

Свободная трибуна



Артем Георгиевич Карапетов

профессор Российской школы частного права,
ректор Юридического института «М-Логос»,
зав. кафедрой Государственной академии
повышения квалификации (ГАСИС),
кандидат юридических наук

Императивность или диспозитивность большинства гражданско-правовых норм не может быть установлена непосредственно из текста закона. Российская судебная практика в основном исходит из презумпции императивности таких норм, что отрицательно сказывается на стабильности гражданского оборота, поскольку дает возможность признавать недействительными неоправданно широкий круг сделок. Автор обосновывает необходимость замены презумпции императивности на презумпцию диспозитивности, опровержение которой возможно путем судебного толкования соответствующей нормы.

Свобода договора и пределы императивности норм гражданского права

Проблема стабильности договорных отношений

Сквозной нитью в тексте обсуждаемых сейчас проектов совершенствования гражданского законодательства проходит идея стабильности оборота и необходимости бороться с распространенной практикой признания сделок без достаточных разумных оснований недействительными или незаключенными. Например, в п. 1 § 1 раздела V проекта Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — Проект), утвержденного Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства при Президенте Российской Федерации, указывается следующее:

«К сожалению, сложившаяся практика применения института недействительности сделок в настоящее время свидетельствует о том, что правовое регулирование этого института в ГК РФ неудовлетворительно. Несовершенство законодательного регулирования недействительных сделок дает возможность недобросовестным лицам оспаривать в суде практически любую сделку, что по сути означает применение института недействительных сделок в противоречии с его подлинным назначением. В настоящее время споры о признании сделок недействительными по различным основаниям приобрели массовый характер. Значительная часть этих споров инициируется недобросовестными лицами, стремящимися избежать исполнения принятых на себя гражданско-правовых обязательств.

Чтобы не допустить дальнейшего разрушения стабильности гражданского оборота, законодательные реформы ... должны быть направлены на сокращение легальных возможностей признавать сделки недействительными во всех случаях, когда недействительность ... является неоправданной и явно несоразмерной характеру и последствиям допущенных при совершении сделки нарушений. При этом в первую очередь должны защищаться права и интересы добросовестных участников гражданских правоотношений»¹.

Одна из основных проблем отечественного гражданского права — патологическая нестабильность гражданского договорного оборота. Огромное количество сделок признается недействительными и незаключенными. Очень часто суды отказываются признавать действительность отдельных условий заключенных контрактов. Эта категория споров стала едва ли не самой распространенной. Более того, ответчики, к которым предъявляются иски за нарушение договора, зачастую не без успеха используют тактику оспаривания договора как основания иска, тем самым абсолютно недобросовестно уклоняясь от ответственности и освобождаясь от взятых на себя обязательств. Установка судей на строгий формальный контроль над сделками, воспринятая еще из советского права, только способствовала этой тенденции. Это абсолютно нехарактерно для развитых зарубежных правовых систем, максимально уважительно относящихся к свободе договора и силе заключенных контрактов. Между тем отсутствие уверенности в том, что суд придаст контракту принудительную силу, стало отличительной чертой российского права. Осознание порочности такой практики следует отнести к достоинствам Проекта.

Проблемы нестабильности договоров имеют в значительной мере юрико-идеологическую и юрико-техническую природу. Суды чаще всего признают сделки недействительными или незаключенными в силу неверного понимания целей и принципов гражданского права (причина идеологическая) и несовершенства законодательства (причина техническая). Соответственно благодаря публичному научному обсуждению и открытому диалогу, продуманным поправкам к гражданскому законодательству и уточнениям на уровне судебной практики можно существенно изменить ситуацию в этой сфере.

