

## Доклад А. Байрамкулова по теме «Толкование договора».

В рамках доклада для обсуждения предлагаются следующие вопросы:

**Вопрос 1.** Применение буквального значения договора в спорах о толковании.

**Вопрос 2.** Исходные посылки толкования договора: позиции стороны-адресата (субъективный подход) и разумного лица (объективный подход)

**Вопрос 3.** Сфера применения правила *contra proferentem*

**Вопрос 4.** Восполнительное толкование договора

### Вопрос 1. Применение буквального значения договора в спорах о толковании.

**1.1. Установление буквального значения слов и словосочетаний представляет собой вид толкования договора, при котором объектом толкования является только текст договора. Такой подход ограничивает суд в исследовании доказательств содержания спорного условия, которые подтверждают обстоятельства, прямо не связанные с текстом договора.**

С точки зрения разрешения договорных споров во многих случаях смысл условий, о которых спорят стороны, суду ясен уже после первого прочтения текста договора. Однако обе стороны либо одна из них могут настаивать на ином, отличном от буквального, значении спорного условия. При этом обоснование сторонами специального значения условия не всегда означает, что сторона злоупотребляет своими процессуальными правами: значение, отклоняющееся от буквального, может основываться на таких обстоятельствах взаимоотношений сторон, которые не могут быть установлены только путем исследования текста договора.

Данной теме уделено значительное внимание в судебной практике западных правовых систем, чрезвычайно актуальна она и для российской практики применения ст. 431 ГК РФ. Как было правильно подмечено проф. А. Lüderitz-ом, история толкования договора исполнена стремлением избежать толкования<sup>1</sup>.

В практике английских судов сложилось так называемое *золотое правило толкования (golden rule)*, согласно которому «слова договора должны быть истолкованы в их буквальном и обычном смысле, исключая случаи, когда отклонение необходимо для того, чтобы избежать абсурда, противоречия либо непоследовательности»<sup>2</sup>. Ввиду простоты применения и значительной процессуальной экономии английские судьи до последнего времени придерживаются при толковании условий договора данного правила, несмотря на то, что оно неоднократно подвергалось критике<sup>3</sup>. В американских судах аналогичное значение имеет *правило очевидного значения (plain meaning rule)*<sup>4</sup>.

В качестве противопоставления literalismу в Англии и США сложилась доктрина приоритета контекстуального значения (*contextual meaning*), основной задачей которой стал отказ (полный либо частичный) от ограничения толкования в буквальном значении. В итоге необходимость применения рассматриваемых правил при разрешении договорных споров была пересмотрена: в США - после утверждения Второй кодификации договорного права (*Restatement Second of the Law of the*

<sup>1</sup> Lüderitz A. Auslegung von Rechtsgeschäften. Köln, 1966. S. 65.

<sup>2</sup> Lewison K. The Interpretation of Contracts. L., 2011. P. 202.

<sup>3</sup> Mitchell C. Interpretation of Contracts (Current Controversies in Law). L.; N.Y., 2007. P. 99.

<sup>4</sup> В английской практике термин «plain meaning rule» также используется как синоним «golden rule».

*Contracts*); в Англии - после рассмотрения Палатой лордов в 1997 г. ключевого дела *Investors Compensation Scheme*.

В отличие от традиций английского и американского права по замыслу разработчиков гражданских кодексов Германии и Франции, основанных на классической (консенсуальной) модели договора, при толковании договора суды должны были полностью отказаться от приоритета буквального значения. Согласно ст. 1156 ФГК при рассмотрении соглашений нужно исследовать в первую очередь, каково было обоюдное намерение договаривающихся сторон, а не останавливаться на буквальном смысле выражений. В соответствии с § 133 ГГУ при толковании волеизъявлений необходимо следовать действительной воле, не придерживаясь буквального смысла выражений.

Тем не менее в судебной практике были сформулированы подходы, которые отклоняются от данных требований закона. В особенности это касается французского права, где Кассационным судом Франции (*Cour de Cassation*) было разработано *правило ясных и точных условий (clauses claires et précises)*, смысл которого состоит в том, что «ясные и точные» условия договора не нуждаются в истолковании, поскольку если их смысл очевиден, то необходимость в установлении общей воли сторон в соответствии со ст. 1156 ФГК отсутствует.

Несмотря на ряд обоснованных возражений со стороны французской доктрины, связанных прежде всего с тем, что вывод о *ясности* условий также является результатом толкования, данное правило применяется до настоящего момента<sup>5</sup>. Сохранение этого правила в современной практике связано с тем, что оно позволяет Кассационному суду Франции осуществлять судебный контроль за теми выводами, к которым могут прийти нижестоящие суды, разрешая дела по существу посредством толкования договора. Основная цель правила не допустить искажения смысла договора (*dénaturations*) при ясных и точных условиях, когда суд может «переписать» договор при его толковании, нарушив автономию воли сторон.

При решении проблемы избыточности толкования также видно, что при применении рассматриваемого правила французские суды исходят из «неопровергаемой презумпции того, что ясное условие является правильным и полным выражением намерений сторон»<sup>6</sup>. Тем не менее действие данной презумпции в настоящее время значительно «смягчено», и, как отмечает проф. *S. Vogenauer*, отклонение от буквального значения допустимо в случае, когда такое значение является малообоснованным<sup>7</sup>.

Немецким судам также знакомо *правило однозначности (Eindeutigkeitsregel)*, которое было сформулировано Верховным судом Германии для того, чтобы при толковании договора не допустить искажения его смысла путем исключения не относящихся к разрешению спора интерпретаций. Однако данный подход в отличие от английского и французского не запрещает толкование в случае вывода об определенности и ясности условий, а наоборот, ставит его необходимым условием для формулирования судом такого вывода<sup>8</sup>.

В Германии правило однозначности также играет важную роль в процессе доказывания сторонами значений спорного условия. Однако в отличие от французского и английского подходов, где соответствующие правила ограничивают круг доказательств текстом договора, в немецком праве данное правило служит цели

<sup>5</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 2. Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. М., 1998. С. 110.

<sup>6</sup> Grigoleit H.C., Canaris C.-W. Interpretation of Contracts. 2010. P. 11 (<http://ssrn.com/abstract=1537169>).

<sup>7</sup> Vogenauer S. Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations <http://ssrn.com/abstract=984074>. P. 9.

<sup>8</sup> Lüderitz A. Op.cit. S. 66.

*распределения между сторонами бремени доказывания значения спорного условия. Согласно позиции Верховного суда Германии тот, кто ссылается на значение, отклоняющееся от буквального, несет бремя доказывания. Стороне договора, опирающейся на однозначный смысл слова, достаточно сослаться на текст, в то время как от стороны, настаивающей на особом значении, требуется доказывание дополнительных фактов, которые его обуславливают.*

Для современной российской практики вывод о неясности содержания договора является обязательным условием для толкования с привлечением всех обстоятельств, перечисленных в ст. 431 ГК РФ. Господствующая судебная практика применения ст. 431 ГК РФ позволяет ограничиться буквальным значением условия без исследования обстоятельств, которые могут свидетельствовать об ином, отличном от буквального, значении спорного условия.

Представленный выше обзор позволяет сделать вывод о том, что главная цель рассмотренных выше правил – *не допустить искажения смысла договора, который является очевидным и ясным.*

На примерах английского и французского права нетрудно заметить, что в случае установления буквального значения спорного условия суд ограничивает доказательства, которые могут быть представлены сторонами, ссылкой лишь на текст договора. К данным подходам тяготеет и российская судебная практика, которая предполагает возможность ограничения установления воли сторон буквальным значением, без исследования всех иных доказательств, которые могут быть представлены сторонами.

На наш взгляд, ограничение права сторон представлять доказательства в процессе толкования для подтверждения обосновываемого ими значения спорного условия должно быть подвергнуто критике исходя из следующих тезисов.

Во-первых, во всех рассматриваемых правовых порядках, исключая немецкое право, предпосылкой для применения указанных правил является вывод суда о том, что язык договора является ясным, не вызывает сомнений и поэтому не требует толкования, поскольку спорное условие может иметь лишь одно допустимое значение, которое является буквальным. Между тем в юридической литературе уже не раз обращалось внимание на то, что *вывод суда об определенности и ясности условий договора также является результатом толкования.*

Если ограничить возможность сторон ссылаться на внешние по отношению к тексту договора обстоятельства, то велика вероятность того, что значение спорного условия, которое отражает действительную волю сторон, будет отклонено судом без исследования всех необходимых фактов, составляющих контекст данного значения (переговоры, переписка, практика, установившаяся во взаимоотношениях сторон, и т.д.). В этой связи основная претензия к применению рассматриваемых правил сводится даже не к тому, что за основу судом принимается буквальное значение условия, а к тому, что *при установлении в процессе толкования данного значения суд не принимает во внимание все обстоятельства спора, которые важны для его правильного разрешения такового.*

Во-вторых, значительным недостатком применения рассматриваемых правил является то обстоятельство, что *для понятия «ясность условий договора» с практической точки зрения невозможно предложить универсальное определение с целью его последующего использования в качестве ограничения толкования.*

Учитывая высокую степень чувствительности слов как языковых знаков к контексту их употребления, а также конвенциональную природу их значений, «буквальное значение» едва ли может служить границей (условием) для перехода суда к процессу собственного толкования договора после оценки текста договора на

предмет ясности его содержания. Эта точка зрения нашла отражение в немецкой доктрине.

