односторонним*, т. е. осуществлялось бы с условием о том, что ссылаться на оглашенные сведения вправе *только участники договора* (но не третьи лица!), или наоборот²²¹.

Череда ярких во всех отношениях примеров тех договоров, оглашение которых могло бы (и должно будет) сыграть позитивную роль, была бы слишком длинной и потребовала бы дальнейшего увеличения объема настоящей статьи, и без того уже весьма разросшейся. Поэтому мы приводить этих примеров не будем. О тех юридических ресурсах, которые становятся доступными, и тех юридических возможностях, которые открываются благодаря институту оглашения договора пусть читатель пофантазирует сам (ориентируясь хотя бы на написанное выше). Нам же нужно сказать два слова о тех целях и предположительных итогах, к которым должна нас привести реализация всех предложенных в статье мер по совершенствованию общих понятий о договоре и его свободе.

Непосредственная цель, которая должна быть достигнута предлагаемыми мерами, ясна. Она заключается в том, чтобы *продвинуться по пути максимально полной и всесторонней реализации регулятивного потенциала такого института, как частный (гражданско-правовой) договор*. Такое продвижение будет связано с решением целого ряда разнообразных юридических задач – от совершенствования общей теории договора через изменение законодательства и судейского (шире – юридико-практического) менталитета к становлению судебно-договорной практики, адекватной современному этапу развития частноправовых отношений. Цель конечная – в том, чтобы *конкретизировать представление о частном происхождении и сущности гражданско-правового регулирования общественных отношений*, заложив тем самым предпосылки для создания с помощью договора особого (неизвестного закону) правового режима отдельных имущественных ценностей, имущественных масс (прав, обязанностей и их комплексов), а также нематериальных благ.

Постепенное и последовательное внедрение в жизнь предложений, сформулированных в настоящей статье, со временем должно убедить отечественных и иностранных коммерсантов в том, что не только англосаксонская, но и российская правовая система предоставляет им максимум возможностей для *самостоятельного создания наиболее удобного (благоприятного) для них и притом защищенного законом договорно-правового режима организации и ведения частной имущественной деятельности*. Если все это удастся соединить с *оперативностью, профессионализмом и независимостью судебной системы*, да еще и помножить на *благоприятный налоговый режим*, можно будет говорить о решении задачи создания привлекательного инвестиционного климата в России. А это – условие, абсолютно необходимое для решения целого ряда экономических, социальных, внутри- и внешнеполитических задач, в том числе

²²⁰ Вопрос о том, какой государственный орган будет заниматься процедурой оглашения, и о ее деталях нуждается опять-таки в дополнительном изучении. Быть может, было бы целесообразно сделать несколько таких органов – свой для каждого особого типа прав или имуществ.

²²¹ Разумеется, контрагенты, оглашающие договор только в свою, так сказать, пользу, должны понимать, что создают тем самым процессуальное неравенство в своих отношениях с другими лицами, а это может отбить у последних желание взаимодействовать со сторонами по поводу того имущества, что составляет предмет оглашенной договоренности; иными словами, одностороннее оглашение может лишить договор всякого смысла.

таких, как стабилизация финансовой системы, развитие промышленности и торговли, отмена экономических санкций и др.

С.П. Жученко

Смешанные договоры в контексте европейской (континентальной) правовой традиции

Статья затрагивает вопросы правовой природы смешанных договоров и их отграничения от смежных договоров. Рассматриваются правила, применимые к смешанным договорам в России и за рубежом (преимущественно в Германии).

Поскольку договорные последствия возникают в силу того, что стороны желают их наступления, договор выступает важнейшим проявлением частной автономии. Весь гражданский правовой порядок покоится на том фундаментальном положении, что стороны могут урегулировать свои отношения таким образом, каким посчитают нужным²²². Данное положение выражено в таком принципе, как свобода договора.

Одним из ключевых проявлений принципа свободы договора является свобода определения его содержания. По сравнению с примитивным хозяйственным бытом современный имущественный оборот уже не может удовлетвориться заранее заданным набором фиксированных договорных моделей, предлагаемых законодателем. Рыночная модель в отличие от плановой исходит из презумпции договорной свободы, предлагая типизированные договорные конструкции в помощь участникам гражданского оборота в качестве неких ориентиров для конструирования собственных отношений. Детальная же регламентация этих отношений оставляется на усмотрение самих сторон. Наоборот, в плановой экономике набор таких конструкций задает границы поведенческой свободы, выступая для государства дополнительным инструментом контроля.

Учитывая описанную роль типизированных договорных конструкций в либеральных обществах, законодатель вынужден отвечать на ряд вопросов, которые указанными конструкциями не охватываются, в результате чего появляются феномены непоименованных и смешанных договоров. В российском гражданском законодательстве эти феномены последовательно урегулированы в ст. 421 ГК РФ. Так, согласно п. 2 данной статьи стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами. В соответствии с п. 3 стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.

1. Сущность смешанных договоров и их отграничение от смежных договоров

Как следует из п. 3 ст. 421 ГК РФ, для квалификации договора в качестве смешанного достаточно, чтобы в нем содержались элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами. Иными словами, речь идет именно об элементах, а не о полноценных договорных моделях, содержащих все квалифицирующие признаки соответствующей конструкции. В связи с этим следует не согласиться с О.С. Иоффе, который считал, что заключенный договор можно тогда считать смешанным, когда он объединяет условия, объек-

²²² Разумеется, с известными оговорками, вытекающими из императивных норм.

тивно необходимые для формирования обязательств различных типов²²³. Не вызывает сомнений, что элементы смешанного договора, принадлежащие к определенному договорному типу, могут быть недостаточны для формирования соответствующего типа. Так, в п. 1 Обзора практики разрешения споров, связанных с договором мены, Президиум ВАС РФ сделал вывод, что двусторонние сделки, предусматривающие обмен товаров на эквивалентные по стоимости услуги, к договору мены не относятся, в связи с чем суд первой инстанции сделал правильный вывод, что заключенный между сторонами договор является смешанным, содержащим элементы договоров купли-продажи и возмездного оказания услуг²²⁴. Очевидно, что элемент купли-продажи здесь состоял лишь из одного признака этого договорного типа – передать в собственность вещь, в то время как сама договорная модель купли-продажи предусматривает не просто передачу вещи в собственность, но передачу ее за деньги. В рассматриваемом деле признак денежной (монетарной) возмездности отсутствовал. При этом если допустить необходимость представленности в элементе смешения всех квалифицирующих признаков договорного типа, то, скорее всего, нам придется допустить, что перед нами не смешанный договор, а простое соединение самостоятельных договоров (см. далее).

Таким образом, под элементом договора как структурной единицей смешанного договора мы должны понимать не законченную совокупность квалифицирующих признаков того или иного договорного типа, а хотя бы один такой признак. Германская доктрина, к примеру, под таким признаком чаще всего понимает предоставление (*Leistung*). При этом нужно согласиться с А.И. Савельевым и А.Г. Карапетовым, которые для характеристики такого предоставления используют не любое предоставление, а существующую в международном частном праве категорию исполнения, имеющего решающее значение для договора²²⁵. Правда, и в этом случае идентификация элемента смешения лишь по одному характерному исполнению может быть невозможна по той причине, что данное исполнение характерно для различных договорных моделей, что, в свою очередь, для правильного определения элемента смешения требует учета целого ряда дополнительных факторов²²⁶.

Для уяснения сущности смешанных договоров важным является определить их соотношение с договорами непоименованными. Из вышеприведенных, надо сказать, не самых развернутых нормативных положений выводится принципиальное разграничение непоименованных и смешанных договоров. Так, по смыслу указанных норм непоименованный договор представляет собой такой договор, который не предусмотрен ни законами, ни иными правовыми актами, в то время как смешанный договор хотя и не совпадает полностью с одной из поименованных договорных моделей, но содержит в себе отдельные элементы таких моделей.

Надо отметить, что в германском праве непоименованными договорами (*Innomenantverträge, unbenannte Verträge*) называются все те построения, которые лежат за пределами договоров, поименованных в их чистом виде, т. е. 1) собственно непоименованные договоры, как они понимаются в отечественном праве, 2) смешанные договоры. В то же время нашему понятию непоименованного договора соответствует германское понятие «договора, чуждого урегулированным договорным типам» (*typenfremde Verträge*)²²⁷, хотя встречается и более знакомое нам словоупотребление – «договоры *sui generis*»²²⁸. Указанная дихотомия воспринята также в швейцарской литературе²²⁹.

²²³ Иоффе О.С. Обязательственное право. М.: Юрид. лит., 1975. С. 38.

²²⁴ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69.

²²⁵ Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. М.: Статут, 2012 (СПС «КонсультантПлюс»).

²²⁶ Там же.

²²⁷ Larenz K., Canaris C.-W. Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. II/2: Besonderer Teil. Halbbd. 2. 13. Aufl. C.H. Beck, 1994. S. 41 ff.

²²⁸ Neue Vertragsformen der Wirtschaft: Leasing, Factoring, Franchising / E.A. Kramer (Hg.). 2. Aufl. Haupt, 1992. S. 23 ff.

²²⁹ Schlupe W. in: Schweizerisches Privatrecht. Bd. VII/2: Obligationenrecht; Besondere Vertragsverhältnisse / F. Vischer (Hg.).

При этом непоименованные договоры в германском правопорядке также именуется «не урегулированными законом договорами» (*gesetzlich nicht geregelte Verträge*), иногда – атипичными (*atypische Verträge*), противопоставляемыми типичным (*typische Verträge*)²³⁰. Чтобы избежать путаницы при сравнительно-правовом анализе, данное обстоятельство необходимо учитывать.

В связи с соотношением непоименованных и смешанных договоров возникает другой вопрос: мыслимы ли такие смешанные договоры, элементом которых является договор непоименованный (например, если поименованный договор содержит в себе элемент непоименованного)?

Положительный ответ на этот вопрос содержится в ст. II. – 1:107(1)(b) Модельных правил европейского частного права (*Draft Common Frame of Reference* (далее – *DCFR*)), в которой прямо сказано, что под смешанным договором в том числе понимается договор, который наряду с элементом, специально урегулированным настоящими правилами, содержит элемент договора такого вида, который регулируется только общими положениями о договорах²³¹. Также А.И. Савельев пишет, что есть все основания толковать п. 3 ст. 421 ГК РФ расширительно и допускать существование в смешанном договоре непоименованных элементов²³².