Для начала следует определить, является ли стабильность договорного оборота полноценным благом. Является ли свобода договора ценностью, заслуживающей полноценной защиты государства? Не стоит ли судам дать право по собственному усмотрению применять, прекращать или изменять договоры в экономике? Ответы

¹ *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2009. № 4. С. 49.*

на эти вопросы, видимо, дать невозможно, если оставаться исключительно в рамках права и не переходить в область философии, экономики, политологии и истории. Пока большинство во властвующей, интеллектуальной и экономической элите, контролирующей основные СМИ, определяющей культурную жизнь, владеющей основными производственными мощностями и капиталом, а также занимающей важнейшие посты в правительствах практически всех стран, составляют люди, в целом разделяющие капиталистическую парадигму, ценность принципов стабильности сделок и свободы договора остается по крайней мере формально общепризнанной. Это вытекает из основ классической экономики, согласно которым от правительства требуется строго охранять права собственности и придавать силу заключенным договорам. Участник экономического оборота, чьи права собственности надежно обеспечены, способен на долгосрочные инвестиции и активное предпринимательство. Никто лучше самих участников оборота не знает, что, по каким ценам и на каких условиях следует обменивать в рамках товарно-денежного оборота. Никакое правительство не способно определить наиболее эффективные условия оборота точнее, чем это делают миллионы действующих в исключительно своих эгоистических целях предпринимателей и потребителей. Мировые кризисы и иные форс-мажоры, демонстрирующие сбои этой системы, пока лишь корректировали, но не опровергли ее. Советский эксперимент, во время которого на костях миллионов людей была построена индустриальная экономика, впоследствии провалился, столкнувшись с вызовами постиндустриального перехода и развития информационного общества. Поэтому юристам не остается ничего другого, как воплощать данную рыночную парадигмальную установку в правовую жизнь, придавая ей соответствующие формы и обставляя техническими деталями.

При этом не стоит думать, что свобода и судебная защита договоров представляют собой абсолютное благо. С философской точки зрения два неотъемлемых элемента либерального и либерально-экономического порядка (свобода личности и свобода договоров) входят в некоторое противоречие. Прямое и буквальное воплощение принципа свободы личности приводило бы к тому, что на следующий день после заключения договора контрагент был бы свободен от взятых на себя обязательств. Только в силу современного либерального принципа, согласно которому свобода одного заканчивается там, где начинается свобода другого, ожидания кредитора защищаются принудительной силой государства.

Современное договорное право не превращает свободу договора в фетиш. Это стало особенно характерно для второй половины XX в. при возникновении и воплощении в жизнь во многих развитых странах идеи государства благосостояния (*welfare state*) с достаточно сильными дирижерскими полномочиями государственных органов. Некоторые зарубежные авторы даже объявили о смерти принципа свободы договора², однако в 1980-е гг. приход к власти и успехи в ряде ведущих стран мира либерально-консервативного крыла (М. Тэтчер, Р. Рейган и др.) заставили взглянуть на вопрос свободы договора более трезво³. Сейчас во всех ведущих странах этот принцип объявляется основополагающим, но способным быть ограниченным в определенных случаях — когда те или иные важные политико-правовые ценности оказываются более значимыми.

² Atiyah P.S. *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. 2003.

³ Buckley F.H. *The Fall and Rise of Freedom of Contract*. 1999.

По сути, речь идет об идее свободы договора как опровержимой презумпции. Основная проблема здесь — выявить те самые определенные случаи, когда презумпция опровергается. Например, многие страны после долгих экспериментов и споров ввели множество ограничений свободы договора в отношении сделок с потребителями, трудовых договоров (во многих странах это сфера гражданского права), стандартизированных договоров, сделок по аренде жилья, страхования и т. д.

Таким образом, наиболее актуальный вопрос состоит именно в выявлении тех оснований, когда сила заключенного договора и права сторон свободно определять его условия опровергаются в связи с приоритетом более важных политико-правовых ценностей. Законодатели и суды как проводники воли государства, основанного на принципах рыночной экономики, в идеале должны осознавать огромную важность основополагающих правовых принципов рыночного экономического порядка, среди которых выделяются в том числе и принцип *pacta sunt servanda*, и идея свободы договора, отступая от них только в тех случаях, когда очевидна более важная ценность, преодолевающая указанную презумпцию.