Коль скоро ясность договорного условия, с одной стороны, является выводом суда, сделанным по итогам толкования договора, а с другой - такой вывод основывается лишь на тексте договора без учета всех значимых для толкования обстоятельств, справедливо утверждать, что установление буквального значения представляет собой «усеченный», ограниченный вариант толкования договора.

Можно сделать вывод о том, что применение правил, ограничивающих толкование буквальным значением условий договора, не учитывает «то, что на первый взгляд, документ представляется имеющим очевидное значение, не препятствует и, конечно, не освобождает суд от необходимости исследовать факты»<sup>9</sup>.

### **1.2. С целью преодоления ограничения толкования буквальным значением на уровне Верховного Суда РФ следует закрепить опровержимую презумпцию в пользу буквального значения условия договора.**

Представленные выше суждения, а также полный или частичный отказ от применения правил о приоритете буквального значения договора в западных правовых системах, тенденцию российских судов к ограничению толкования при применении ст. 431 ГК РФ нельзя признать соответствующей тем целям, которые ставятся перед указанным гражданско-правовым институтом, прежде всего это касается установления воли сторон, на что направлено большинство правил толкования договора.

При рассмотрении вопроса о значении буквального толкования договора необходимо соотнести все плюсы и минусы указанного подхода.

Во-первых, при всех недостатках рассматриваемые нами правила о приоритете буквального значения спорного условия позволяют предотвратить искажение договора, обеспечив необходимый уровень защиты правовой определенности в отношениях сторон. Это особенно актуально в части деле защиты прав третьих лиц (лиц, не являющихся сторонами договора), которые могут обоснованно полагаться на буквальное значение договора.

Во-вторых, приоритет буквального толкования позволяет сократить литигационные издержки, связанные прежде всего с оплатой услуг судебных юристов в случае возникновения спора о толковании.

В-третьих, посредством буквального толкования ограничивается сфера злоупотребления со стороны недобросовестных контрагентов, которые не могут ссылаться на явно необоснованное значение условия с целью избежать ответственности по договору.

В то же время, как было отмечено ранее, главное преимущество отказа от буквального толкования состоит прежде всего в учете всех доказательств, которые могут говорить о действительной воле сторон, что в наибольшей мере соответствует принципам свободы договора и автономии воли.

Наиболее сбалансированным с точки зрения преимуществ и недостатков буквального толкования представляется подход немецких судов. В немецком праве ограничения на доказывание значения, отклоняющегося от буквального, отсутствуют, поэтому основной упрек, предъявляемый к английскому и французскому подходам, перестает быть актуальным.

На наш взгляд, правило однозначности (*Eindeutigkeitsregel*) является основанием для распределения бремени доказывания между сторонами: можно говорить о презумпции буквального значения спорного условия, которая (что

---

<sup>9</sup> Mitchell C. Op. cit. P. 42.

необходимо особо отметить) может быть опровергнута всеми допустимыми доказательствами.

Закрепление в российском праве на уровне разъяснений Верховного Суда РФ опровержимой презумпции в пользу буквального значения условий договора могло бы, с одной стороны, предоставить сторонам договора возможность ссылаться без ограничений на любые обстоятельства для подтверждения отстаиваемого ими значения спорного условия, а с другой - предотвратить искажение смысла договора в результате толкования.

Такая презумпция в большинстве случаев будет «работать» в пользу буквального (общеупотребительного) значения, поскольку опровергнуть ее представлением иных доказательств, не связанных с текстом договора, с практической точки зрения сложно.

Следовательно, все те преимущества буквального толкования, которые перечислены выше, в том числе защита прав третьих лиц и защита в случае злоупотребления сторонами своими процессуальными правами при толковании договора, сохраняются.

В части прав третьих лиц следует указать, что даже если буквальное значение договора будет опровергнуто стороной, при применении объективного критерия (позиция разумного лица, см. далее) достаточный уровень защиты будет соблюден. Что касается литигационных издержек, то введение указанной презумпции не должно, на наш взгляд, существенно повлиять на их величину, поскольку на практике вопросы толкования, требующие изучения большого количества доказательств, возникают преимущественно в крупных коммерческих спорах, где такие издержки всегда являются значительными.

Важно подчеркнуть, что *буквальное значение спорного условия является отправной точкой для толкования договора согласно объективному подходу* (см. далее), поэтому в процессе толкования буквальный текст по-прежнему будет играть важнейшую роль. В этой части предлагаемый нами подход направлен не столько против установления буквального значения, сколько против бездумного применения буквализма, при котором суд даже не пытается исследовать волю сторон.

Предлагаемое нами разъяснение судебной практики возможно сформулировать следующим образом: *«При толковании договора согласно ст. 431 ГК РФ судам следует учитывать, что буквальное значение содержащихся в договоре слов и выражений предполагается соответствующим действительной воле сторон, пока обратное не будет доказано заинтересованной стороной».*

С учетом вышеприведенных доводов такое решение представляется логичным: буквальное (общеупотребительное) значение слов и выражений при толковании договора не может оставаться без внимания при разрешении спора, поскольку на него, как правило, опирается не только суд, но и стороны договора. При этом если сторона, настаивающая на ином (специальном) значении договорного условия, представит убедительные доказательства того, что другая сторона знала или не могла не знать о таком значении, то суд должен принять его. В таком случае буквальное значение договора перестает быть ограничением для толкования и рассматривается в качестве одной из составляющих, влияющих на распределение бремени доказывания между сторонами спора.

Презумпция в пользу буквального значения условия договора может быть опровергнута любыми доказательствами, представляемыми сторонами. Предлагаемое разъяснение, с одной стороны, позволит сторонам спора ссылаться без ограничений на иные, не связанные с буквальным значением договора обстоятельства для подтверждения значения спорного условия, с другой - ограничит

возможность искажения действительного значения спорного условия договора в результате его толкования, если оно не совпадает с буквальным.

## **2. Исходные посылки толкования договора: позиции стороны-адресата (субъективный подход) и разумного лица (объективный подход)**

*2.1. Субъективный подход к толкованию договора направлен на установление действительной воли сторон в отношении спорного условия договора. При установлении такой воли решающее значение имеет то обстоятельство, что сторона-адресат знала или не могла не знать о содержании воли стороны-заявителя.*

В XIX столетии под влиянием идей индивидуализма и автономии воли в гражданском праве континентальных стран, на основе которых была создана классическая (консенсуальная) модель договора, субъективный подход к толкованию договора стал доминирующим. С точки зрения консенсуальной модели существо договора состоит в консенсусе (соглашении), т.е. в совпадении воли лиц, его заключивших, поэтому в рамках субъективного подхода целью толкования условий договора является установление действительной (подлинной, реальной) воли сторон.

Действительная воля устанавливается на основе непосредственного наблюдения и соотнесения опыта интерпретатора (суда) и сторон. Речь идет в этом случае о той воле, которая была сформирована ее носителем во внешних знаках (условия договора, переписка, последующее поведение). В этой связи представляется удачным определение действительной воли как воли *эмпирической*, т.е. того намерения, которое может быть определено непосредственно на основании доказательств, свидетельствующих о том, каких правовых последствий желали стороны при заключении договора.

Классическая модель договора была положена в основу европейских кодификаций, поэтому в национальных кодексах, принятых в XIX столетии, нормы о толковании договора ориентированы на применение субъективного критерия. Согласно ст. 1156 ФГК при рассмотрении соглашений нужно в первую очередь исследовать, каково было обоюдное намерение договаривающихся сторон, а не останавливаться на буквальном смысле выражений. Согласно § 133 ГГУ при толковании волеизъявлений необходимо следовать действительной воле, не придерживаясь буквального смысла выражений. Статья 431 ГК РФ также указывает на необходимость выяснения действительной общей воли сторон, хотя и после буквального толкования.

Однако и современный французский, и в особенности немецкий подходы к толкованию договора едва ли можно назвать в чистом виде субъективными, т.е. ориентированными на выявление действительной воли сторон, поскольку при толковании договора широко используются техники интерпретации договорных условий, которые основаны на объективных элементах.

Следует указать, что субъективный подход нашел непосредственное отражение в ряде *международных документов*, представляющих собой различные формы унификации договорного права (п. 1 ст. 4.1 Принципов УНИДРУА; п. 1 ст. 5:101 Принципов европейского договорного права; ст. 8:101; далее – DCFR).

При рассмотрении структуры гражданско-правового договора, в котором участвуют как минимум две стороны, становится актуальным вопрос: о воле какой из сторон говорится в приведенных выше нормах об «обоюдном намерении

договаривающихся сторон» (ФГК), «общем намерении сторон» (Принципы УНИДРУА, DCFR), о «действительной общей воле сторон» (п. 2 ст. 431 ГК РФ)?