На наш взгляд, подобный подход не является столь однозначным: во-первых, буквальное толкование легальной дефиниции смешанных договоров, данной в п. 3 ст. 421 ГК РФ, такой вывод исключает; во-вторых, сама идея смешанного договора предполагает, что смешивается именно то, что озвучено законодателем в качестве самостоятельных договорных моделей. Именно это обстоятельство и предполагает в качестве основного метода регулирования смешанных договоров применение в соответствующих частях правил о поименованных договорах. Очевидно, что применение правил, установленных для непоименованного договора, затруднительно ввиду отсутствия таковых. По этой причине любой договор, включающий в себя элемент непоименованного договора, должен признаваться обычным поименованным – с той лишь спецификой, что к «непоименованной» части будут применяться общие положения о договорах и обязательствах, на что и указывают разработчики *DCFR*. При этом при условии сходства отношений и отсутствия их прямого урегулирования соглашением сторон будет возможно применение правил об отдельных договорах по аналогии²³³. Й. Гернхубер в свою очередь также ставит под сомнение тезис, что сочетание поименованных и непоименованных элементов образует смешанный договор, обращая внимание на то, что проблема конкуренции правил различных поименованных договорных моделей просто не возникает²³⁴. Аналогичный взгляд на вопрос находим у О. Шрайбера²³⁵.

Нельзя рассматривать в качестве смешанного договора такой договор, при котором предоставление одной из сторон сопряжено с необходимостью некоторых предварительных действий, продиктованных желанием другой стороны (например, предпродажной подготовки вещи с целью придания ей подарочного вида). Й. Гернхубер приводит пример купли-продажи платья с условием его подгонки по желанию покупателя²³⁶. Такой договор является чистой куп-

Helbing Lichtenhahn, 1979. S. 765.

²³⁰ Fikentscher W., Heinemann A. Schuldrecht. 9. Aufl. De Gruyter, 1997. S. 403.

²³¹ Модельные правила европейского частного права: Пер. с англ. / Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013. С. 121.

²³² Каранетов А.Г., Савельев А.И. Указ. соч.

²³³ Пункт 5 постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах».

²³⁴ Gernhuber J. Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen (= Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen. Bd. 8). Mohr Siebeck, 1989. S. 158.

²³⁵ Schreiber O. Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht // Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 1912. Bd. 60 = 2.F. Bd. 24. S. 111.

²³⁶ Schreiber O. Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht // Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. 1912. Bd. 60 = 2.F. Bd. 24. S. 158.

лей-продажей, и к требованиям покупателя, связанным с недостатками вещи, подлежат применению правила ст. 475 ГК РФ.

Равным образом феномен смешанного договора не возникает, если одна сделка включает в себя отменительное условие, которое одновременно будет отлагательным условием для сделки иного типа. В этом случае не возникает конкуренции договорных типов, строго отделенных условием, что порождает их изолированное регулирование без какой бы то ни было специфики (например, купля-продажа сельскохозяйственной техники с условием, что указанная техника будет подарена при условии обработки с ее помощью пашни продавца). При этом если покупная цена будет уплачена, то по наступлении условия на стороне покупателя возникнет кондикционное требование, связанное с отпадением основания (*causa finita*)²³⁷. Аналогичной логике должен подчиняться и широко известный отечественному правопорядку договор аренды с правом выкупа, который, однако, судебной практикой однозначно квалифицируется как смешанный²³⁸.

Между тем очевидно, что после уплаты выкупной цены отношения по аренде прекращаются и возникают отношения купли-продажи в их чистом виде. Это подтверждает и сам Президиум ВАС РФ, говоря, что сама по себе уплата покупной цены прекращает на будущее обязательство по внесению арендной платы, а если договор купли-продажи будет признан недействительным или незаключенным, то арендные отношения следует признать непрекратившимися.

Данные выводы показывают, что в отношениях между арендодателем (продавцом) и арендатором (покупателем) отсутствует такой момент времени, на который бы приходилось параллельное существование отношений по аренде и купле-продаже. Включение же в текст арендного соглашения положений о выкупе лишь описывает условия трансформации одного договора в другой, не порождая при этом смешанного обязательства. В свое время И.Б. Новицкий писал, что соединение элементов различных договоров в один смешанный договор возможно только при условии, что соединяются элементы, не противоречащие один другому²³⁹. Очевидно, что в данном случае аренда как временное пользование вещью несовместима с передачей вещи в собственность.

Следует также избегать распространенной ошибки квалификации в качестве смешанного договора простой совокупности договоров. В германской доктрине подобная совокупность известна как соединение договоров (*Vertragsverbindung*). Российская цивилистика для обозначения подобного феномена использует термин «комплексный договор».

Так, Н.И. Клейн пишет, что смешанный договор следует отграничить от комплексного. Понятие комплексного договора на практике используется в случаях, когда договор как документ включает несколько самостоятельных обязательств, например обязательство поставки сложного оборудования и обязательство шефмонтажа²⁴⁰.

А.А. Собчак, в свою очередь, подчеркивал, что смешанный договор в отличие от комплексного представляет собой единое обязательство. Комплексный же договор, соединяя в себе различные обязательства, преследует тем не менее общую для них хозяйственную цель²⁴¹.

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ Пункт 2 информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой», постановления Президиума ВАС РФ от 12 июля 2011 г. № 17389/10, от 18 мая 2010 г. № 1729/10 и др.

²³⁹ Новицкий И.Б., Луиц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1950. С. 102–103.

²⁴⁰ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Отв. ред. О.Н. Садиков. 3-е изд. М.: Контракт, Инфра-М, 2005. С. 945.

²⁴¹ Собчак А.А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве // Советское государство и право. 1989. № 11. С. 63–64.

Напротив, М.И. Брагинский считал комплексный договор разновидностью смешанного²⁴². При этом он разграничивал ситуации, когда различные обязательства сливаются в одно целое (собственно комплексный договор), и ситуации простого механического соединения различных договоров, которые им было предложено назвать конгломерированными²⁴³.

На наш взгляд, верным следует считать подход, разделяющий понятия смешанного и комплексного договоров, поскольку в отличие от комплексного договора, где действительно объединены самостоятельные обязательства, требующие отдельного регулирования, в смешанном договоре стороны своей волей таким образом соединяют отдельные обязательства, что их существование (возникновение и прекращение) возможно лишь совместно (*gemeinsam miteinander «stehen und fallen»*²⁴⁴). При этом не возникает практической необходимости разграничивать, как это делал М.И. Брагинский, комплексные договоры, характеризующиеся, по мнению автора, экономической взаимосвязью, и конгломерированные договоры, представляющие собой простую механическую совокупность договоров. Основанием для такого вывода будет то обстоятельство, что в смешанных договорах связь между элементами имеет юридическое значение, что и обуславливает применение к ним особого правового режима, в то время как при простом соединении договоров, хотя бы и с элементами фактической, генетической, функциональной, экономической или иной взаимосвязи, подобные особенности не провоцируют появление юридического своеобразия и соответственно в особом режиме не нуждаются. По этой причине разграничение должно производиться по признаку наличия (отсутствия) юридического единства элементов смешанного договора.

Показательна в этом отношении терминология германской доктрины и судебной практики: в отношении комплексных договоров (*Vertragsverbindung*) используется термин *Vertragsmehrheit* («множественность договоров»); напротив, противопоставление смешанных договоров комплексным осуществляется через такие термины, как *rechtlliche Einheit* («юридическое единство»), *Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts* («единство сделок») и т. п. Иными словами, в смешанном договоре связь между элементами отдельных договоров не только экономическая, но волей сторон превращается в юридическую²⁴⁵.

В комплексном же договоре отдельные обязательства независимы друг от друга, имеют в лучшем случае общую экономическую основу и «идут каждое самостоятельным путем» (*getrennte Wege*)²⁴⁶. Главная мысль заключается в том, что выводы о «комплексности» или о «смешанности» зависят не от той или иной структуры договора, а от направленности воли сторон, которая один и тот же договор может определить либо как комплексный, либо как смешанный. Верно замечает М. Штоф-фельс, что комплексность или смешанность – это вопрос одного лишь толкования волеизъявления²⁴⁷. При этом для целей такого толкования германская судебная практика исходит из презумпции, что если различные договоры объединены в один документ, то стороны желали установить единое обязательство (т. е. смешанный, а не комплексный договор)²⁴⁸. С другой стороны, признаком, указывающим на раздельность договоров, может служить раздельная цена.

Французская цивилистика также признает, что при смешанном договоре существует лишь одно обязательство. Так, К. Анри пишет, что, руководствуясь особыми потребностями,

²⁴² Брагинский М.И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. М.: Статут, 2007. С. 66.

²⁴³ Брагинский М.И. Непоименованные (безымянные) и смешанные договоры // Хозяйство и право. 2007. № 10. С. 75–76.

²⁴⁴ Stoffels M. Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge: Rechtsfindung und Inhaltskontrolle (= Jus Privatum. Bd. 59). Mohr Siebeck, 2001. S. 35.

²⁴⁵ Ibidem.

²⁴⁶ Fikentscher W., Heinemann A. Op. cit. S. 388.

²⁴⁷ Stoffels M. Op. cit. S. 36.

²⁴⁸ BGH WM 1974, 720.

стороны могут объединить в своем соглашении несколько поименованных контрактов таким образом, что они образуют единое соглашение. Такие контракты будут смешанными²⁴⁹.

Как было сказано ранее, отдельные обязательства внутри комплексного договора необязательно должны представлять собой лишь механическое соединение. В основе может лежать экономическая взаимосвязь той или иной степени интенсивности. Причем эта экономическая зависимость может приобретать такой характер, что одно из обязательств может выступать основанием другого. Например, при передаче автомобиля на ремонт (подряд) подрядчик может предоставить заказчику на время ремонта в пользование другой автомобиль (аренда). При этом действительность аренды и ее срок обусловлены именно тем обстоятельством, что автомобиль заказчика передан в ремонт²⁵⁰. Несмотря на это, оба обязательства являются юридически самостоятельными.