Проблема с гипертрофированностью в России практики признания сделок недействительными, верно подмеченная авторами Проекта, связана, на наш взгляд, в первую очередь с непониманием судами указанной презумптивной логики. Российские суды зачастую недооценивают важность принципа юридической силы заключенных договоров и идеи свободы договора и опровергают указанную презумпцию чаще, чем того требуют соответствующие политико-правовые соображения.

Саботажем базовых принципов рыночной экономики это, конечно, не назовешь. Действительно, среди судейского корпуса немало судей, воспитанных еще в советской системе, как правило, не всегда достаточно хорошо понимающих глубинные принципы и идеи современной рыночной экономики и по-настоящему верящих в них. Вместе с тем многие воспитанные в рамках советской системы судьи приняли эти принципы и идеи. Кроме того, за последние годы в судебную систему пришло значительное количество молодых юристов, большинство из которых советскую экономическую идеологию воспринимают вполне критически. Тем не менее, по нашим наблюдениям, отношение к идее свободы договора у этих судей и их старших коллег зачастую мало различается. Таким образом, вряд ли дело в прямом идеологическом протесте против принципов рыночной экономики.

В то же время следует признать, что именно в советском наследии кроется одна из причин пренебрежения свободой договора. В советской экономике принцип принудительной силы договора имел большое значение, потому что контракт обеспечивал выполнение плановых установок бюрократического аппарата. Государственный арбитраж и другие контролирующие органы могли прекратить или изменить заключенный договор, так как по большому счету договоры в советской экономике были ближе к внутрикорпоративному перераспределению активов. Предприятия не являлись самостоятельными субъектами, а скорее были «карманами» одного «пиджака». Их воля была выражением воли главного и по сути единственного субъекта — государства. Соответственно договоры заканчи-

вались там, где заканчивались воля и желание государства продолжать их исполнение. В условиях нестабильности и слабости государства в 1990-е гг. воля государства в лице соответствующей политической элиты оказалась трудно прочитываемой и воля аппарата была легко подменена свободой усмотрения судей. Если в советской системе такое свободное признание сделок недействительными было немыслимо, потому что влекло нарушение воли государства и срыв его планов, то в 1990-е гг. отсутствие воли «хозяина» привело к исчезновению единственного существовавшего стимула всерьез относиться к принципу *pacta sunt servanda*. Вообще-то вместо страха подорвать план должен был прийти страх нарушить коммерческие интересы предпринимателей, а в глобальном масштабе — подорвать долгосрочные институциональные основы развития рыночной экономики. Но всерьез поверить в важность этих ценностей многим, видимо, удавалось с трудом. Одно дело защищать интересы огромного великого государства и всего советского народа, чувствовать всю важность и масштабность этой работы. И совсем другое дело защищать контракты коммерсантов, преследующих свои корыстные интересы. Вполне вероятно, судьи утратили уважение к силе заключенных договоров, так как разуверились в советской идеологической подпорке этого принципа, но не успели проникнуться новой рыночной идеологией, основанной на том, что создание условий для беспредельного стяжательства множества атомизированных «кулаков» является важнейшей целью капиталистического государства. Отсюда и легкое отношение судей к признанию сделок недействительными.