В большинстве случаев обе стороны не могут быть одновременно авторами спорного условия: неопределенная формулировка, как правило, исходит от одной из сторон, которая предложила данное условие либо проект договора, поэтому применительно к договору можно говорить об *авторстве спорного условия*. Однако следование лишь воле той из сторон, которая является автором спорного условия, сопряжено с риском ущемления интересов другой стороны, которой было адресовано спорное условие.

В этой связи не представляется возможным игнорировать позицию той стороны, которой данное волеизъявление было направлено и которая полагалась на то изложение данного условия, которое было дано в тексте договора. По этим причинам при толковании договора суд не может ограничиться лишь исследованием внутренней воли одной из сторон (*стороны-заявителя*) в ущерб интересам другой стороны (*стороны-адресата*).

В западной доктрине права пристальное внимание уделено пониманию волеизъявления стороной договора, являющейся адресатом. При применении субъективного критерия определяющую роль играет то, что *другая сторона (адресат заявления) знала или не могла не знать о намерении заявителя*. Сообразно этому в немецкой литературе постулируется тезис о том, что решающее значение должно быть придано распознаваемости волеизъявления для другой стороны<sup>10</sup>.

Для целей толкования важно то, что, исполняя функцию объективации воли, «волеизъявление независимо от его формы сообщает адресату волеизъявления содержание внутренней воли лица»<sup>11</sup>. В этом контексте смысл субъективного критерия при толковании волеизъявления в соответствии с § 133 ГГУ состоит в том, чтобы *установить действительную волю заявителя в понимании ее получателя*, т.е. лица, которому она адресуется (*natürliche Auslegung*).

На практике при установлении *общей воли* сторон исследованию подлежит волеизъявление стороны-заявителя с позиций стороны-адресата. При этом *под действительной волей сторон договора понимается эмпирическая воля стороны-заявителя, ограниченная теми значениями, которые были доступны для понимания стороной-адресатом*.

Субъективный подход к толкованию договора приобретает объективные черты, поскольку при исследовании воли стороны-автора суд сужает область такого исследования позицией стороны-адресата, а определяющее значение приобретают внешние проявления воли, которые могут быть доступны стороне-адресату. В немецкой литературе для определения области понимания эмпирической воли, которой обладает адресат, используется термин «горизонт понимания» (*Empfängerhorizont*), который формируется из таких индивидуальных для стороны-адресата характеристик, как особенности словоупотребления, коммерческий опыт, объем владения сведениями о конкретных обстоятельствах сделки и т.д. Эти факторы могут иметь значение при установлении того, как было понято спорное условие стороной-адресатом.

В то же время *не следует абсолютизировать позицию стороны-адресата в ущерб интересам стороны-заявителя*, которая могла не проявить должной степени заботливости и осмотрительности для понимания волеизъявления, исходящего от стороны-заявителя.

---

<sup>10</sup> Vogenauer S. Op. cit. P. 4.

<sup>11</sup> Панова А.А. К вопросу о категориях воли, волеизъявления и порока воли в теории юридической сделки // Вестник гражданского права. 2011. № 1. С. 62.

Рассмотрим показательный пример из немецкого права<sup>12</sup>: при бронировании гостиницы заказчик просит зарезервировать «два номера с тремя кроватями». Заказчик рассчитывает занять два номера, в каждом из которых будут по три кровати, в то время как хозяин гостиницы забронировал два номера: односпальный и двухспальный соответственно.

Беглого взгляда на данную ситуацию достаточно, чтобы сделать вывод о том, что сама формулировка заказа является неопределенной, позволяющей допустить два в равной мере возможных значения: заказ двух номеров с шестью кроватями (с тремя кроватями в каждом номере) и заказ двух номеров с тремя кроватями. Однако означает ли это, что сторона-заявитель должна отвечать за неточную формулировку заказа? Ведь от хозяина гостиницы (сторона-адресат) также следовало бы ожидать принятия мер по уточнению того, какие именно номера намеревается заказать гость.

Как мы видим, при применении субъективного критерия в процессе толкования договора основными задачами суда становятся определение авторства спорного условия и распределение бремени доказывания его смысла между заявителем и адресатом с учетом должной степени заботы и осмотрительности, проявленной каждой из сторон. При этом определяющим является исследование того, как действительная (эмпирическая) воля стороны-заявителя, нашедшая отражение в волеизъявлении, была понята стороной-адресатом.

Установление действительной воли является первостепенной задачей при толковании условий договора, подтверждением чему служит в том числе иерархия норм, содержащихся в ст. 8 Венской конвенции, ст. 4.1 Принципов УНИДРУА, ст. 5:101 Принципов европейского договорного права, ст. II-8:101 DCFR.

Приоритет субъективного подхода объясняется прежде всего основообразующей для договора ролью принципа автономии воли. Если сторона-заявитель говорит об определенном значении своей воли и судом будет установлено, что сторона-адресат знала или не могла не знать о таком значении, в основу судебного решения должно быть положено то значение спорного условия, которое соответствует действительной воле заявителя, доступной для понимания адресатом.

В примере с заказом гостиничного номера, если будет доказано, что хозяин знал о составе гостей - две супружеские пары, каждая из которых собирается на отдых с ребенком, то для него было доступно действительное содержание воли стороны-заявителя.

На практике применение субъективного критерия сопряжено с трудностями доказывания того, что сторона договора знала или не могла не знать, каково было содержание действительной воли другой стороны. Кроме того, применение субъективного критерия толкования условий договора сталкивается с рядом иных практических сложностей.

Во-первых, имеются обоснованные возражения против применения субъективного подхода в тех случаях, когда от результата толкования зависят права и обязанности третьего лица, которое не является стороной договора. Очевидно, что третье лицо не может быть связано тем пониманием договора, которое имели стороны и о котором третьему лицу не было известно. В этой связи справедливой представляется позиция, отраженная в DCFR, в соответствии с которой применение субъективного критерия прямо исключено в случае, когда вопрос касается лица, не являющегося стороной договора (п. 3, II-8:101). В таком случае подлежит применению объективный критерий.

Во-вторых, применение субъективного критерия может быть значительно затруднено, когда невозможно установить, какая из сторон готовила проект договора

---

<sup>12</sup> Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 9., neubearb. und erweiter. Aufl. München, 2004. S. 391.



либо участвовала в разработке спорного условия, поскольку при его применении предполагается установление судом автора и адресата спорного условия договора. В отсутствие доказательств авторства спорного условия возможность распределения бремени доказывания между сторонами также ограничена.

В таких случаях дальнейший поиск действительной (эмпирической) воли не оправдан и правоприменителю следует обратиться к *объективному критерию толкования договора*.

**2.2. Объективный подход к толкованию договора направлен на установление разумной воли сторон, которая охватывает наиболее вероятное значение спорного условия договора исходя из понимания разумного лица (среднестатистического контрагента), действующего в том же качестве и при аналогичных обстоятельствах, что и сторона-адресат.**

Если основой для субъективного подхода к толкованию договора служит, как было указано, принцип автономии воли, то объективный подход базируется на *принципе защиты доверия* как непосредственно стороны договора, так и всех третьих лиц. В этой связи проф. R. Zimmerman указывает, что волеизъявление как эманация индивидуальной автономии не существует в социальном вакууме, оно вызывает обоснованные ожидания (*reasonable expectations*) со стороны других лиц, которые должны быть оправданными<sup>13</sup>.

Если субъективный критерий ориентирует суды при толковании договора на установление понимания действительной воли стороны-заявителя с позиций непосредственного адресата, т.е. контрагента по договору, то *при применении объективного критерия следует исходить из того понимания спорного условия, которым обладало бы любое разумное лицо*.

Суды во Франции в силу сложившейся традиции по-прежнему ссылаются на ст. 1156 ФГК, однако данная ссылка носит скорее церемониальный характер, поскольку на практике исследуются сугубо объективные факторы для установления субъективной воли сторон. В Германии еще на этапе разработки ГГУ субъективный критерий толкования волеизъявления (§ 133) был дополнен требованием, закрепленным в § 157 ГГУ, согласно которому договоры следует толковать добросовестно, принимая во внимание обычаи гражданского оборота (*Treu und Glauben*). Английские суды широко используют конструкцию разумного лица (*reasonable man*) при установлении того, каковы могли быть намерения лиц, заключивших договор, как было указано в судебном решении по делу *Reardon-Smith Line Ltd v. Hansen-Tange* (1976): «... когда говорят о намерениях сторон договора – говорят объективно, стороны сами не могут представить прямых доказательств того, каковы были их намерения; и установлению подлежат намерения разумных лиц, если бы они оказались на месте сторон»<sup>14</sup>.