Нет оснований также говорить о смешанном договоре при сочетании элементов различных видов договоров, принадлежащих к одному договорному типу. Например, договор, в силу которого должник обязуется выполнить как проектно-изыскательские (§ 4 гл. 37 ГК РФ), так и строительные работы (§ 3 гл. 37 ГК РФ), не становится от этого смешанным, поскольку все элементы являются договорами подрядного типа²⁵¹. Также не является смешанным договор перевозки разными видами транспорта по единому транспортному документу (прямое смешанное сообщение), известный также как мультимодальная или комбинированная перевозка²⁵². Выработанная германскими судами обширная практика не признает смешанным договор, по которому в аренду передаются как жилые, так и нежилые помещения²⁵³. По этой же причине не должен квалифицироваться как смешанный, вопреки господствующей судебной практике, договор вексельного кредита²⁵⁴. Как известно, вексель представляет собой способ оформления заемного обязательства²⁵⁵ и урегулирован в § 1 («Заем») гл. 42 ГК РФ («Заем и кредит»). Кредитные правоотношения являются предметом регулирования § 2 («Кредит») той же главы. Из этого следует, что нормы о вексельном и кредитном обязательстве соотносятся друг с другом как общие и специальные. На это прямо указано в п. 2 ст. 819 ГК РФ: «К отношениям по кредитному договору применяются правила, предусмотренные параграфом 1 настоящей главы, если иное не предусмотрено правилами настоящего параграфа и не вытекает из существа кредитного договора». Отсюда видно, что конкуренции договорных моделей при оформлении кредита выдачей векселя не возникает.

Особый случай представляет собой договор, в котором предоставлению, характерному для одного договорного типа, противостоит точно такое же предоставление (работы в обмен на работы, услуги в обмен на услуги и т. п.). С одной стороны, нет никаких оснований рассматривать такой договор в качестве смешанного: во-первых, комбинируемые в нем элементы принадлежат к одному договорному типу, а во-вторых, сами элементы не конкурируют между собой, поскольку охватываются правилами одной договорной модели. С другой стороны, такой

²⁴⁹ Fréchette P. La qualification des contrats: aspects pratiques // Les Cahiers de droit. 2010. Vol. 51. No. 2. P. 394 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.erudit.org/revue/cd/2010/v51/n2/045635ar.pdf>).

²⁵⁰ Fikentscher W., Heinemann A. Op. cit. S. 388.

²⁵¹ Иное мнение выражено в постановлении Арбитражного суда Московского округа от 17 декабря 2014 г. № Ф05-14113/2014.

²⁵² Аналогичное мнение: BGH NJW 1988, 840.

²⁵³ BGH WM 1986, 912; OLG Schleswig NJW 1983, 49; OLG Hamburg NJW-RR 1997, 458 и др. Здесь, правда, необходимо иметь в виду, что в ГГУ договор найма жилых помещений является разновидностью найма, в отличие от ГК РФ, где данный договор выделен в самостоятельный тип (гл. 35) наряду с арендой (гл. 34).

²⁵⁴ Постановления ФАС: Северо-Кавказского округа от 4 августа 2004 г. № Ф08-3293/04; Московского округа от 5 апреля 2004 г. № КГ-А40/2106-04; Волго-Вятского округа от 10 февраля 1999 г. № 508/5 и др.

²⁵⁵ Не меняет сути дела и то, что векселем оформляется не обязательство заемщика по возврату кредита, а обязательство банка по его выдаче. В этом случае обязательство банка по выдаче кредита не утрачивает своей природы лишь оттого, что через вексельный механизм наделяется качеством оборотоспособности и возможностью принудительного осуществления.

договор не является непоименованным, поскольку содержит в себе урегулированные правом договорные модели, что влечет за собой применение специальных правил о соответствующих договорах непосредственно, а не по аналогии. На наш взгляд, такой договор должен признаваться смешанным не юридически, а лишь *de facto*, что сближает его, с одной стороны, с комплексными договорами (с точки зрения возможности раздельного регулирования), а с другой – со смешанными договорами (с точки зрения прочности взаимосвязи элементов).

Необходимо сделать важное уточнение: изложенный подход не исключает распространение на сделки, содержащие различные виды одного договорного типа, правила п. 3 ст. 421 ГК РФ о применении в соответствующих частях правил о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре. Это соображение ставит перед нами вопрос о возможности придания отдельным разновидностям договорного типа статуса элемента смешанного договора. Однако существующее в действующей редакции ГК РФ определение пока таких оснований не дает.

Отграничивая понятие смешанного договора от подобных правовых явлений, нужно не забывать, что данная задача носит сугубо прикладной характер, а потому важно не просто распознать ситуации, где что-то с чем-то смешано, а выявить такую конструкцию, где смешивание создает актуальную или потенциальную коллизию, исключающую возможность применения правил одного из элементов либо вообще вызывающую «паралич» всех элементов.

Таким образом, необходимо выделить следующие признаки смешанного договора:

- 1) соединение в договоре двух или более элементов, относящихся к различным урегулированным в законе или иных правовых актах типам договоров;
- 2) прочная взаимосвязь и взаимообусловленность элементов, которые волей сторон объединены в единое обязательство;
- 3) возможность коллизии между элементами.

2. Структура и формы²⁵⁶ смешанных договоров

Несмотря на то что понятие смешанного договора *prima facie* представляется атомарным, внутри него можно выделить ряд форм. Данное деление основано на различных комбинациях элементов смешанного договора. Сразу необходимо оговориться, что подобная типизация во многом условна, так как границы между выделенными с ее помощью формами весьма размыты. С другой стороны, существующие, особенно в зарубежной доктрине, классификации обнаруживают отсутствие единого классификационного критерия, а существующие формы стали результатом не идеальных построений, а кристаллизации в недрах практики. Как правильно указывает Х. Мауритц, охватить смешанные договоры систематически – задача невозможная²⁵⁷.

Главным критерием типизации смешанных договоров в большинстве правопорядков является характер связи между их элементами. Так, соответствующие элементы могут быть равнозначными (договор предоставления банковской ячейки, содержащий в себе элементы аренды и хранения)²⁵⁸. Другая ситуация – когда один из элементов преобладает над другим (например, договор подряда, при котором заказчик обязуется предоставить подрядчику в пользование строительные леса).

²⁵⁶ Слово «форма», на наш взгляд, видится более приемлемым, чем «вид». Известно, что одно из значений слова «форма» раскрывается через внутреннюю организацию содержания, характер связи между элементами, в то время как вид представляет собой классификационную единицу. Как будет показано далее, разнообразные проявления смешанных договоров едва ли могут быть подчинены принципам классификационного деления, в то время как особенности тех или иных смешанных договоров предопределяются их внутренней организацией. Поэтому далее мы будем использовать понятие «форма».

²⁵⁷ Mauritz H. Der gemischte Vertrag. Noske, 1932. S. 23.

²⁵⁸ Определение Санкт-Петербургского городского суда от 16 декабря 2009 г. № 33-15294.

Первая форма смешанного договора может быть условно обозначена как *комбинированный договор*. По своей природе комбинированный договор представляет собой соединение в рамках одного договорного обязательства двух или более равнозначных по отношению друг к другу элементов поименованных договоров. Ключевым здесь будет определение «равнозначный», поскольку в отличие от рассматриваемого далее договора с преобладающим элементом ни один из элементов комбинированного договора не может быть однозначно признан доминирующим.

В противовес обычной совокупности договоров, пишут В. Фикентчер с А. Хайнеманном, комбинированный договор охватывает собой единую сумму отдельных предоставлений из различных договорных типов, рассматриваемых в обороте в качестве экономически сопряженных²⁵⁹.

В свою очередь, Й. Гернхубер выделяет такой конститутивный признак комбинированных договоров, как отношение напряжения (*Spannungsverhältnis*) между отдельными элементами и целым²⁶⁰.

Французская цивилистическая доктрина определяет комбинированный договор как контракт, при котором сосуществует несколько основных обязанностей, каждая из которых не поглощена единственной экономической пользой контракта (*de plusieurs obligations essentielles dont aucune n'absorbe à elle seule l'utilité économique de la convention*²⁶¹). То есть невозможно констатировать, что какая-то из обязанностей является подчиненной (*l'accessoire*).

Довольно яркий пример комбинированного договора содержится в Модельном законе о туристской деятельности (принят в г. Санкт-Петербурге 16 ноября 2006 г. Постановлением № 27-15 на 27-м пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств – участников СНГ). Так, согласно п. 6 ст. 32 этого Закона по договору круиза одна сторона (организатор круиза) обязуется по заданию другой стороны (участника круиза) организовать индивидуальный или групповой тур на круизном судне по определенной программе и маршруту и предоставить участнику круиза (круизному пассажиру) все связанные с этим услуги туристского обслуживания (перевозку, размещение на круизном судне, питание, экскурсионное обслуживание и т. д.), а участник круиза обязуется уплатить установленную стоимость услуг. Очевидно, что все названные элементы договора круиза имеют интерес для потребителя только в своей совокупности, как целое. Однако при этом ни один из данных элементов не подавляет другие настолько, чтобы определять юридическую квалификацию всего договора. Другой пример – договор на санаторно-курортное обслуживание.

В отношении комбинированных договоров необходимо сделать важный вывод: коль скоро элементы комбинированного договора регулируются правилами о «родительских» моделях изолированно друг от друга, применение правил о том или ином элементе ко всему договору не допускается.

Другой важной формой смешанного договора является *договор с преобладающим элементом* (*typische Verträge mit untergeordneten andersartigen Leistungen*). Как отмечает П. Фрешет, в смешанных договорах один из элементов может быть настолько подчиненным, что теряет свою юридическую природу²⁶². При этом подчиненный элемент может выступать либо в функции обслуживания преобладающего элемента (например, обязательства по гарантийному сервису), либо в функции дополнения (бейсболка в подарок или завтрак в гостинице). В послед-

²⁵⁹ Fikentscher W., Heinemann A. Op. cit. S. 389.

²⁶⁰ Gernhuber J. Op. cit. S. 164.

²⁶¹ Henry X. Op. cit. P. 1341 (см.: http://docnum.univ-lorraine.fr/public/BUD_T_1992_0003_HENRY_2.pdf).

²⁶² Fréchette P. Op. cit. P. 398. Думается, что подобное описание чересчур бескомпромиссно. Правила о подчиненном элементе хотя в большинстве своем и вытесняются правилами о преобладающем, но абсолютного подавления не происходит: в ряде случаев допускается применять к подчиненному элементу его «родные» правила. В противном случае проблема смешанного договора вообще бы не возникала.