Историческими причинами объясняется и неуважение к свободе договора. В советской системе ее, по сути, не было (по крайней мере в хозяйственном обороте). Государство строго контролировало содержание заключаемых госпредприятиями контрактов. А в условиях резкого перехода к новой экономике идеологически перестроиться и глубоко прочувствовать важность принципа свободы договора удалось не всем судьям. В итоге они по инерции воспринимали свою роль как контролера условий контракта более серьезно, чем следовало, а свою роль как проводника воли самих сторон — менее серьезно. Именно в этом кроется причина повышенного контроля российских судов за условиями контрактов и их готовности с легкостью признавать сделки и отдельные их условия недействительными по самым надуманным основаниям, не задумываясь об интересах контрагентов. Свобода договора для российских судей так и осталась не до конца понятой идеей Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ). Несмотря на общее признание важности этого принципа, на практике все выглядит не так. Например, попытки сторон заключить практически любую непоименованную сделку зачастую наталкиваются на полное непонимание судей, первая инстинктивная реакция которых состоит в запрещении. Даже Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ (далее — ВАС РФ) неоднократно проявлял некоторое пренебрежение к воле сторон, без каких-либо серьезных политико-правовых причин подчиняя ее своему пониманию должного (вспомним умопомрачительные ограничения, которые вводились долгие годы в отношении сделок цессии)⁴. Что уж говорить о судах нижестоящих?

⁴ Обзор судебной практики по этому вопросу см.: *Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2008. С. 805–816.*

Таким образом, не все судьи идеологически готовы поверить в важность либерально-экономических основ гражданского права и недооценивают два принципа — свободы договора и стабильности заключенных договоров.

Но почему молодые судьи, получившие образование уже в условиях рыночной экономики, относятся к этим идеям так же прохладно? Дело в том, что нередко в России при обучении юристов забывают внушить уважение к рыночной экономике. Современное юридическое образование вообще в значительной своей части погрязло в коррупции, некомпетентности, интеллектуальной лени и катастрофически отстало не то что от западных, а даже от советских стандартов. Но главная причина даже не в том, что студентов плохо учат праву, а в том, что их не учат основам современной экономики, социологии и политологии. В программах юридических факультетов, как правило, значатся краткие и скучные курсы, которые основаны на примитивнейших пособиях и читаются обычно теми, кто сам плохо ориентируется в своем предмете, судит о нем по устаревшей литературе и не способен прочитать ни одной зарубежной статьи или книги на языке оригинала. Ничего удивительного, что студенты зачастую даже не понимают, чему их учат и для чего им нужны эти «посторонние» предметы. Между тем если бы будущим судьям качественно преподавали основы современной экономики, социологии и политологии, знакомили их с самыми современными работами современной зарубежной науки (теорией публичного выбора, экономическим анализом права, бихевио-экономическим анализом, доктриной государства благосостояния и др.), это помогло бы им лучше понимать и принимать колоссальную важность стабильности договорных отношений и принципа автономии воли сторон для развития российской экономики.

Кроме того, не стоит забывать и о специфике судебного «рекрутинга», характерной в целом для континентально-европейской судебной системы, в которой отбор в судебный корпус построен на принципах гражданской службы. В судебный аппарат в основном отбираются либо молодые люди без большого профессионального опыта, которые затем делают традиционную бюрократическую карьеру, либо государственные чиновники. У этой системы наряду с преимуществами существует и вполне очевидный недостаток: судьи, как правило, не имеют собственного опыта участия в рыночной экономике. В отличие от Англии и США, где именитые и состоятельные профессора, а также бывшие адвокаты, заработавшие себе на жизнь бизнес-практикой, составляют значительную часть судебного корпуса, в России, как и во многих странах континентальной Европы, очень редки случаи, когда в судьи идут известные ученые, состоявшиеся адвокаты «с репутацией» или иные практикующие юристы. По большому счету российские судьи — карьерные чиновники, разве что больше уверенные в своем положении. Если в Англии или США адвокаты и судьи — это представители юридической субкультуры, разделяющие ее общие ценности и принадлежащие к одной элитной группе, то в России потребности бизнеса для судей зачастую очень далеки. Способен ли наш среднестатистический судья близко к сердцу принять потерю бизнесменом каких-то нескольких миллионов долларов от срыва контракта? Какие чувства вызывают у судей неудобства бизнеса? К сожалению, нередко полное безразличие. Неудивительно, что какого-то внутреннего дискомфорта от признания заключенного договора недействительным, подрыва обоснованных ожиданий контрагентов и причинения им тем самым неудобств и убытков судьи, как правило, не испытывают.