Объективный критерий толкования договора широко применяется в международном коммерческом обороте (п. 2 ст. 8 Венской конвенции, п. 2 ст. 4.1 Принципов УНИДРУА, п. 3 ст. 5:101 Принципов европейского договорного права). В п. 3 ст. II-8:101 DCFR дополнительно представлена еще одна ситуация, когда применяется объективный критерий: договор толкуется согласно пониманию разумного лица, «если вопрос возник в отношении лица, не являющегося стороной договора, которое разумно и добросовестно полагалось на очевидное значение договора». В данном случае речь идет о защите доверия третьего лица, у которого

---

<sup>13</sup> Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 120. Там же см. библиографию по теории договора как обещания.

<sup>14</sup> Lewison K. Op. cit. P. 25.

могут возникнуть права и обязанности в связи с заключением и исполнением сторонами договора.

Объективный критерий призван играть вспомогательную роль по отношению к субъективному критерию. При этом на практике именно применение объективного критерия стало наиболее распространенной техникой толкования договора. При его применении устанавливается, какое понимание спорного условия имело бы *разумное лицо, действующее в том же качестве, что и другая сторона при аналогичных обстоятельствах*.

В английском праве *разумное лицо* - это правовая фикция, которая помогает суду при оценке обстоятельств спора о толковании обосновывать правовую позицию деперсонализированным (объективным) стандартом поведения и понимания. Примечателен следующий факт: чтобы подчеркнуть, что под *разумным лицом* понимается среднестатистический участник оборота, в доктрине общего права это понятие характеризуется как *человек из автобуса*<sup>15</sup>. Перспектива понимания спорного условия разумным лицом в английском праве в значительной степени совпадает с требованием учета объективного горизонта адресата волеизъявления в немецком праве (*objektiver Empfängerhorizont*)<sup>16</sup>. Со ссылкой на § 157 ГГУ в практике немецких судов сложилась практика выдвигания требования, согласно которому волеизъявление должно пониматься так, «как его бы понял адресат волеизъявления с учетом требования добросовестности и принимая во внимание обычаи гражданского оборота»<sup>17</sup>. При этом в немецкой литературе подчеркивается, что горизонт понимания адресата следует рассматривать объективно, т.е. опять же с точки зрения разумного лица (коммерсанта).

Российскому праву *конструкция разумного лица* незнакома. Вместе с тем объективная оценка условий договора с позиций гражданско-правового принципа разумности не является новеллой для отечественной доктрины и практики.

Для целей толкования договора перспектива использования *конструкции разумного лица* - это оценка спорного условия с точки зрения обычного участника оборота, любого третьего лица, не заинтересованного в исходе спора, но имеющего достаточный опыт и знания, для того чтобы истолковать условие наиболее вероятным образом. Можно сказать, что применение фикции разумного лица - это судебная оценка фактов с учетом принципа разумности, который хорошо известен всем правопорядкам, в том числе и отечественному (п. 5 ст. 10 ГК РФ, п. 3 ст. 307 ГК РФ).

С практической точки зрения объективный горизонт адресата - это прежде всего понимание спорного условия согласно его *буквальному значению*, поскольку такое значение представляет собой наиболее употребительное значение слова или словосочетания. Однако одним лишь буквальным значением такая перспектива ограничена быть не может, о чем говорят примеры из практики.

Посетитель ресторана делает заказ согласно старому меню, которое действовало ранее и было оставлено другим посетителем на столе. Можно ли истолковать оставленное меню как оферту, содержащую старые цены? Следует ли учитывать в таких обстоятельствах волю хозяина ресторана, который мог истолковать заказ как сделанный по действующим на момент заключения договора ценам?<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Martin E.A. Oxford Dictionary of Law. Oxford, 1997. P. 382.

<sup>16</sup> Lautenschlager F. Aktuelle Probleme bei der Auslegung von Willenerklärungen und Parteiverhalten bei Verträgen im Anwendungsbereich der CISG - Der objektive Dritte, späteres Parteiverhalten, Sprachprobleme und Allgemeine Geschäftsbedingungen. 2006. S.2.

<sup>17</sup> Vogenauer S. Op. cit. P. 5.

<sup>18</sup> Larenz K., Wolf M. Op. cit. S. 58.

Если не вдаваться в исследование вопроса о том, мог ли предотвратить хозяин ресторана оставление меню со старыми ценами (презюмируем, что мог), то среднестатистический посетитель ресторана (разумное лицо) мог полагаться на то, что цены, указанные в меню, обнаруженном им на столе, являются действительными на момент заказа. В перспективу понимания разумного лица не может быть включена возможность обнаружения меню с недействительными ценами исходя из тех обстоятельств, которые были очевидны для него в момент совершения заказа. Что касается понимания совершенного посетителем заказа хозяином ресторана, то следует, опять же согласно обстоятельствам совершения заказа, исходить из того, что для хозяина также было очевидно, что забытое на столе меню будет воспринято любым посетителем как оферта, содержащая действительные цены.

Применительно к различающемуся пониманию договорного условия стороной-заявителем и стороной-адресатом, как отмечается в литературе, «с одной стороны, от заявляющей стороны не следует требовать быть связанной разумным и добросовестным пониманием, с другой – только расчет на такое понимание заслуживает защиты со стороны права. Таким образом, этот взгляд имеет две стороны. Предполагается, что заявляющая сторона так же, как и адресат, должна иметь такое понимание, какое адресат мог или должен был иметь при применении стандарта разумности и добросовестности. Критерий работает как за, так и против обеих сторон»<sup>19</sup>.

Несложно заметить, что *разумное лицо*, объективный горизонт понимания которого следует установить суду, *помещается на место сторон, в перспективу его понимания включаются те обстоятельства и те сведения, которые относились к конкретной стороне спора.*

Такое уточнение *конструкции разумного лица* имеет важные практические последствия. Так, при применении объективного критерия следует устанавливать ту перспективу понимания стороной спорного условия, которую имело бы не любое абстрактное третье лицо, а разумное лицо на месте стороны - адресата волеизъявления. Иными словами, в перспективу понимания спорного условия разумным лицом входят все те знания, которыми обладала другая сторона при заключении договора: знания того языка, на котором составлен договор; технические знания, которые касаются исполнения договора, а также знание всех тех обстоятельств, о которых должна была знать другая сторона, в том числе содержание предшествующих заключению договора переговоров, тенденции мировой торговли, которые не могли быть неизвестны контрагенту, и др.

### ***2.3. Для достижения единообразия судебной практики в российском праве на уровне разъяснений Верховного Суда РФ следует закрепить субъективный и объективный подходы в качестве руководящих принципов толкования договора.***

Действующая редакция ст. 431 ГК РФ содержит достаточно абстрактные формулировки правил толкования, которые не учитывают главного, а именно - позиции автора и адресата волеизъявления. Такое положение дел нельзя признать правильным, поскольку рассмотрение договора в отрыве от установления того, кто из сторон являлся автором неопределенного условия, а кто адресатом, не позволяет правильно распределить бремя доказывания в спорах о толковании.

Как мы указывали раньше, во многих случаях представить доказательства того, какой была воля каждой из сторон, невозможно. При заключении договоров у сторон могли быть противоречащие, а не встречные волеизъявления. Во всех этих

---

<sup>19</sup> Grigoleit H.C., Canaris C.-W. Op. cit. P. 4.

случаях признавать договор незаключенным неправильно, это явно не соответствует способствуем стабильности оборота.

Для того чтобы не достичь «дна доказывания» или не навязать сторонам иного, чуждого существу отношений понимания спорного условия, принципиально важно правильное распределение бремени доказывания. Суд не должен толковать волеизъявление стороны изолированно, без учета того, как его могла бы понять другая сторона договора. По этой причине выделение позиций адресата и автора позволяет определить круг обстоятельств, подлежащих доказыванию. От автора договора требуется представить доказательства того, что адресат знал или должен был знать о содержании договора, а от адресата - что его понимание договора было разумным и об ином содержании договора он знать не мог.

Итогом любого судебного толкования договора будет являться переложение риска неточного условия на одну из сторон, против которой будет вынесено решение. Введение субъективного и объективного критериев толкования позволяет распределять этот риск не хаотично, как делают сейчас российские суды, а последовательно. По общему правилу автор несет ответственность за четкое содержание своего волеизъявления, если не представит доказательства того, что оно было понято адресатом либо разумным лицом именно в том смысле, который вкладывал автор.

Нетрудно заметить, что такая ответственность автора повышает уровень договорной дисциплины. В этом состоит политико-правовой аргумент в пользу введения названных подходов в российское право. Принимая это обстоятельство во внимание, российские суды при разрешении споров о толковании должны учитывать оба подхода, поскольку они помогают найти правильное решение при сохранении баланса интересов сторон (субъективный критерий) и интересов оборота (объективный критерий).