нем случае связь между преобладающим и подчиненным элементами выражена менее ярко, что ставит проблему разграничения данной «подформы» смешанного договора с договорами комплексными.

Также следует избегать распространенной ошибки квалификации в качестве смешанного договора с преобладающим элементом ситуации, когда в рамках одной договорной модели сам законодатель предусматривает возможность встраивания других элементов. Пример – условие договора поставки о возврате покупателем многооборотной тары (элемент аренды). В данном случае подобные «встроенные» элементы не выходят за рамки преобладающей договорной модели²⁶³. Другой распространенный пример – услуги генподрядчика по организации строительства. Окружной суд верно указал: «Поскольку осуществление указанных функций, направленных на создание субподрядчику необходимых условий для выполнения работ, непосредственно вытекает из положений статей 740, 747 ГК РФ, то следует признать, что предоставление генподрядчиком соответствующих услуг не может регулироваться положениями главы 39 Гражданского кодекса Российской Федерации «Возмездное оказание услуг». Фактически генподрядчик обязан оказать такие услуги непосредственно в рамках договора строительного подряда»²⁶⁴.

Столь же сложной, сколь и важной в практическом отношении, является задача квалификации того или иного смешанного договора в качестве договора с преобладающим элементом. От правильного решения этой задачи зависит применение того или иного метода их юридической оценки.

Как научная доктрина, так и судебная практика используют различные приемы и терминологию для идентификации договоров с преобладающим элементом, а также описания этих элементов.

Германская правовая наука определяет преобладающий элемент смешанного договора как характерное предоставление (*die vertrag-scharakteristische Leistung*)²⁶⁵. При этом определение преобладающего и вспомогательного элементов зачастую укладывается в общее деление обязательств в германской цивилистике на главные (*die Hauptleistung*) и побочные (*die Nebenleistung*), значение которой универсально и далеко не ограничивается сферой смешанных договоров.

Во Франции можно встретить самые разнообразные определения преобладающего элемента. Например, апелляционный суд в одном деле, распространяя на смешанный договор режим преобладающего поименованного, использовал категорию существенного элемента соглашения (*les éléments essentiels de la convention*)²⁶⁶. В литературе также можно встретить используемое в Германии понятие характерного для договора предоставления (*la prestation caractéristique*), которое противопоставляется предоставлению второстепенному или вспомогательному (*la prestations accessoires*)²⁶⁷. Также используется понятие основного или базового элемента (*l'élément principal*)²⁶⁸. Подобное определение встречается также и в Квебеке (напомним, что в этой провинции Канады действует ГК Квебека, впитавший в себя континентальные, преимущественно французские, правовые традиции). Так, разрешая дело о предоставлении в пользование фотокопиров с обязательством их текущего ремонта и технического обслуживания, один из судов указал, что основным элементом в данном контракте является аренда, в

²⁶³ Gernhuber J. Op. cit. S. 164.

²⁶⁴ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 29 ноября 2011 г. по делу № А66-824/2011.

²⁶⁵ Gernhuber J. Op. cit. S. 163.

²⁶⁶ *Entreprises Piertrem (1989) Inc. c. Pomerleau Les Bateaux Inc.*, 2007 QCCA 759, par. 53.

²⁶⁷ Dutilleul F.C., Delebecque Ph. Contrats civils et commerciaux. 8^e éd. Dalloz, 2007. P. 28.

²⁶⁸ Henry X. Op. cit. P. 1180.

то время как обслуживание и ремонт являются лишь сопутствующими обязательствами и не могут оказывать влияния на квалификацию контракта²⁶⁹.

При квалификации смешанного договора в качестве договора с преобладающим элементом используются самые разнообразные критерии.

Одними из основных критериев выступают смысл и хозяйственная цель договора в целом: определив эту цель, мы устанавливаем в качестве преобладающего элемента тот договор, который в наибольшей степени ей соответствует. И наоборот, элементы, не отражающие эту цель, а лишь выполняющие какие-либо обслуживающие или дополнительные функции, должны быть «аттестованы» как вспомогательные.

Однако данный критерий в силу своей абстрактности порой не может достигать той степени определенности, какая от него требуется для правильной оценки. В этом случае для уменьшения «погрешности» в литературе предлагается при применении данного критерия интерпретировать цель договора через выраженную в договоре волю сторон, а если это невозможно, то руководствоваться предполагаемой волей (*mutmaßlicher Parteiwille*)²⁷⁰, т. е. той волей, какую можно ожидать от сторон с учетом цели договора, справедливого баланса их интересов, обычаев делового оборота и практики их взаимоотношений (также встречаются термины «гипотетическая воля», «нормативная воля»²⁷¹). Нетрудно заметить, что данный принцип является одним из ключевых принципов толкования волеизъявления²⁷², что и неудивительно: смешанные договоры по причине своей неуступчивости для ясного понимания могут требовать привлечения инструментария ст. 431 ГК РФ, что часто и происходит на практике. Так, в одном из дел ФАС Западно-Сибирского округа указал: «...к отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, и, кроме того, в силу положений статьи 431 Гражданского кодекса Российской Федерации при толковании условий договора судом должно применяться буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений, а также должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора, что и было осуществлено судами первой и апелляционной инстанций при повторном рассмотрении заявленных истцом требований»²⁷³.

Германскими цивилистами разработан еще один критерий выявления смешанного договора с преобладающим элементом, который на первый взгляд в чем-то схож с критерием смысла и цели договора, однако несводим к последнему²⁷⁴. Это так называемый *Schwerpunkt*. Традиционно сам термин переводится как «существо» или «смысл» договора, что в принципе верно. Однако дословный перевод – «центр тяжести» – позволяет более точно оттенить специфику его употребления. Использование подобной метафоры из области механики помогает сфокусировать внимание на том из элементов смешанного договора, который обеспечивает «устойчивость» и «равновесие» всей договорной конструкции, тогда как устранение его из соглашения грозит «опрокинуть» (или «расбалансировать») весь договор.

В отличие от критерия смысла и цели критерий *Schwerpunkt* рассчитан на работу не с гипотетическими феноменами (предполагаемой волей, хозяйственной целью и т. п.), а с более

²⁶⁹ *Xéquipe Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, REJB 2001-26233, par. 56, 58, 59 (QC C.S.)

²⁷⁰ Schröder M. Zur Rechtsnatur von Hardwarewartungs- und Softwarepflegeträgen. Grin, 2009. S. 13.

²⁷¹ Прилагательное «нормативная» используется авторами, чтобы подчеркнуть сущность данной конструкции как всеобщего стандарта, ее несводимости к психической сфере субъектов отдельного правоотношения.

²⁷² Baumann A. Regeln der Auslegung internationaler Handelsgeschäfte: Eine vergleichende Untersuchung der UNIDROIT Principles, der Principles of European Contract Law, des Uniform Commercial Code und des deutschen Rechts (= Schriften zum internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung. Bd. 19). Vandenhoeck & Ruprecht, 2004. S. 123.

²⁷³ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 21 февраля 2012 г. по делу № А45-11742/2011.

²⁷⁴ Следует обратить внимание на то, что значение принципа *Schwerpunkt* не сводится к работе с одними лишь смешанными договорами с преобладающим элементом. При коллизии, например, правил разных договорных моделей в комбинированном договоре (см. далее) он также находит свое применение.

конкретными сущностями, через которые он и выявляется, хотя это не исключает из арсенала ту же экономическую цель, которая успешно используется наряду с другими приемами.

Среди таких приемов можно отметить, во-первых, принятие во внимание соотношения стоимости предоставлений. Например, если стоимость предоставления по одному из элементов смешанного договора значительно ниже стоимости предоставления по другому, то, очевидно, первый элемент будет признан подчиненным, а второй – преобладающим. В литературе справедливо отмечается, что данный прием будет бесполезен, если договор содержит элементы неимущественных предоставлений (например, в спонсорских контрактах)²⁷⁵.

Другим признаком, который косвенно может указывать на преобладающий элемент, – это проработанность правил об этом элементе, детальность их регламентации в тексте договора.

Немалую помощь может также оказать постановка вопроса: без какого из элементов договор не был бы заключен, т. е. насколько критично существование данного элемента для договора в целом?

При этом не может указывать на преобладание название договора само по себе, поскольку при оценке смешанного договора должно приниматься во внимание фактическое содержание взаимных прав и обязанностей²⁷⁶.

Для иллюстрации применения принципа *Schwerpunkt* на практике можно привести одно дело, рассмотренное Верховным судом Германии.

Истцы (семейная пара) приобрели у ответчика подержанный автомобиль с условием об установке на него газового оборудования. Само газовое оборудование было указано в договоре в пункте «принадлежности» наряду с комплектом зимней резины, дисками и разделительной решеткой (для отгораживания собаки). Общая цена составила 16 463 евро.

Впоследствии в работе газового оборудования обнаружились недостатки, которые, согласно заключению экспертизы, явились следствием некачественной работы по его установке. Поскольку ответчик отказался устранить недостатки, ремонт был произведен истцом самостоятельно с последующим предъявлением требования к ответчику о компенсации понесенных расходов.

Помимо оспаривания недостатков в работе оборудования ответчик сослался на положения договора, в соответствии с которыми покупатель вправе заявлять требования о недостатках в пределах одного года с момента передачи автомобиля. Данный срок был пропущен истцом, но обращение было сделано в пределах двух лет (срок исковой давности по недостаткам работ по договору подряда).

При пересмотре дела Верховный суд Германии исходил из следующего. Стороны заключили между собой не «чистый» договор купли продажи, а смешанный договор, в котором соединены элемент купли-продажи и элемент подряда на установку газового оборудования. Для юридической квалификации данного договора необходимо сначала применить к каждому элементу правила о том договоре, к которому этот элемент относится, а в случае коллизии между такими правилами применить правила о том договоре, который образует экономическое или юридическое существо (*Schwerpunkt*) договора.

Очевидно, существо договора (*Schwerpunkt*) составляет купля-продажа автомобиля по следующим причинам: во-первых, условие о газовом оборудовании включено в пункт договора «принадлежности»; во-вторых, согласно объяснениям истца, возможность установки на автомобиль газового оборудования была обнаружена истцом уже после переговоров о продаже, когда истец, выходя из офиса ответчика, заметил соответствующее информационное сообще-

²⁷⁵ *Schaub R.* Sponsoring und andere Verträge zur Förderung überindividueller Zwecke (=Jus Privatum. Bd. 136). Mohr Siebeck, 2008. S. 70.