Однако причины нестабильности договоров и необоснованных ограничений свободы договора не сводятся исключительно к силе инерции советских идеологических установок, плохому усвоению новых рыночных идей и бюрократической специфике судебной власти. Существует еще одна глубинная причина, которая, по всей видимости, также удерживает судей от более либерального подхода к автономии воли сторон. Речь идет о страхе перед злоупотреблениями и о желании не допустить несправедливость. Нет нужды доказывать низкий уровень деловой и правовой культуры в российском обществе. Для нас нехарактерна протестантская этика североевропейских народов периода становления капитализма. Не свойственна нам и самурайская этика японских бизнесменов. Наша собственная православно-коммунистическая этика, к сожалению, обходит стороной аспекты ведения бизнеса. Принцип «не обманешь — не продашь» знаком, конечно, не только России: вспомним широко известные случаи мошенничества в США в разные периоды истории этой страны. Однако в России этот лозунг, без сомнения, приобретает особенную популярность. В итоге контрагенты вводят друг друга в заблуждение, пользуются слабыми переговорными возможностями или невысокой правовой грамотностью своих партнеров, навязывают им абсолютно несправедливые условия, выжимают максимум из своего монопольного положения на рынке и в целом ведут себя бессовестно с моральной точки зрения. Уровень социального капитала и доверия катастрофически низкий. В этих условиях судьи боятся, и отчасти вполне обоснованно, что свобода договора может приводить к явной несправедливости и злоупотреблениям. Отсюда такое подозрительное отношение к автономии воли сторон.

Проблема с этим фактором состоит в том, что страх перед злоупотреблениями, действуя скорее на подсознательном уровне, парализует свободу договора в целом, вместо того чтобы стимулировать судей внимательно разбираться с каждым конкретным условием и каждым конкретным договором и выявлять достаточные политико-правовые основания для ограничения этого принципа. Ограничения свободы договора действительно необходимы, но при этом они должны быть локальными, продуманными и вводиться должны при полном и отрефлексированном осознании той более важной политико-правовой цели, которую данное ограничение преследует (например, патерналистская защита слабой стороны договора, защита моральных устоев общества, недопущение вредных социально-экономических экстерналий и др.). Общим инструментом такого локального ограничения свободы договора могло бы быть включение в ГК РФ прямо выраженных императивных норм, *ex ante* ограничивающих свободу договора применительно к случаям, в которых особенно часто могут проявляться злоупотребления свободой договора или несправедливое использование слабостей контрагентов. В остальных же случаях суды могли бы блокировать проявления свободы договора, приводящие к очевидно несправедливым результатам, *ad hoc* и *ex post*, т. е. с учетом специфики конкретной ситуации. Последний вариант содержательного контроля за свободой договора может осуществляться путем применения доктрины злоупотребления правом (немецкая модель § 242 ГГУ), введения контроля справедливости условий только для стандартизированных контрактов (*de lege lata* российская модель на основании ст. 428 ГК РФ о договорах присоединения), включения в ГК нормы, согласно которой любые явно несправедливые и неразумные условия сделок не имеют юридической силы (голландская модель —

п. 2 ст. 6:2 ГК Нидерландов), или принятия на вооружение более изощренных доктрин, таких как американская доктрина Unconscionability, дающая судам право не признавать явно несправедливое условие договора при условии существенного разрыва в переговорных возможностях сторон на момент заключения договора. Все эти и другие варианты имеют свои преимущества и недостатки, но в той или иной форме применяются во всех странах мира в дополнение к *ex ante* контролю содержания контрактов.