В целях применения указанных подходов к толкованию договора можно предложить следующие выводы, которые могут быть положены в основу возможных разъяснений высшими судами практики применения ст. 431 ГК РФ: *«Договор должен толковаться с учетом действительной общей воли сторон. Если будет установлено, что воля одной из сторон была направлена на придание договору определенного значения и в момент заключения договора другая сторона не могла не знать об этом, договор толкуется в соответствии с таким значением. Если действительная общая воля сторон не может быть выявлена, договор должен толковаться в соответствии со значением, которое разумные лица на месте сторон придавали бы договору».*

### **3. Сфера применение правила *contra proferentem***

***3.1. Обзор иностранных правопорядков позволяет сделать вывод о том, что применение правила *contra proferentem* основано на идее защиты экономически слабой стороны договора. При этом целью *contra proferentem* является не установление значения спорного условия, а отсеечение одного из значений, предложенных в споре, по политико-правовым соображениям.***

В различных правовых системах можно обнаружить ряд правил толкования, которые направлены не столько на установление воли и понимания сторон либо разумного лица, сколько на определение предпочтительной версии толкования («правила-предпочтения»).

При этом критерий такого предпочтения может быть обусловлен различными причинами, к примеру публичными интересами либо требованием правовой определенности.

Если правила, рассмотренные ранее, направлены на установление эмпирической либо разумной воли сторон, то правила-предпочтения подсказывают суду, «каким образом взвесить конкурирующие элементы»<sup>20</sup> в рамках толкования договора, которые могут служить доказательствами различных версий интерпретации спорного условия. Наиболее известным из таких правил является *правило о толковании договора против автора неясного условия (contra proferentem rule)*, корни которого могут быть обнаружены в римском праве.

Данное правило в различных формах было реципировано многими европейскими правовыми порядками. В Англии *contra proferentem rule* применяется преимущественно к эксклюзивным условиям (*exemption clauses*), т.е. к таким условиям, которые исключают или ограничивают ответственность одной из сторон договора. Во Франции данное правило может рассматриваться как общий принцип толкования. Так, в соответствии со ст. 1162 ФГК в случае сомнения соглашение должно толковаться против того, кто выговорил условия (в договоре), и в пользу того, кто принял на себя обязательства. При этом ФГК заимствовал из римского права правила толкования договора против продавца в сделке (ст. 1602), однако, как отмечает проф. S. Vogenauer, суды ограничили применение данной нормы случаями, когда дополнительные условия договора были включены по настоянию продавца и в его интересах<sup>21</sup>. В Германии действие правила *contra proferentem* также ограничено: оно применяется при толковании стандартных условий в целях защиты прав потребителей. В 2001 г. в ГГУ было внесено изменение, согласно которому «в случае сомнения стандартные условия толкуются против стороны, которая их использовала» (§ 305 ГГУ).

Как подчеркивает проф. R. Zimmerman, на примере Германии в современном праве данное правило призвано защитить тех контрагентов, которые не могут повлиять на процесс формирования содержания условий договора: «Стандартные условия формулируются одной из сторон, и такая сторона в действительности обычно не имеет особого интереса в своем контрагенте. Другая сторона, в особенности если она является обычным потребителем, не обладает экономической властью для того, чтобы настоять на альтернативных формулировках с целью достижения справедливого баланса рисков и интереса. Индивидуальные переговоры заменяются по существу навязыванием однотипных и, как правило, выгодных лишь одной стороне условий, оставляя в стороне правила *ius dispositivum*. Вскоре было обнаружено, что частная автономия больше не работает при таких обстоятельствах... В этой связи понадобилось судебное вмешательство, однако кодекс не снабдил суды инструментарием для выполнения этой новой задачи. Неудивительно, что в итоге суды обратились к древнему правилу *contra proferentem*, в частности, потому, что оно позволило им принять разумное решение без умаления «идола» свободы договора»<sup>22</sup>.

Идея защиты экономически слабой стороны договора как основание применения правила *contra proferentem* нашла отражение в Директиве Европейского Совета 3/13/ЕЕС от 14 апреля 1993 г. о несправедливых условиях в потребительских договорах. Так, согласно ст. 5 указанной Директивы в случае с договорами, в которых все или некоторые предложенные потребителю условия даны в письменной форме, эти условия должны всегда быть составлены простым и понятным языком. Если имеются сомнения в значении условия, должно преобладать толкование, наиболее благоприятное для потребителя. Таким образом, после принятия Директивы применение правила *contra proferentem* для толкования договоров с участием

---

<sup>20</sup> Burton S.J. Elements of contract interpretation. N.Y., 2009. P. 58.

<sup>21</sup> Vogenauer S. Op. cit. P. 20.

<sup>22</sup> Zimmerman R. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. N.Y., 1996. P. 641.

потребителей может считаться общим требованием для всех стран Европейского союза.

Рассматриваемое правило также было включено в международные унификации договорного права (ст. 4.6 Принципов УНИДРУА, ст. 5:103 Принципов европейского договорного права). Наиболее современная трактовка правила *contra proferentem* была предложена разработчиками DCFR.

Согласно п. 1 ст. II-8:103 DCFR в случае сомнения в отношении значения условия, которое не было индивидуально обговорено, преимуществом обладает толкование условия против стороны, которая его предложила. В соответствии с п. 2 ст. II-8:103 DCFR в случае сомнения в отношении значения любого иного условия, если такое условие было установлено под влиянием доминирующей стороны, преимуществом обладает толкование условия против такой стороны.

Как видно из правил DCFR, во-первых, условием применения рассматриваемого правила является наличие сомнения, т.е. неясность условия договора. Можно утверждать, что правило *contra proferentem* подлежит применению в тех случаях, когда применение иных правил не дало результатов<sup>23</sup>. При этом данный вывод является достаточно спорным.

Во-вторых, DCFR прямо ограничивает действие правила *contra proferentem* теми случаями, когда спорное условие индивидуально не согласовывалось, что, с одной стороны, является продолжением идеи о применении данного правила только к стандартным условиям, а с другой – корреспондирует правилу о приоритете индивидуально согласованных условий, которое также содержится в судебной практике западных правовых систем. Представляется, что это ограничение оправдано, поскольку если обе стороны участвовали в формулировании условий, и у стороны, которой данное условие было предложено, имелась возможность повлиять на его содержание – основания для возложения ответственности за спорную формулировку условия на другую сторону отсутствуют.

В-третьих, разработчики DCFR разграничивают две ситуации. Первая – толкование стандартного условия против стороны, которая включила его в текст договора; вторая – толкование любого условия, в том числе индивидуально согласованного, против стороны, у которой имелась возможность навязать это условие другой стороне. В данном случае можно говорить о расширении сферы применения правила *contra proferentem* исходя из публичных интересов, в том числе в контексте антимонопольного регулирования.

На наш взгляд, логическое обоснование современного применения правила *contra proferentem* можно найти в ответственности той стороны договора, которая реализует в терминах немецкой доктрины «свободу выражения заявления» (*formulierungsherrschaft*). Правила *contra proferentem* функционально можно рассматривать как санкцию за неясное формулирование условий договора, которая стимулирует стороны в будущем составлять договоры четко и ясно. Как отмечает проф. А.Г. Каранетов, «санкции должны налагаться на того, кто контролирует процесс разработки договорных условий и может предотвратить риск неопределенности текста с меньшими транзакционными издержками»<sup>24</sup>.

Кроме того, посредством применения данного правила гарантируется «сохранение *status quo*, которое должно было существовать без учета спорного условия. Если одна из сторон предлагает условие, она, как правило, ухудшает существующую правовую позицию другой стороны, устанавливая обязанности либо ограничивая права. Правило *contra proferentem* направлено на то, чтобы правомерная

---

<sup>23</sup> Vogenauer S. Op. cit. P. 21.

<sup>24</sup> Каранетов А. Г. *Contra proferentem* как метод толкования договора // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2013. № 7.

позиция другой стороны была ограничена только в той степени, которая совершенно ясно следует из договора»<sup>25</sup>.

Стоит отметить противоречивую природу данного правила, поскольку имеются небезосновательные сомнения по поводу того, можно ли назвать данное правило собственно правилом толкования. Как мы видим, целью *contra proferentem* является не установление значения спорного условия, а отсеечение одного из значений, предложенных в споре, по политико-правовым соображениям.

Это утверждение справедливо и по отношению к другим правилам предпочтения различных версий толкования договора (например, предпочтение языка оригинала текста договора в двуязычных договорах; предпочтение индивидуально оговоренных условий над стандартными). Вместе с тем политико-правовые основания выбора различных версий толкования в той или иной степени могут быть обнаружены во всех без исключения правилах толкования договора.

### ***3.2. Применение правила contra proferentem в российской судебной практике необходимо ограничить случаями толкования договора против профессионалов в соответствующей сфере и (или) более экономически сильной стороны.***

Данное правило нашло непосредственное отражение в разъяснениях Пленума ВАС РФ (п. 11 постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. №16 «О свободе договора и ее пределах»).

Согласно п. 11 названного Постановления при разрешении споров, возникающих из договоров, в случае неясности условий договора и невозможности установить действительную общую волю сторон с учетом цели договора, в том числе исходя из текста договора, предшествующих заключению договора переговоров, переписки сторон, практики, установившейся во взаимных отношениях сторон, обычаев, а также последующего поведения сторон договора (ст. 431 ГК РФ), толкование судом условий договора должно осуществляться в пользу контрагента стороны, которая подготовила проект договора либо предложила формулировку соответствующего условия.