²⁷⁶ BGH NJW 2010, 150. Аналогичная позиция выражена и в п. 5 постановления Пленума ВАС РФ от 22 октября 1997 г. № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением Положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки».

ние на одной из табличек, что свидетельствует о том, что включение условия о газовом оборудовании не являлось решающим для заключения договора; кроме того, стоимость газового оборудования вместе с работами по его установке составляет 2 327,59 евро, что в сравнении с общей стоимостью договора – 16 463 евро – позволяет расценивать элемент договора подряда как подчиненный. Более того, приобретенный автомобиль можно без всяких препятствий эксплуатировать и на бензине.

В силу указанного к договору в целом должен быть применен сокращенный годичный срок исковой давности²⁷⁷.

Приведенный пример показывает, что при выявлении преобладающего элемента договора могут быть использованы самые разные, порой неожиданные, фактические обстоятельства.

Кроме того, необходимо иметь в виду, что даже получившие в гражданском обороте признание устойчивые разновидности смешанных договоров не должны подпадать под шаблонную оценку, поскольку баланс элементов всегда является индивидуальным. Так, широко известный договор аутсорсинга, который и в судебной практике признается смешанным²⁷⁸, может быть построен по разным моделям. Как указывает в своей дипломной работе П. Беенк, квалификация того или иного элемента договора аутсорсинга в качестве решающего зависит от сферы, в которой такой договор заключается: если это транспорт, то таким элементом может быть транспортная экспедиция или договор фрахта; если консультирование – возмездное оказание услуг²⁷⁹. Иными словами, квалификация договора в качестве договора аутсорсинга сама по себе не предвещает применение тех или иных методов, и в каждом конкретном случае требуется тщательное исследование его структуры.

Спаренные договоры. Когда мы говорим о смешанных договорах, мы, как правило, имеем в виду, что комбинирование происходит в сфере обязательств одной из сторон договора. Две описанные выше формы смешанных договоров как раз и касались этой ситуации. Однако в практике мы иногда встречаем такие договоры, в которых предоставлению одной стороны корреспондирует встречное предоставление, относящееся к другому договорному типу. В литературе можно встретить самые разнообразные наименования подобных договоров: *doppeltypische Vertrag* («спаренный договор»), *gekoppelte Vertrag* («сдвоенный договор»), *Zwittervertrag* («договор-гермафродит»), *zweisitige Typenkomulation* («двусторонняя кумуляция типов»), *Vertrag mit anderstypische Gegenleistung* («договор со встречным предоставлением другого типа»)²⁸⁰. Подобная форма выделяется также в испанской цивилистической литературе (*contratos típicos con prestación de otra especie*), хотя она не всегда относится к смешанному договору и указывается в качестве третьего вида наряду с унифицированными договорами (*uniones de contratos*) и собственно смешанными (*contratos mixtos*)²⁸¹.

В свое время еще И.Б. Новицкий писал, что в одном случае обязанности, урегулированные законом применительно к различным типичным договорам, могут быть установлены смешанным договором отчасти на одной стороне, а отчасти – на другой, тогда как в другом случае комбинирование обязательств имеет место на одной стороне²⁸².

²⁷⁷ BGH NJW 2013, 2584.

²⁷⁸ Постановления: Четвертого арбитражного апелляционного суда от 3 июля 2013 г. по делу № А19-21930/2012; Двенадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 сентября 2011 г. по делу № А06-7558/2010.

²⁷⁹ *Beenk P.* Outsourcing von Speditionsleistungen im Rahmen von Just-in-Time-Beschaffung: Diplomarbeit. Hochschule für angewandte Wissenschaften München, 2001. S. 75–76.

²⁸⁰ См. подробнее: *Stoffels M.* Op. cit. S. 42.

²⁸¹ *Lecciones Sobre Derecho Civil Obligaciones* de Antonio Rocha Alvira / Revisado, actualizado y completado por B. Mercedes, M. Cárdenas. Editorial Universidad del Rosario, 2009. P. 38.

²⁸² *Новицкий И.Б., Луиц Л.А.* Указ. соч. С. 102.

Один из примеров подобных договоров был помещен Президиумом ВАС РФ в свой Обзор практики рассмотрения споров, связанных с договором мены. В этом деле истец обязался оказать услуги в приобретении ответчиком семян лекарственных растений, а последний – передать обществу за указанную услугу соответствующее количество пшеницы. Ответчик ссылаясь на необходимость квалификации данного договора в качестве договора мены, что должно было, по его мнению, влечь за собой неприменимость правил о процентах по ст. 395 ГК РФ, поскольку в договоре мены денежные обязательства возникнуть не могут. Кассационный суд отверг данный довод, указав, что стороны заключили смешанный договор, содержащий элементы договоров купли-продажи и возмездного оказания услуг²⁸³.

Другой пример, который часто можно встретить в литературе, – это договор со швейцаром, в соответствии с которым последний получает также отдельное помещение на условиях жилищного найма²⁸⁴.

Несмотря на то что спаренные договоры зачастую выделяются в самостоятельную форму, они могут относиться как к комбинированным договорам, так и к договорам с преобладающим элементом – в зависимости от соотношения экономической роли встречных предоставлений.

В качестве примера спаренного комбинированного договора можно привести договор на проведение работ по реставрации и реконструкции нежилого здания (подряд) в обмен на получение в качестве оплаты части помещений в таком здании (купля-продажа)²⁸⁵. Другой пример – передача в собственность одной стороне АТС с обязательством в качестве встречного предоставления оказывать другой стороне услуги телефонной связи в течение пяти лет без взимания абонентской платы²⁸⁶. Вместе с тем договор, по которому юноше предоставляется внаем жилое помещение в обмен на услуги по выгулу собаки хозяина, нужно квалифицировать как спаренный договор с преобладающим элементом, которым является наем²⁸⁷.

И наконец, еще одна форма, которая характерна главным образом для Германии, – это так называемые *сплавленные договоры* (*Typenverschmelzungsverträge*). Особенностью этой формы является то, что в отличие от прочих смешанных договоров, которые образованы смешением отдельных квалифицирующих признаков поименованных договоров, в сплавленных договорах данные признаки «растворены» в одной обязанности. Хрестоматийным примером здесь служит смешанное дарение, или, как его еще называют, дружеская продажа. Смысл этого договора в том, что вещь передается в дар с условием уплаты заниженной цены. Другие приводимые примеры сплавленных договоров – посещение театра, лечение в санатории, путешествие на корабле и т. д. – во многом спорны и большинством исследователей относятся к комбинированным договорам.

3. Правила, применимые к смешанным договорам

Поскольку смешанные договоры являются проявлением принципа свободы договора, а этот последний берет свое начало в закреплении индивидуальной воли в качестве базовой идеи частного права, именно эта воля и должна иметь решающее значение при выборе примени-

²⁸³ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 24 сентября 2002 г. № 69 «Обзор практики разрешения споров, связанных с договором мены».

²⁸⁴ *Boehmer G.* Einführung in das Bürgerliche Recht. 2. Aufl. Mohr Siebeck, 1965. S. 272.

²⁸⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 25 марта 2014 г. № 10614/13 по делу № А40-149844/10-155-1212.

²⁸⁶ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 8 августа 2000 г. № А33-1412/00-С2-Ф02-1453/00-С2.

²⁸⁷ *Westermann H.P., Bydlinski P., Weber R.* BGB-Schuldrecht: Allgemeiner Teil. 8. Aufl. C.F. Müller, 2013. S. 44. Если в данном примере жилищный наем заменить арендой, то с точки зрения российского права такой договор окажется «чистой» арендой, поскольку в качестве арендной платы стороны могут предусмотреть в том числе и оказание определенных услуг (ст. 614 ГК РФ).

мых к смешанному договору правил²⁸⁸. При этом надо понимать, что даже когда законодатель устанавливает нормы, подлежащие применению к смешанным договорам, он тем самым не стремится навязать императивное регулирование, но лишь фиксирует наиболее вероятное направление этой воли там, где она не выражена явно. По этой причине любые схемы и методы трактовки смешанных договоров, предлагаемые законодателем или вырабатываемые практикой, необходимо воспринимать не как безусловное веление, а лишь как правовые средства, помогающие приблизиться к воле сторон, когда они молчат. Когда мы с помощью тех или иных технических приемов пытаемся выявить для регулирования того или иного смешанного договора искомую нормативную модель, мы лишь стремимся найти тот оптимальный правовой режим для отношений сторон, который задает их наиболее вероятную волю.

Специфика договорной свободы состоит в том, что количество комбинаций смешанных договоров, равно как и их качественное наполнение, на что справедливо обращается внимание в литературе, может достигать астрономических величин²⁸⁹. Именно поэтому выработка каких-то универсальных правил их регулирования является делом неблагодарным, если не сказать дерзким. Тем не менее общие подходы, которые взяли бы на себя роль скорее ориентиров для правоприменителя, чем исчерпывающего и непререкаемого руководства, на наш взгляд, должны быть выработаны.

Если обратить более пристальное внимание на предпринятое нами ранее краткое описание наиболее распространенных форм смешанных договоров, то можно заметить, что, несмотря на отсутствие единого классификационного критерия, эти формы не являются продуктом схоластического обобщения случайных сцеплений разноплановых интересов сторон, а могут быть выстроены по определенной внутренней логике, по правилам которой, надо отметить, и строилось изложение. На одном полюсе этой последовательности стоят комплексные договоры, которые, как мы видели, являются *еще* несмешанными и представляют собой лишь «оптическое» единство. На другом – сплавленные договоры, которые в строгом смысле *уже* несмешанные, поскольку элементы различных поименованных договоров подвергаются такой диффузии, что теряют свою идентичность. Указанное соображение приводит к выводу, что отличие форм смешанных договоров друг от друга строится на степени интенсивности связей между их элементами. На это обстоятельство отчасти обратил внимание Т. Крауль, который использовал критерий интенсивности связей для отграничения комбинированного договора от различных проявлений комплексного договора²⁹⁰. На наш взгляд, указанная особенность должна служить методологической предпосылкой юридической работы со смешанными договорами.