Между тем российские суды на вызов, связанный с отдельными возможными злоупотреблениями свободой договора, несоразмерно отвечают тотальным недоверием к этому принципу. В результате вместо частных и серьезно аргументированных отступлений от свободы договора мы сталкиваемся с системными сбоями при проведении этого принципа в жизнь.

Наконец, значительно усугубляют остроту данной проблемы и недостатки действующего ГК РФ, зачастую страдающего нечеткостью и двусмысленностью норм, внутренними противоречиями и некоторыми неудачными решениями.

Отмеченные факторы приводят к крайне неприятным последствиям. Сталкиваясь с нестандартными договорными конструкциями и условиями, не вписывающимися в сложившуюся систематику права, российские суды должны для верной оценки их допустимости более глубоко понимать законы экономики и бизнеса, с одной стороны, а также политико-правовые цели государственного управления, причем как в краткосрочной, так и долгосрочной перспективе, — с другой. Это понимание необходимо для того, чтобы определить должные пределы свободы договора и допустимость государственного контроля над сделками и их содержанием. Если же в силу узкодогматического юридического образования и отсутствия собственного бизнес-опыта у многих судей этого понимания нет, им зачастую проще признать любую необычную сделку или нестандартное условие недействительными. В итоге на практике вместо презумпции свободы договора доминирует презумпция недействительности любого отступления от установленных в Кодексе или систематике гражданского права стандартных, типичных моделей.

Заключение любых крупных и сложных контрактов по российскому праву превращается в хождение по минному полю. Императивный уклон мешает сторонам предусматривать любые нетипичные оговорки или договорные схемы. Юридические консультанты по всем подобным вопросам пишут в своих заключениях о рисках признания недействительными отдельных условий или всего договора, приводя в тихий ужас наших иностранных партнеров. Отечественное гражданское право в этом аспекте существенно проигрывает по своей инвестиционной привлекательности режимам договорного права практически любой развитой страны, в которых свобода договора институционализована куда более последовательно. Не удивительно поэтому, что одна из причин тотального бегства почти всех российских крупных инвестиционных контрактов под покровительство зарубежного права путем использования офшорных структур и применения принципа автономии в выборе применимого права для внешнеэкономических сделок заключается в банальной рискованности и непредсказуемости реакции

Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 11/2009

российских судов на любые принятые в бизнесе, но прямо не закреплённые в ГК РФ договорные конструкции.

В совокупности эти (и не только) факторы создают почву для той нестабильности договоров, с которой авторы нынешней реформы гражданского законодательства пытаются бороться. Соответственно эти причины болезни следует учитывать при разработке курса лечения.

В самом общем виде рецепт сводится, на наш взгляд, к следующему. Во-первых, необходимо стимулировать судей к тому, чтобы они поменяли презумпцию, начали на самом деле уважать ценность стабильности договорных отношений и принцип свободы договора и осознали тот факт, что скорее судьи для экономики, чем экономика для судей. Во-вторых, следует более точно отрегулировать гражданское законодательство, для того чтобы минимизировать возможности дестабилизации оборота.

Свобода определения договорных условий и ничтожность незаконных сделок

Одним из главных поводов признания сделки недействительной полностью или в части является противоречие закону (ст. 168 ГК РФ).

Возникает вопрос: противоречие какому закону? В большинстве случаев речь идет не о публичных законах, а об императивных нормах гражданского законодательства, которым согласно ГК РФ договор не может противоречить. В связи с этим следующий вопрос: как определить, что та или иная норма гражданского законодательства является императивной? Как правило, студентов учат, что императивная норма — это норма, из текста которой не вытекает, что иное может быть предусмотрено договором, в то время как диспозитивная норма — это норма, в которой прямо предусмотрено право сторон отойти от ее положений. Назовем это теорией эксплицитной диспозитивности, или формально-атрибутивной теорией выделения диспозитивных норм.