Пока не доказано иное, предполагается, что такой стороной было лицо, являющееся профессионалом в соответствующей сфере, требующей специальных познаний (например, банк по договору кредита, лизингодатель по договору лизинга, страховщик по договору страхования и т.п.).

В целом необходимо поддержать появление этого правила на уровне разъяснений высшей судебной инстанции, однако то, как судебная практика восприняла это правило, нельзя признать правильным. Последние тенденции нижестоящих судов сводятся к тому, что договор по умолчанию толкуется против автора без попытки установления воли сторон и без учета того, могла ли сторона-адресат повлиять на содержание договора. Последнее принципиально важно, как мы видели на примерах из иностранных правопорядков.

На наш взгляд, при применении указанного выше разъяснения ВАС РФ в отечественной судебной практике *необходимо, помимо установления авторства спорного условия, устанавливать экономическое соотношение сторон.* Очевидно, что в договорах, в которых одним из контрагентов является более слабая с экономической точки зрения сторона (например, потребитель), применение *contra proferentem* является оправданным, поскольку позволит судам защитить публичный интерес.

---

<sup>25</sup> Grigoleit H.C., *Canaris C.-W.* Op. cit. P.15.

Кроме того, правило *contra proferentem* не должно подменять собою собственно процесс толкования договора, поскольку, как мы указали выше, это правило, скорее, политико-правовой выбор суда, и нельзя исключить того, что такой выбор может вступить в противоречие с действительной волей сторон.

#### 4. Восполнительное толкование договора

**5.1. Восполнению подлежат только те пробелы в договоре, которые имеют существенное значение для его исполнения. Суд вправе восполнить как пробелы, которые обнаружили уже после заключения договора, так и изначальные пробелы, в том числе сознательно оставленные сторонами.**

При разрешении спора суд может столкнуться с тем, что волеизъявление применительно к конкретному вопросу может отсутствовать в договоре, т.е. речь идет о *пробеле в договоре*. Другими словами, спорный вопрос сторонами прямо не урегулирован и иные условия договора в совокупности не позволяют однозначно судить о том, что в отношении данного вопроса сторонами достигнуто соглашение. В этом случае суду необходимо восполнить образовавшийся в договоре пробел.

Восполнение договора на примерах правовых систем Англии и Германии происходит посредством обращения к двум различным по своей природе методам.

*Первый метод восполнения* – это применение диспозитивных норм закона. Все рассматриваемые нами правовые системы имеют нормы, которые дополняют условия договора, если их неприменение специально не оговорено сторонами. Во Франции такие нормы называются *règles supplétives*, в Германии – *dispositives Gesetzesrecht*, в России – *диспозитивные нормы*, в Англии аналогичную функцию выполняют *подразумеваемые условия в законе (terms implied in law)*. *Второй метод восполнения* – это собственно восполнительное толкование (*Ergänzende Vertragsauslegung*), в Англии аналогичную функцию выполняют *подразумеваемые фактически условия (terms implied in fact)*. Соотношение указанных методов восполнения пробелов в договоре будет рассмотрено нами далее.

Российскому праву пока известен только первый вид восполнения – обращение к диспозитивным нормам, однако далеко не все пробелы могут быть восполнены таким образом.

Важным для дальнейшего рассмотрения является вопрос о том, *когда и при каких условиях суд может обратиться к восполнению договора*, поскольку пробелы в договоре могут быть как очевидными, так и скрытыми; носить существенный характер либо не требовать вмешательства суда. По этой причине суду может понадобиться отправная точка, позволяющая разграничить случаи, когда имеются объективные предпосылки к восполнению договора и когда такие предпосылки отсутствуют, а вмешательство суда в договорные отношения может привести к навязыванию сторонам тех условий, на которых они не намеревались заключить сделку, т.е. нарушить принцип автономии воли сторон.

В этом отношении можно обратиться к примерам из немецкого и английского права, которые могут служить ориентирами для разработки доктрины восполнительного толкования в российском праве.

В немецком праве условием для постановки судом вопроса о восполнении договора является *установление судом пробела в договоре (Vertragslücke)*, под которым суды понимают *проявившуюся неполноту (planwidrige Unvollständigkeit)* в том смысле, что стороны своим соглашением не урегулировали какой-либо аспект отношений, который требует регулирования. Констатация наличия договорного пробела является необходимым и достаточным условием для перехода к



восполнению договора. При этом определение понятия пробела в договоре сталкивается с рядом практических трудностей.

Во-первых, стороны не могут заранее предусмотреть все вопросы, которые могут возникнуть в будущем и потребуют урегулирования соглашением сторон. При этом не урегулированные сторонами вопросы могут быть различны: одни - касаться непосредственно существа договора, другие - дополнительных (факультативных) обязательств. Отсюда вопрос: может ли суд в каждом таком случае восполнять отсутствующее волеизъявление сторон либо пробелы договора могут ранжироваться в зависимости от их значимости?

Во-вторых, пробел в договоре может быть следствием того, что спорный вопрос был оставлен сторонами без внимания, поскольку стороны при заключении договора не предполагали, что такой вопрос в будущем возникнет и потребует урегулирования в рамках договора. При этом другой причиной наличия в договоре пробела может быть то, что стороны сознательно не урегулировали данный вопрос в рамках договора<sup>26</sup>. В этой связи также возникает вопрос: подлежат ли восполнению сознательно оставленные сторонами пробелы?

В-третьих, пробелы могут быть: а) изначальными, когда стороны своим соглашением не урегулировали вопрос, который к моменту заключения договора требовал регулирования; либо б) последующими, когда неурегулированный спорный вопрос возник в силу конкретных обстоятельств исполнения договора либо событий, связанных с исполнением договора. И вопрос: может ли восполнительное толкование договора применяться к последующим пробелам?

Отвечая на первый вопрос, следует учитывать, что в немецкой доктрине господствующим является мнение, согласно которому не каждый пробел позволяет переходить к восполнению договора. Восполнение может быть применено только тогда, когда неполнота (незавершенность) договора не позволяет сторонам исполнить взятые на себя обязательства. Из этого следует, что *пробел в договоре, наличие которого не влияет на достижение цели в договоре, не может являться основанием для восполнения*. На наш взгляд, это мнение заслуживает поддержки, поскольку восполнение пробелов, которые не носят существенного характера, означало бы расширение судом предмета договора, что также недопустимо с точки зрения стабильности оборота.

Что касается второго вопроса, в то немецком праве *пробел, который является следствием сознательно выбранной позиции сторон договора*, также может быть восполнен судом. Напротив: международные унификации договорного права не приняли обозначенную выше позицию. Так, согласно п. 4 ст. 901 *DCFR* восполнительное толкование неприменимо тогда, когда стороны сознательно оставили вопрос неурегулированным, приняв последствия этого.

Представляется, что сознательно оставленные сторонами пробелы могут быть восполнены договором, если они непосредственно связаны с достижением цели договора. Решение сторон оставить спорный вопрос неурегулированным может быть обусловлено различными обстоятельствами, в том числе невозможностью на момент заключения договора определить то, как данный вопрос мог быть урегулирован. Отказать сторонам в таком случае в праве поднять в судебном процессе вопрос о восполнении пробела означало бы отклониться от основной функции суда по разрешению спора.

Более того, сознательно оставленный сторонами пробел может быть связан с вопросом о транзакционных издержках, когда сторонам выгоднее оставить вопрос неразрешенным в расчете на то, что он не станет актуальным либо будет восполнен

---

<sup>26</sup> Grigoleit H.C., Canaris C.-W. Op. cit. P. 18.

диспозитивными нормами либо судом, чем нести расходы по оплате услуг юристов, составляющих договор во всех деталях.

По поводу третьего вопроса: немецкая доктрина и практика едины во мнении о том, что как изначальный, так и последующий пробел в договоре может быть восполнен посредством толкования<sup>27</sup>. Это мнение в целом заслуживает поддержки по причине невозможности точно предсказать, какие вопросы могут возникнуть при исполнении договора.

В английском праве концепция пробела не играет столь существенной роли, поскольку аналогичную функцию выполняют *презюпции против включения спорного условия*. Согласно данной презюпции предполагается, что стороны в своем договоре предусмотрели регулирование по всем необходимым вопросам, если не будет доказано иное<sup>28</sup>. При этом чем более подробным является содержание договора, тем эта презюпция сильнее.

Обнаружение пробела в договоре является риском, который несут сами стороны, каждая из сторон договора оказывается по общему правилу ответственна за неполноту содержания договора. Это в свою очередь является предпосылкой для утверждения о наличии у договора такого свойства, как *негативная исключительность (negative exclusiveness)*, которое предполагает, что договор является исключительным средством регулирования отношений его сторон.