Подходы, применяемые при работе со смешанными договорами, в разных правовых порядках во многом схожи. Принято выделять два главных метода (или теории): *метод комбинирования*²⁹¹ и *метод поглощения*²⁹². Кроме того, в германской доктрине выделяется еще третий подход – *метод аналогии* (*die Theorie der analogen Rechtsanwendung*). Данная теория с точки зрения достигаемого с помощью нее результата полностью совпадает с теорией комбинирования, расходясь с ней лишь в исходной посылке. Так, в соответствии с теорией аналогии, поскольку

²⁸⁸ Greiner St. Schuldrecht. Besonderer Teil: Vertragliche Schuldverhältnisse. Springer, 2011. S. 244; см. также: BGH NJW 2002, 1337.

²⁸⁹ Савельев А.И. Отдельные вопросы правового регулирования смешанных договоров в российском и зарубежном гражданском праве // Вестник ВАС РФ. 2011. № 8. С. 6.

²⁹⁰ Kraul T. Verträge über Websites: Eine Untersuchung des Immaterialgütervertragsrechts. LIT, 2009. S. 144.

²⁹¹ Die Kombinationstheorie – в Германии; les qualifications distributive – во Франции; the component test – в США и т. д.

²⁹² Die Absorbitionstheorie или die Schwerpunkttheorie – в Германии; les qualifications unitaire – во Франции; the predominance test – в США и т. д.

смешанные договоры не урегулированы в законе, применение правил об отдельных договорах, входящих в смешанный, возможно лишь по аналогии²⁹³.

Как нетрудно заметить, данная теория актуальна лишь для тех стран, где отсутствует какое-либо позитивное регулирование смешанных договоров, причем и там назвать ее актуальной можно лишь с изрядной долей условности. Как отмечает К. Брайтцке, в практическом плане важно не то, применять нам к смешанным договорам нормы напрямую или по аналогии, а то, какие нормы применять вообще²⁹⁴.

Метод комбинирования. Этот метод воспроизведен п. 3 ст. 421 ГК РФ: стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.

Кроме того, этот метод занимает практически монопольное положение в судебной практике. В девять решений из десяти суды просто механически переносят указанную легальную формулировку из текста ГК РФ, причем без какой-либо творческой попытки осмыслить ее под углом зрения особенностей казуса. Надо отметить, что не только отечественный законодатель взял данный метод в качестве генерального – ряд зарубежных кодификаций, а также международных унификаций, содержащих регулирование смешанных договоров, предусматривают аналогичные положения²⁹⁵.

Подобная популярность обусловлена тем, что возможность мысленного обособления элементов смешанного договора делает применение к ним правил о «родных» договорах наиболее естественным решением. Вот почему этот прием наиболее тесно связан с комбинированными договорами, где такое обособление дается легче в силу относительной самостоятельности элементов. Тем не менее его возможности небезграничны даже в комбинированных договорах, поскольку единая экономическая цель, свойственная любому смешанному договору, создает внутри него коллизии между различными правовыми режимами.

Решение данных коллизий должно строиться с учетом следующих правил. Во-первых, сам п. 3 ст. 421 ГК РФ устанавливает, что предусмотренное в нем правило применяется лишь в том случае, если иное не вытекает из существа смешанного договора. Подобная мысль высказывается и А. Шимански, которая пишет, что соответствующее правило должно применяться в той мере, к какой это не ведет к «противоречивому результату»²⁹⁶. Фактически данная рекомендация ориентирует главным образом на цель договора.

Здесь необходимо пару слов сказать о том, что значит «цель договора». Под этим словом необходимо понимать общий экономический результат, выражающий сумму интересов сторон. И только если эти интересы существенно не нарушены и в целом сохраняются, цель договора может служить препятствием для применения правил об отдельном элементе. Однако зачастую нарушение одного из элементов смешанного договора одной стороной оказывается настолько существенным, что такое нарушение разрушает цель договора, вследствие чего она становится недостижима. При таких обстоятельствах применение, например, правил о расторжении договора по причине нарушения в рамках одного элемента становится допустимым. Например, если в договоре на установку зубного протеза (купля-продажа (сам протез), подряд (его установка), услуги (анестезия)) подрядчик производит работу без анестезии, заказчик

²⁹³ Gitter W. Gebrauchsüberlassungsverträge (= Handbuch des Schuldrechts. Bd. 7). Mohr Siebeck, 1988. S. 173.

²⁹⁴ Breitzke C. Die Rechtsnatur der Zeitcharter: Dargestellt am Standardformular der Boxtime-Charter (= Veröffentlichungen des Instituts für Seerecht und Seehandelsrecht der Universität Hamburg. Bd. 17). LIT, 2005. S. 157.

²⁹⁵ Например, ст. 6:215 ГК Нидерландов, п. 2 ст. 1 Обязательственно-правового закона Эстонии, ст. II. – 1:107 DCFR.

²⁹⁶ Schimansky A. Der Franchisevertrag nach deutschem und niederländischem Recht (= Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. Bd. 112). Mohr Siebeck, 2003. S. 185.

вправе требовать расторжения договора (подп. 1 п. 2 ст. 450 ГК), поскольку нарушается вся цель договора – сделать зубы не только качественно, но и максимально безболезненно. Однако если все условия соблюдаются, то односторонний безмотивный отказ от договора в целом (ст. 782 ГК РФ) недопустим.

Специфика категории «цель договора» состоит в том, что сама по себе она не может дать какие-то определенные правила квалификации, которые мы черпаем из части второй ГК РФ или специальных законов, однако корректность применения этих правил может быть верифицирована только в результате их соотнесения с целью договора. Иными словами, цель договора выступает неким «дирижером», приводящим разнородные правила об элементах смешанного договора к созвучию.

Во-вторых, заключение смешанного договора не должно нарушать императивных норм закона и приводить к его обходу. Например, когда один из элементов содержит более строгие требования к форме, чем другие, возникает вопрос: какой форме необходимо подчинить договор в целом? Очевидно, что самой строгой из тех, какие установлены для элементов смешанного договора. Так, в п. 13 Обзора, посвященного практике разрешения споров, связанных с применением ФЗ от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», Президиум ВАС РФ указал, что поскольку заключенный сторонами смешанный договор, содержащий элементы договора купли-продажи предприятия как имущественного комплекса, подлежащего обязательной государственной регистрации, и договора поставки оборудования, устанавливает единую совокупность обязательств, то такой смешанный договор подлежит обязательной государственной регистрации, при отсутствии которой должен считаться незаключенным²⁹⁷.

Верно и другое. Заключение смешанного договора должно не только соответствовать императивным нормам закона, но и не приводить к лишению другой стороны гарантий, вытекающих из каких-либо элементов, при условии, конечно, что и сами эти гарантии не выходят за рамки цели смешанного договора. Поясним на примере.

В одном из дел, рассмотренных Президиумом ВАС РФ, спор шел о допустимости одностороннего отказа Территориального управления Федерального агентства по управлению госимуществом в г. Санкт-Петербурге от договора доверительного управления зданием – объектом культурного наследия федерального значения «дом Демидова П.Н.» (XVIII в.), который был заключен с Региональной общественной организацией «Союз композиторов Санкт-Петербурга». Отказ был основан на правилах о доверительном управлении (ст. 1024 ГК РФ). Между тем Президиум ВАС РФ обратил внимание, что по спорному договору организация получила также право пользоваться зданием для осуществления своей уставной деятельности (проведения конференций, семинаров и т. п.). Делая вывод о смешанном характере договора, Президиум ВАС РФ отметил, что, заявляя об отказе, Управление не приняло во внимание, что такой отказ не только повлечет прекращение между сторонами отношений по доверительному управлению имуществом, но и породит иные последствия, заключающиеся в прекращении права пользования организацией объектом недвижимости в одностороннем порядке по инициативе собственника. При этом, принимая во внимание смешанный характер спорного договора, неразрывность возникших между сторонами обязательств по управлению и пользованию имуществом, предусмотренные ст. 1024 ГК РФ специальные основания для прекращения отношений по доверительному управлению не могли являться основанием для отказа от такого договора, учитывая отсутствие в законе и договоре аналогичных оснований прекраще-

²⁹⁷ Информационное письмо Президиума 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»»; аналогичный подход: BGH WM 1974, 720.

ния остальных обязательств по данному договору. Иное противоречило бы цели и существу возникших между сторонами обязательств²⁹⁸.

Из изложенной *ratio decidendi* следует еще одно важное правило: односторонний отказ (изменение) от всего договора по правилам об отдельном элементе возможен лишь в том случае, когда все элементы смешанного договора допускают такой отказ (изменение).

С учетом сказанного нельзя согласиться с выводами ФАС Московского округа, который, отвергая довод истца о необходимости рассматривать договор поставки оборудования и оказания услуг по его внедрению как единое целое, расторг договор в части оказания услуг. Логика была следующей: «...несмотря на то, что положения, касающиеся поставки ответчиком оборудования, программного обеспечения и оказания услуг по его внедрению, соединены в одном договоре, исходя из п. 3 ст. 421 ГК РФ они подлежат оценке отдельно друг от друга, поскольку регулируются разными нормами»²⁹⁹. Не был также принят довод истца о том, что расторжение договора в части лишает для него оставшуюся часть целесообразности. В этом отношении можно вспомнить рассуждения по этому вопросу А.А. Симолина: «...в смешанном договоре мы имеем соединение нескольких самостоятельных элементов, но элементы эти волей сторон связаны в один договор, почему противоречило бы намерениям сторон признавать отпавшим один из элементов, а остальное считать сохранившим силу»³⁰⁰.

Метод поглощения. Данный метод известен большинству развитых правовых порядков³⁰¹. Его существо заключается в том, что к смешанному договору в целом подлежат применению правила о том договоре, который является доминирующим, в то время как правила о подчиненном договоре полностью вытесняются. Это основано на том предположении, что один из элементов является настолько доминирующим, что предопределяет сущностные черты цели всего договора. При этом надо избегать соблазна отождествлять преобладающий элемент с целью договора. Очевидно, что из числа рассмотренных ранее форм смешанных договоров рассматриваемый метод наиболее «заточен» под договоры с преобладающим элементом (*typische Verträge mit untergeordneten andersartigen Leistungen*). Данный взгляд в литературе признается господствующим³⁰².

Как было отмечено ранее, в работах германских юристов выявление преобладающего элемента осуществляется через доктрину *Schwer-punkt*, которая также широко воспринята и практикой. Так, в одном решении Верховный суд Германии занял следующую позицию: ГГУ исходит из того³⁰³, что смешанные договоры подлежат оценке по правилам того договора, в сфере которого лежит существо (*Schwerpunkt*) всей сделки³⁰⁴. Аналогичную формулировку мы находим едва ли не в каждом судебном акте, затрагивающем вопросы квалификации смешанных договоров³⁰⁵.

²⁹⁸ Постановление Президиума ВАС РФ от 28 мая 2013 г. № 17481/12.

²⁹⁹ Постановление ФАС Московского округа от 25 августа 2008 г. № КГ-А40/7848-08.

³⁰⁰ Симолин А.А. Возмездность, безвозмездность, смешанные договоры и иные теоретические проблемы гражданского права. М.: Статут, 2005. С. 483.

³⁰¹ *Die Absorbtiontheorie* – в Германии; *the predominance test* – в Соединенных Штатах; *conception d'absorption* – во Франции и т. д.

³⁰² Ballhaus W. in: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und Bundesgerichtshofes. 12. Aufl. Bd. 2/1: § 241–413. Vor § 305. Rn. 36.

³⁰³ Очевидно, что буквально текст ГГУ из этого, конечно, не исходит, но данная формулировка лишней раз показывает, что в развитых правовых порядках закон – это не только буква, но и вся та ноосфера, которая создана вокруг него многолетней работой коллективного разума по его толкованию и применению.

³⁰⁴ BGH NJW 2007, 213.

³⁰⁵ Здесь необходимо иметь в виду, что названная доктрина не только является «штатной» для договоров с преобладающим элементом, но и широко используется судами при коллизии в комбинированных договорах, что, на наш взгляд, может привести к неоправданному игнорированию правил о других «равных» элементах смешанного договора. Поэтому в последнем случае было бы более оправданно использовать в качестве критерия не *Schwerpunkt*, а цель договора. Нельзя не согласиться в этом отношении с Й. Гернхубером, который пишет, ссылаясь на обширную литературу, что в комбинированных догово-

Французская доктрина, в свою очередь, также исходит из того, что к договору должны применяться правила, установленные для договорной модели, которая в договоре является главной (*élément principal*)³⁰⁶. Люэль и Мур говорят об эффекте притяжения подчиненного предоставления предоставлением, характерным для договора³⁰⁷.

Говоря о доминировании преобладающего элемента, нужно оговориться, что нет никаких препятствий для применения к подчиненному элементу своих собственных норм, коль скоро это не вступает в противоречие с общей целью договора³⁰⁸. Действие же правил подчиненного элемента ни при каких обстоятельствах не может выйти за свои собственные пределы и оказать влияние на договор в целом. Например, недействительность подчиненного элемента не затрагивает действительности всего договора. Напротив, признание недействительной или незаключенной сделки в части преобладающего элемента ведет к обрушению всего договора.

В ситуации, когда преобладающий элемент может быть безошибочно идентифицирован, применение метода поглощения не вызывает особых трудностей. Однако когда мы сталкиваемся с менее очевидными, промежуточными вариантами, риск ошибки существенно возрастает. Причем граница между договорами с преобладающим элементом и комбинированными договорами настолько подвижна, что один и тот же смешанный договор может «мигрировать» между двумя этими формами. Характерным примером здесь является договор на изготовление оборудования, его последующую поставку и монтаж, который может быть отнесен как к одной форме, так и к другой, в зависимости от объема и сложности работ по изготовлению и монтажу³⁰⁹. Так, по одному из дел Верховный суд Германии сделал следующий вывод: «Чем больше для заказчика (покупателя) имеют значение потребительские свойства вещи и чем меньше сделан акцент на услугах по монтажу, тем больше оснований квалифицировать [договор] как чистую куплю-продажу»³¹⁰. В данном деле гелиоустановка производилась серийно (а не индивидуально под нужды клиента; при этом сути дела не меняет внесение незначительных изменений в серийную вещь по заданию клиента) и стоимость монтажа составляла 23 % от общей стоимости.

В похожем деле уже ФАС Поволжского округа договор на изготовление, поставку и пусконаладку линии для выпечки печенья в формах признал чистой поставкой, сделав при этом ссылку на то, что указанная линия производится поставщиком по типовым чертежам в соответствии с утвержденными техническими условиями. В связи с этим оборудование нельзя отнести к обладающему индивидуально-определенными заказчиком признаками и изготавливаемому в рамках договора подряда по заказу заказчика. При этом коллегия также обратила внимание на то, что монтаж и пусконаладочные работы являются лишь этапом, необходимым для передачи результата поставки³¹¹.

В другом деле ФАС Московского округа, признавая договор поставки и монтажа лифта смешанным, применил к нему нормы о договоре подряда³¹². Очевидно, что работы по установке лифта требуют специальной квалификации и отличаются особой сложностью и объемом, в силу чего вывод коллегии следует поддержать.

рах в ситуации, когда в регулировании элементов возникает противоречие, цель договора остается единственным мерилom (Gernhuber J. Op. cit. S. 166).

³⁰⁶ Dutilleul F.C., Delebecque Ph. Op. cit. P. 28.

³⁰⁷ Lluelles D., Moore B. Droit des obligations. Thémis, 2006. P. 915–916.

³⁰⁸ Löwisch M. in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. § 305–310; UKlaG (Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen). Sellier; De Gruyter, 2004. § 305. Rn. 39.

³⁰⁹ Stoffels M. Op. cit. S. 41.

³¹⁰ BGH NJW-RR 2004, 850.

³¹¹ Постановление ФАС Поволжского округа от 15 марта 2010 г. по делу № А49-3887/2009.

³¹² Постановление ФАС Московского округа от 27 сентября 2010 г. по делу № А40-150108/09-81-1106.

Таким образом, определение преобладающего элемента не может быть подчинено какому-либо универсальному правилу, а всецело зависит от целого ряда особенностей конкретного случая. Правда, обращает на себя внимание то, что в длящихся смешанных договорах суды, как правило, признают преобладающим элементом именно длящийся элемент, а действия, совершаемые одновременно, относят к подчиненным элементам. Например, один из судов Квебека признал контракт между судебным исполнителем³¹³ и гражданином смешанным, содержащим элементы договора поручения и оказания услуг. При этом суд указал, что элемент поручения в контексте службы исполнителя настолько минимален, что необходимо вести речь об оказании услуг³¹⁴.

В свою очередь, Верховный суд Германии оценивал договор, по которому служба знакомств оказывала соответствующие услуги по поиску и предложению различных вариантов. Одной из обязанностей службы были запись видеоинтервью с истцом, его монтирование и воспроизведение на портале. Несмотря на то что была признана подрядная природа подготовки этой видеозаписи и сам договор носил название подрядного (*Werkvertrag*), суд сделал вывод, что сущностью отношений сторон было оказание услуг, и на этом основании признал допустимым односторонний отказ³¹⁵.

Указанная особенность, конечно, не может быть признана строгим правилом, но тем не менее можно заключить, что сущность длящихся правоотношений иногда могут предопределять те права и обязанности, которые обуславливают их длительный характер, тогда как отдельные действия, не имеющие систематического характера, будут иметь обслуживающее значение.

Может получиться так, что в договоре два и более элементов имеют длящийся характер; в этом случае правоприменителю приходится выявлять, какой из этих элементов является «центром тяжести» всей сделки.

В одном деле, которое слушалось в Высшем земельном суде Ольденбурга, истец передал ответчику свою лошадь в целях оказания последним услуг по уходу и содержанию данного животного в конюшне ответчика. По причине конструктивных недостатков бокса в конюшне лошадь сломала ногу. При вынесении решения суд исходил из следующего.

Договор по уходу за лошадью (*Pferdpensionsvertrag*) является смешанным. Такой договор представляет собой единое целое (*einheitliches Ganzes*) и, следовательно, при его юридической оценке не может быть разделен на отдельные составные части. Особенность подобного договора заключается в том, что к нему должны быть применены правила о договоре, составляющем его существо (*Schwerpunkt*). При этом, конечно, не исключается применение к подчиненному элементу правил о данном договоре, если это не вредит адекватной оценке договора в целом.

В рассматриваемом деле существо спорного договора состоит не в аренде бокса в конюшне, а в уходе и заботе о животном, следовательно, должны применяться правила об ответственности не из договора аренды, а из договора об уходе и содержании (*Verwahrungsvertrag*)³¹⁶.

Для сравнения можно привести другое дело, которое уже было предметом рассмотрения Верховного суда Германии. Спорные правоотношения вытекали из договора по уходу за пожилыми людьми в доме престарелых. Апелляция расценила такой договор как договор найма с элементами иных договоров, в первую очередь возмездного оказания услуг. Верховный суд согласился с этой квалификацией, основываясь на своей более ранней позиции по вопросу юридической природы договора с гостиницей, который был квалифицирован как дого-

³¹³ В Квебеке существует институт частных судебных исполнителей – Палата судебных офицеров Квебека.

³¹⁴ *Malo c. F.G. Bradley Co.*, [1980] C.P. 334, 339.

³¹⁵ BGH NJW 2010, 150.

³¹⁶ OLG Oldenburg MDR 2011, 473.

вор найма жилого помещения в своей преобладающей сущности. В этом деле было обращено внимание на то, что по экономическому результату проживание в доме престарелых аналогично проживанию в гостинице, а сопутствующие услуги не выходят за пределы тех услуг, которые оказываются постояльцам гостиниц. Причем природа отношений не меняется только лишь из-за того, что объем услуг в доме престарелых шире, чем в гостинице, следовательно, существо данной сделки также образуют отношения найма³¹⁷.

Подобные примеры лишний раз демонстрируют, сколь непредсказуемым может быть результат при поиске природы договора в условиях, когда преобладание одного из элементов неочевидно. Данное обстоятельство должно учитываться при попытках создания неких универсальных шаблонов юридической оценки столь сложной материи, каковой является смешанный договор.