При этом рассматриваемая нами презюпция является опровержимой. Если будет доказано, что договором не охватывается какой-либо важный для сторон вопрос, то суд может обратиться к его восполнению, которое в английском праве реализуется посредством *включения судом подразумеваемых условий договора (implied terms)*. В английском праве выделяют два основных вида подразумеваемых условий – условия, которые выводятся из норм закона (*implication in law*) либо из обстоятельств спора (*implication in fact*). Первый вид подразумеваемых условий во многом совпадает с диспозитивными нормами закона, в то время как второй по существу является итогом восполнительного толкования.

## **5.2. Основой для восполнения пробелов в договоре является гипотетическая воля сторон, которая отвечает на вопрос: как стороны урегулировали бы спорную ситуацию, если бы она была очевидна для них на момент заключения договора.**

Несмотря на различия восполнительного толкования договора в немецком праве и подразумеваемых условий в английском праве, по существу, обе концепции основываются на едином критерии восполнения – *гипотетической (предполагаемой) воле сторон*.

При восполнении пробела в договоре немецкие суды основываются на том, как сами стороны договора могли бы урегулировать возникший пробел, если бы он был очевиден для них на момент заключения договора. Учитывая это, суду, приняв во внимание все представленные доказательства, следует определить, каким бы могло быть волеизъявление сторон. Согласно немецкой доктрине в этом случае на место реальной воли сторон, которая не нашла своего отражения в договоре, на основе общих интересов и конкретных обстоятельств дела ставится *гипотетическая воля сторон (hypothetischen Parteiwillen)*.

Как и в случае с установлением эмпирической либо разумной воли, для установления *гипотетической воли* важное значение имеет то, какие обстоятельства могут учитываться судом. В юридической литературе

---

<sup>27</sup> Cornet N. Contract Interpretation and Gap Filling: Comparative and Theoretical Perspectives. Antwerpen, 2006. P. 135.

<sup>28</sup> Lewison K. Op. cit. P. 71.

предлагается выделение индивидуально-субъективных обстоятельств и нормативно-объективных условий.

К первому виду (*индивидуально-субъективные*) отнесены условия, которые тесно связаны с уже нашедшей отражение в договоре волей сторон: а именно цель договора, условия, затрагивающие индивидуальные интересы сторон, а также условия, которые могут указывать на то, каким могло быть волеизъявление сторон по спорному и не урегулированному договором вопросу.

Согласно взглядам, высказанным в немецкой доктрине, *непосредственно текст договора* при восполнительном толковании может быть использован в качестве *источника права (Rechtsquelle)* для восполнения пробела либо как *нормативная структура (Normengefuge)*, в рамках которой договор должен быть выполнен<sup>29</sup>. Учет текста договора при восполнении пробела также играет важную роль для оценки того, согласуется ли предлагаемое сторонами условие с иными условиями. В случае противоречия такое условие не может быть включено судом в договор с целью восполнения пробела.

Ко второму виду условий (*нормативно-объективные*), учитываемых при восполнительном толковании договора, отнесены добросовестность (*Treu und Glauben*) и сложившаяся практика (*Verkehrssitte*)<sup>30</sup>. При применении нормативно-объективных обстоятельств суд на место сторон ставит разумных и добросовестных контрагентов, устанавливая то, какой могла бы быть гипотетическая воля таких лиц применительно к не урегулированному в договоре вопросу. Это во многом напоминает применение объективного критерия при толковании договора. Различие состоит в том, что при восполнительном толковании устанавливается не понимание разумным лицом уже существующего в договоре условия, а то, какова могла быть гипотетическая воля разумных лиц.

Следует отметить, что, проецируя то, каким могло быть волеизъявление разумных лиц, суд, по существу, создает новое условие договора исходя из представлений о справедливости. Можно утверждать, что в данном случае решающее значение имеет усмотрение суда. При этом, как отмечается в доктрине, в силу необходимости защиты принципа автономии воли нормативно-объективные обстоятельства должны учитываться после оценки индивидуально-субъективных<sup>31</sup>.

Из представленного видно, что восполнительное толкование договора на основе гипотетической воли сторон предоставляет суду широкие полномочия по определению содержания договорных обязательств сторон. При этом в юридической литературе высказывается мысль о том, что «гипотетическая воля сторон» является аргументом из сферы риторики, поскольку исполнение осуществляется на основе мнения судьи относительно того, как было бы справедливо урегулировать договор между сторонами.

С практической точки зрения такое широкое усмотрение суда обуславливает наличие рисков, связанных с судебным вмешательством в гражданско-правовые отношения сторон, и как следствие, нарушение принципа автономии воли. Основным риском восполнения пробелов в договоре состоит в том, что стороне договора может быть вменена обязанность, которую она не намеревалась нести. С учетом этого в немецкой доктрине активно обсуждается вопрос об ограничениях восполнительного толкования договора.

Во-первых, *восполняемое судом условие договора не может противоречить уже существующим условиям договора*. В случае наличия такого противоречия судебное

---

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Cornet N. Op. cit. P. 141.

<sup>31</sup> Cornet N. Op. cit. P.140.

решение, которым договор был исполнен, подлежит отмене как нарушающее принцип свободы договора.

Во-вторых, как уже было указано ранее, суд может исполнить только те пробелы в договоре, необходимость устранения которых непосредственно связана с целью договора. Иными словами, *восполнительное толкование судом может быть применено только к случаям, когда без исполнения пробела договор не может быть исполнен.*

В-третьих, *под видом восполнительного толкования не допускается расширение предмета договора*, т.е. «создание» судом новых прав и обязанностей сторон<sup>32</sup>.

В-четвертых, согласно позиции Верховного суда Германии *недопустимо посредством восполнительного толкования заменять недействительное условие договора*<sup>33</sup>. С этим мнением следует согласиться, поскольку для таких случаев законом предусмотрены специальные последствия исходя в том числе из публичных интересов. При этом вряд ли в случае с недействительным условием договора можно вести речь о наличии пробела, поскольку стороны изъявили свою волю на включение указанного условия.

Таким образом, немецкая доктрина и практика содержат ряд существенных ограничений восполнительного толкования договора на основе гипотетической воли сторон, направленных прежде всего на защиту автономии воли сторон и сдерживание усмотрения суда.

В английском праве *гипотетическая (предполагаемая) воля сторон (presumed intentions of the parties)* также используется в качестве ориентира при исполнении договоров. Вместе с тем английским юристам восполнительное толкование незнакомо, а сама терминология рассмотрения вопросов исполнения договора существенно отличается. Ближайший аналог *восполнительного толкования (Ergänzende Vertragsauslegung)* может быть найден при применении английским судом *подразумеваемых фактически условий (terms implied in fact)*. К подразумеваемым фактически условиям договора относятся исполняемые судом положения договора, необходимость включения которых обусловлена существом договорных отношений и иными значимыми для таких отношений обстоятельствами.

Когда подразумеваемые условия могут быть применены к договору? В английском праве выделяются пять таких требований: 1) подразумеваемые фактически условия должны быть необходимыми для того, чтобы договор имел *экономический эффект (business efficacy)*; 2) такие условия должны быть настолько очевидными для договора, что в обычной ситуации они бы исполнялись *по умолчанию (go without saying)*; 3) указанные условия должны быть разумными; 4) они не должны противоречить ни одному явно выраженному условию договора; 5) они могут быть включены в договор при условии возможности их ясного формулирования<sup>34</sup>. Как мы видим, несмотря на различие формулировок по содержанию указанные требования сходны с теми ограничениями, которое выработала немецкая судебная практика.

Смысл первого и основного из перечисленных выше критериев включения подразумеваемых условий в договор становится ясен на примере дела *The Moorcock*. По обстоятельствам данного дела ответчик обязался предоставить истцу принадлежавшее ему место на набережной Темзы для разгрузки судна. Когда судно, как это было предусмотрено, село на грунт после отлива, то получило пробоину, так

---

<sup>32</sup> Cornet N. Op. cit. P.144.

<sup>33</sup> Cornet N. Op. cit. P. 146.

<sup>34</sup> Lewison K. Op. cit. P. 289.

как дно было неровным. Иск был удовлетворен. Суд, обратившись к «условию, подразумеваемому фактически», нашел, что ответчик нарушил договорное обязательство, так как не предупредил своевременно истца о неровностях дна Темзы в месте разгрузки, которое принадлежало ответчику, или не знал об этих особенностях дна, хотя знать об этом был обязан<sup>35</sup>.

В данном деле суд апелляционной инстанции (*Court of Appeal*) специально указал, что право стремится к тому, чтобы путем включения придать договору экономический эффект с точки зрения *предпринимательских отношений (business efficacy)*, достичь которого намеревались обе стороны, а не к тому, чтобы возложить на одну из сторон риски, связанные со сделкой, либо освободить от всех обязанностей.

С точки зрения практики вопрос о том, влечет ли подразумеваемое условие необходимый экономический эффект, связан с определением того, как исполняется договор без включения данного условия<sup>36</sup>. Если такой договор не может быть исполнен либо его исполнение может быть затруднено, то суд исходит из того, что гипотетической волей сторон охватывалось включение такого условия. Такое допущение основывается на более общем предположении о том, что стороны, заключая договор, намереваются совершить исполнимую и действительную сделку.