Надо отметить, что хотя отечественные суды не используют принцип поглощения, отдельные исключения из этого правила все же встречаются. Так, в п. 39 постановления Пленума ВС РФ от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» содержится разъяснение: «Требования граждан к качеству программного обеспечения, используемого в технически сложном товаре (например, к операционной системе, которая служит для обеспечения его функционирования), должны рассматриваться как требования к качеству товара в целом с учетом его потребительских свойств в соответствии со статьей 469 ГК РФ». Учитывая, что договор, по которому продажа товара с установленным на нем программным обеспечением (ПО) признается смешанным договором, содержащим элементы купли-продажи и передачи исключительных прав, предложенный судом подход является не чем иным, как реализацией метода поглощения. В большинстве своем, когда отечественные суды сталкиваются с договорами с преобладающим элементом, они склонны признавать такой договор «чистым» договором, избегая, таким образом, малоизвестного дискурса о принципе комбинирования, доктрины существенного элемента и т. д., как, например, в вышеприведенном казусе об изготовлении, поставке и монтаже линии для производства печенья.

Говоря о преобладающем элементе, мы должны понимать, что если в смешанном договоре более двух элементов, то подчиненные элементы также могут образовывать определенную иерархию. Это соображение особенно актуально, когда в договоре с преобладающим элементом ставится вопрос о возможности применения к подчиненному элементу его «родных» правил. В этом случае отсутствие конфликта между подчиненным и преобладающим элементами не исключает такого конфликта с другими элементами, которые также могут доминировать над первым. Отмеченная особенность требует отыскивать применимые правила с учетом такой иерархии.

Несмотря на высокую популярность в правоприменительной практике развитых правовых порядков, принцип поглощения ни в каком случае не гарантирует абсолютно точного результата. Разница в его применении к комбинированным договорам и договорам с преобладающим элементом состоит лишь в степени вероятности точного результата. Поверятся же эта точность, как было указано выше, целью договора. Причем даже тогда, когда нами отыскан элемент, в наибольшей степени соответствующий этой цели (*Schwerpunkt*), необходимо избегать соблазна его отождествления с целью договора, каковая формируется всеми элементами совместно, сколь бы ни был доминирующим один из них. Поэтому даже если при явном преобладании одного из элементов будет обнаружена невозможность применения принципа поглощения без ущерба для смысла и цели договора в целом, он должен быть отвергнут.

Нет никаких сомнений в том, что ни один из методов не дает идеального результата и каждый из них имеет свои недостатки. Метод поглощения не отвечает на вопрос, как опреде-

³¹⁷ BGH NJW 1979, 1288.

лить преобладающий элемент в ситуации, когда выбор неочевиден. Метод комбинирования оставляет без ответа, как быть при коллизии правил, относящихся к конкретным элементам смешанного договора. Теории поглощения бросается еще и тот упрек, что в условиях, когда преобладание одного из элементов неоспорно, на удовлетворительный результат можно рассчитывать лишь случайно³¹⁸. Преодоления указанных трудностей доктрина ищет в выработке более гибких подходов, основанных на сочетании различных приемов. Кроме того, сам законодатель может помочь практике, фиксируя наиболее устойчивые комбинации смешанных договоров и наделяя их позитивным регулированием, как, например, было сделано в § 434 ГГУ, где закреплено, что недостатки в работе по монтажу проданной вещи приравниваются к недостаткам самой вещи, чем была снята коллизия между элементами подряда и купли-продажи в соответствующем договоре.

Подводя итог сказанному, считаем возможным сформулировать ряд ориентиров для регулирования смешанных договоров в отечественной правоприменительной практике, которые могут быть сведены к следующему алгоритму.

1. Первостепенной задачей является идентификация рассматриваемого договора в качестве смешанного, что требует его отграничения от комплексных договоров.

2. После этого необходимо соотнести смешанный договор с комбинированным договором или договором с преобладающим элементом, опираясь при этом на презумпцию комбинированного договора (п. 3 ст. 421 ГК РФ). Квалификация договора в качестве договора с преобладающим элементом может быть сделана лишь при очевидном доминировании одного из элементов. В последнем случае по общему правилу применяется принцип поглощения, если это не противоречит общей цели договора. В исключительных случаях к подчиненному элементу могут быть применены свои правила, если их применение не исключает действие правил о преобладающем элементе.

3. В случае если элементы договора равнозначны или их неравнозначность не носит выраженного характера, применяется метод комбинирования. Не разрешенные методом комбинирования коллизии должны решаться с учетом цели договора, предполагаемой воли сторон и специфики их интересов. Кроме того, целесообразно использовать воспринятый германской судебной практикой критерий *Schwerpunkt*, который состоит в отыскании той договорной модели, которая в наибольшей степени выражает существо всего договора, его экономический смысл. При этом нельзя забывать, что поиск такого экономического «ядра» смешанного договора не гарантирует точного результата и, во всяком случае, подлежит соотнесению с целью договора.

4. К спаренным договорам (*doppeltypische Vertrag*) подлежит применению метод поглощения либо метод комбинирования – в зависимости от того, является одно из встречных представлений преобладающим или они равнозначны.

5. Если применение любого из методов противоречит цели и смыслу смешанного договора, то их применение исключается. В этом случае допустимо исходить из общих норм ГК РФ об обязательствах.

6. На каждом этапе квалификации необходимо в первую очередь стараться отыскать волю сторон, поскольку, как и отграничение смешанного договора от комплексного, именно воля сторон и баланс их интересов являются приоритетными критериями при определении правил, подлежащих применению к смешанным договорам³¹⁹. Все прочие описанные построения играют лишь вспомогательную роль.

³¹⁸ Dellios G. Zur Präzisierung der Rechtsfindungsmethode bei «gemischten» Verträgen: Diss. Universität Regensburg, 1981. S. 183.

³¹⁹ BGH NJW 2002, 1337; Greiner St. Op. cit. S. 244.

Д.И. Степанов

Свобода договора и многосторонние сделки (договоры)

В настоящей статье автор обозначает специфику многосторонних гражданско-правовых сделок (многосторонних договоров), которые на уровне общей идеи лишены жесткого противопоставления интересов двух сторон, типичного для обычных двусторонних договоров. Как следствие, подобные договоры порождают новые проблемы, а именно отсутствие стабильных предпочтений большинства, что приводит к постоянной изменчивости содержания таких договоров. Из-за этой специфики для многосторонних договоров характерны отход от принципа единогласия и возможность модификации условий такого договора в будущем некоторым большинством, заранее определенным первоначальными участниками подобного договора. Тем самым в многосторонних договорах принцип свободы договора приобретает новое значение – найти оптимальный баланс между интересами большинства и меньшинства, когда и большинство, и меньшинство оказываются подвижными категориями, меняющимися со временем. В статье также предлагается решение ряда частных проблем, возникающих при формулировании условий таких договоров, необычных для проблематики свободы договора в двусторонних договорах.

Когда речь заходит о свободе договора, то применительно к современной правовой действительности внутри России обычно возникает один из двух образов: слабая сторона в договоре, которой что-то пытается навязать юридически более «продвинутый» или экономически более мощный контрагент, ссылаясь на то, что стороны, в общем, могут сами обо всем договориться, либо два коммерсанта, которые, возможно, и хотели бы о чем-то договориться, точнее, уже договорились, но, однако, кто-то извне, олицетворяющий постсоветское гражданское право, никак не решающееся порвать с махровым патернализмом, каждый раз говорит «нет» многим и многим договоренностям коммерсантов. Меж этих двух крайностей – каким образом защитить слабую сторону от произвола более сильного контрагента по договору, с одной стороны, и как при этом предоставить широкую свободу усмотрения сторон в формулировании условий коммерческих контрактов – с другой, – ведутся все или почти все дискуссии по проблематике свободы договора в российском гражданском праве последние несколько лет. Однако как на одном, так и на другом конце обозначенного спектра обнаруживаются образы права, в основе которых присутствует идея договора как двусторонней сделки, т. е. в таком случае всегда есть две стороны, преследующие свои собственные интересы, изначально находящиеся в некотором противопоставлении. Интересу одной стороны договора здесь противостоит интерес другой, причем как сама необходимость заключения договора, так и его последующее исполнение направлены на удовлетворение таких противостоящих интересов: интерес каждой стороны достигается посредством заключения и последующего исполнения договора. Как только интересы сторон удовлетворяются достижением обозначенной цели, конфликт интересов исчезает сам по себе просто потому, что места договорным отношениям там больше нет. Понятно, что в таком случае свобода договора, точно так же как и все договорное право, – это средство для сторон договора достичь наиболее быстро и прямолинейно удовлетворения своего интереса: в одних случаях даже в ущерб интересам контрагента (использование слабой договорной позиции контрагента в своекорыстных интересах), в других (в коммерческих договорах) – без оглядки на патернализм законодателей и отдельных теоретиков права, все еще живущих представлениями из советского прошлого.

Понятно, что за всяким упрощением действительности, описанием, сведенным к схеме, всегда теряются детали. Так и в случае со свободой договора: чуть более внимательное рас-

смотрение данной проблемы выявляет многие иные, порой довольно экзотические, образы права, возникающие в связи феноменом свободы договора, которые вовсе не сводимы к схеме «защита слабой стороны в договоре – коммерсанты как стороны договора». Одним из таких экзотических концептов является многосторонний договор (многосторонняя сделка), точнее, проблематика свободы договора и то, как она проявляется применительно к таким договорам, лишенным уже на уровне общей идеи противопоставления интересов, который характерен для договоров двусторонних. Именно рассмотрению подобной проблематики посвящена настоящая работа. Учитывая, что автору в таком случае приходится иметь дело одновременно с двумя «переменными» – коль скоро проблематика и многосторонних договоров, и свободы договора вообще не относится к чему-то устоявшемуся и глубоко разработанному в российской науке гражданского права, а скорее находится в процессе самого активного научного поиска, – предлагаемая вниманию читателей работа в известной мере носит постановочный характер: обозначить набор ключевых проблем, в зависимости от того или иного решения которых далее могут решаться все прочие – более частные вопросы.

Последующее изложение делится на две части: 1) краткое описание специфики многосторонних договоров с отступлениями в сторону того, какие вопросы на уровне общего учения о многосторонних договорах требуют своего решения, а также 2) обозначение проблем, относящихся к тому, как принцип свободы договора получает преломление применительно к столь специфичному институту договорного права, включая описание ряда конструкций, которые предлагается использовать как возможные правила по умолчанию, когда стороны не договорились об ином.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.