Таким образом, на примерах из немецкого и английского права можно прийти к выводу, что *при всем различии техник восполнения пробелов в договоре основная цель их применения состоит в том, чтобы установить содержание гипотетической (предполагаемой) воли сторон договора*.

При этом ссылка на гипотетическую волю сторон, с одной стороны, маскирует мнение суда по вопросу о том, как может быть восполнен пробел, с другой – очерчивает границы судебного усмотрения, формируя общий ориентир, согласно которому осуществляется восполнение.

**5.3. Различие между применением диспозитивного права и восполнительным толкованием состоит в масштабе восполнения. При этом по общему правилу диспозитивным нормам должен быть отдан приоритет в тех случаях, когда нормы диспозитивного права либо отсутствуют, либо неприменимы потому, что противоречат особому положению интересов сторон, исходя из условий конкретной сделки.**

Прежде всего восполнительное толкование и применение норм диспозитивного права выполняют единую функцию по восполнению пробела в договоре. Вместе с тем, рассматриваемые институты являются различными методами решения одной проблемы. Механизм действия восполнительного толкования на основе гипотетической воли сторон нами уже был проанализирован.

Диспозитивные нормы права представляют собой довольно полное «резервное регулирование»<sup>37</sup>, которое применяется к договорам вообще или к наиболее важным типам договоров, на случай когда договаривающиеся стороны не предусмотрели ничего иного. При этом законодатель считает справедливым ориентироваться при формулировании норм диспозитивного права на усредненную (среднестатистическую) волю участников оборота<sup>38</sup>. Хотя в некоторых диспозитивных нормах усредненная воля роли не играет, поскольку главенствующее значение имеет публичный интерес.

---

<sup>35</sup> Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. С.117; Cases, Materials and Text on Contract Law: Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. Oxford, 2010. P. 744.

<sup>36</sup> Cornet N. Op. cit. P. 186.

<sup>37</sup> Koetz, Hein D., Op. cit. S. 291.

<sup>38</sup> Sandrock O. Op. cit. S. 44.

Когда судья основывается при восполнении пробела на гипотетической воле, он действует во многом таким же образом, что и при применении норм диспозитивного права, поскольку и гипотетическая воля сторон, по существу, ориентируется на среднестатистическую (обычную) волю сторон<sup>39</sup>, хотя при этом учитываются индивидуальные обстоятельства сделки, что нехарактерно для диспозитивного права.

Учитывая, что содержание диспозитивного права также во многом определяется «усредненной волей участников оборота», проф. *O. Sandrock* приходит к выводу о том, что *различие исследуемых институтов просматривается лишь в масштабе восполнения*: в одном случае должно быть образовано общее, действующее для сделок, правило, в другом выработано такое регулирование, которое в наибольшей мере согласуется с фактическими обстоятельствами каждого уникального дела<sup>40</sup>.

Различие масштабов восполнения обусловлено теми задачами, которые выполняет *диспозитивное (lex dispositiva)* и *индивидуально-правовое (lex privata)* регулирование в договорном праве. Как разъясняет проф. *O. Sandrock*, при восполнении пробела диспозитивное право учитывает типичное в разрешаемом случае, оно также имеет всеобщий масштаб и ориентир на справедливость. Восполнительное толкование, напротив, исходит из отдельных (нетипичных) обстоятельств, из индивидуальных вариантов понимания, из особенностей жизненных условий контрагентов, их словоупотребления<sup>41</sup>.

В отличие от диспозитивного права восполнительное толкование не ставит своей задачей типичное регулирование отношений сторон, поэтому не имеет универсального масштаба. В этом отношении справедливо утверждать, что восполнительное толкование действует только для отдельного случая (конкретного пробела в договоре). По этой причине решение по отдельному делу, в котором было применено восполнительное толкование, не может быть по общему правилу использовано впоследствии в качестве прецедента для восполнения договора по другим делам<sup>42</sup>.

Приведенные суждения позволяют сделать вывод о том, что *если в основе применения норм диспозитивного права лежит обобщенная оценка, то восполнительное толкование основывается на казуистическом методе, учитывающем особое положение интересов сторон конкретного договора*.

Важным является вопрос о том, чему должен быть отдан приоритет – диспозитивным нормам либо восполнительному толкованию? В немецком праве *по общему правилу приоритет имеют диспозитивные нормы закона*. Эта позиция поддерживается немецкими судами и объясняется в доктрине со ссылкой на следующие доводы<sup>43</sup>.

Во-первых, диспозитивные нормы содержат наиболее типичные решения для соответствующих видов договоров. В этом отношении диспозитивная норма отражает то, что обычно требуется сторонам для восполнения пробела согласно общей цели договора. Поиск индивидуального решения в каждом таком случае фактически означает отказ от той функции, которую выполняют диспозитивные нормы.

Во-вторых, преимущество диспозитивных норм перед восполнительным толкованием также объясняется общим требованием правовой определенности.

---

<sup>39</sup> Ibid. S. 94.

<sup>40</sup> Ibidem.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Ibidem.

<sup>43</sup> Cornet N. Op. cit. P. 104 - 109.

Принятие в таких случаях индивидуальных решений при наличии диспозитивных норм противоречит данному принципу.

В-третьих, во многих случаях стороны намеренно оставляют в своем договоре пробелы, рассчитывая на применение к их отношениям норм диспозитивного права.

Следует отметить, что приоритет диспозитивного права не может рассматриваться как абсолютный, поскольку на практике встречаются случаи, когда содержание типичного регулирования, предусмотренного диспозитивной нормой, вступает в противоречие с договором.

С практической точки зрения для решения вопроса о том, каким из рассматриваемых методов пробел в договоре должен быть восполнен, следует, по справедливому мнению проф. *H. Koetz*, обратиться к вопросу о причинах возникновения пробела<sup>44</sup>. Если договорные пробелы возникают из-за того, что детальные переговоры отсутствовали, поскольку не были выгодны для сторон ввиду необходимости несения транзакционных расходов, то договорный риск должен распределяться диспозитивным правом как раз так, как стороны действовали бы, если бы подчинили в этой ситуации соглашение тому решению, которое предлагается законодателем. Иначе говоря, диспозитивное право применительно к договору является не чем иным, кроме как «законной типизацией в обобщенном масштабе предположительной воли добросовестных и разумных сторон»<sup>45</sup>.

Продолжая данную мысль, можно утверждать, что диспозитивному праву должно быть отдано предпочтение в случае наличия сознательного пробела, когда стороны допустили возможность применения к их отношениям диспозитивных норм. Напротив, восполнительное толкование осуществляется тогда, когда договор имеет пробел и для его устранения нормы диспозитивного права либо отсутствуют, либо неприменимы потому, что противоречат особому положению интересов сторон, исходя из условий конкретной сделки.

***5.4. С целью применения института восполнительного толкования договора в российском праве на уровне разъяснений Верховного Суда РФ предлагается закрепить следующее правило: если в результате толкования условий договора согласно ст. 431 ГК РФ судом будет установлено, что стороны не согласовали условие, имеющее значение для определения их прав и обязанностей, договор выполняется положением, о котором стороны могли бы договориться, если бы предусмотрели его в договоре.***

В отличие от зарубежных правовых порядков российскому праву институт восполнительного толкования договора незнаком. Это может объясняться как отсутствием в законе и на уровне разъяснений Верховного Суда РФ соответствующих правил восполнения пробелов в договоре, так и тем, что в отечественной доктрине необходимые исследования не проводились.

Однако на практике встречаются случаи, когда суды сталкиваются с ситуациями, при которых пробел в договорном регулировании очевиден и соответствующие нормы закона для его восполнения отсутствуют.

Представленный выше материал может служить целям формирования на уровне разъяснения Верховного Суда РФ подходов к восполнению пробелов в договоре. Сообразно изложенным подходам может быть предложена следующая формулировка таких разъяснений: «Если в результате толкования условий договора согласно ст. 431 ГК РФ судом будет установлено, что стороны не согласовали условие, необходимое для определения их прав и обязанностей, договор выполняется

---

<sup>44</sup> *Koetz H. Op. cit. S. 291 f.*

<sup>45</sup> *Ibid. 291 f.*

*положением, о котором стороны могли бы договориться, если бы предусмотрели его в отношении данного вопроса. При определении того, какое условие является соответствующим, должны быть помимо прочего приняты во внимание общая воля сторон, цель договора, практика, установившаяся во взаимоотношениях сторон, а также требования добросовестности и разумности».*

Предлагаемое разъяснение позволило бы российским судам разрешать ситуации, когда по результатам толкования условий будет установлено, что договор содержит пробел. В то же время такое разъяснение служит одновременно целям достижения правовой определенности в договорных отношениях сторон, поскольку обозначает границы восполнения со ссылкой прежде всего на явно выраженные условия договора и его цель.