Действительно, в большом количестве норм ГК РФ содержится указание на то, что иное может быть предусмотрено договором. Здесь сложностей не возникает — данная норма является диспозитивной. Но в значительно большем количестве случаев в разделах ГК РФ, посвященных сделкам, обязательствам и договорам, такого указания попросту нет. Неужели все эти нормы императивны?

Обычно принято отвечать на этот вопрос положительно. По крайней мере, в основных учебниках по гражданскому праву авторы, по сути, исходят из презумпции императивности норм гражданского права, опровергаемой только тогда, когда в законе прямо указывается на право сторон предусмотреть в договоре иное. Например, в одном из двух признанных в России «каноническими» учебников по гражданскому праву можно прочитать вывод Е.А. Суханова о том, что «в случае сомнения в юридической природе конкретной гражданско-правовой нормы следует исходить из ее императивного характера, ибо диспозитивность должна быть

прямо, недвусмысленно выражена в ней»⁵. Аналогичная, по сути, идея высказывается М.И. Брагинским в самом авторитетном издании по договорному праву, где отмечается, что норма является диспозитивной в случае наличия прямого указания в ней на право сторон оговорить иное и, наоборот, является безусловно императивной, если она «не имеет внешней атрибутики» и, в частности, не предусматривает прямой ссылки на возможность предусмотреть в договоре иное⁶.

Как отмечает С.А. Хохлов, при разработке ГК РФ обсуждалась идея закрепить в Кодексе презумпцию диспозитивности. Однако она была отвергнута из-за страхов перед всевозможными злоупотреблениями⁷. Разработчики ГК РФ оказались не готовы резко переключиться с ситуации полного господства типовых договоров и административно-командных методов экономического регулирования на максимально возможную свободу договора и базовые принципы рыночного правопорядка. Сам принцип свободы договора был признан (ст. 421 ГК РФ), но в технических деталях (в том числе в вопросе о критериях квалификации императивных норм) проявилось скрытое недоверие к свободе договорных отношений. Винить разработчиков ГК РФ, наверное, нет смысла. В то время очень немногим удалось чуть ли не в одночасье признать спекуляцию не преступлением, а основой всей экономики, свободу договора и отказ от тотального государственного контроля за содержанием контрактов — не чертами враждебного буржуазного права, а базовыми и в реальности доминирующими принципами договорного права нашей страны.

Как бы то ни было, на сегодня методом диагностики диспозитивности норм признается нахождение сакраментальной оговорки «если иное не предусмотрено договором» или ее аналогов, а следовательно, в российском гражданском праве продолжает доминировать презумпция императивности. Применение теории, согласно которой только прямое указание на право сторон оговорить иное делает норму диспозитивной, означает, что большинство норм ГК РФ об обязательствах и договорах носит императивный характер, так как не содержит эту оговорку. В частности, М.И. Брагинский, видимо, применяя этот подход к разграничению императивных и диспозитивных норм, пришел к выводу о том, что в ГК РФ в составе норм, регулирующих отдельные виды договоров, оказалось около 1600 императивных и только около 200 диспозитивных норм!⁸ Мы не станем перепроверять эти цифры, но отметим: действительно, большая часть норм ГК РФ не снабжена оговоркой о праве сторон оговорить иное, что при применении данного метода делает эти нормы императивными, а условия договоров, отходящие от положений данных норм, — в силу ст. 168 ГК РФ недействительными.

Как мы уже отмечали, наличие любой императивной нормы в теле законодательства о договорах и обязательствах должно быть подкреплено какими-то убедительными

⁵ *Гражданское право: в 2 т. Т. I / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2004. С. 63.*

⁶ *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2004. С. 89–90.*

⁷ *Хохлов С.А. Концептуальная основа части второй Гражданского кодекса // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст. Комментарии. Алфавитно-предметный указатель. М., 1996. С. 235–236.*

⁸ *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ соч. С. 91.*

тельными политико-правовыми аргументами (патерналистская защита слабой стороны, защита общественных интересов, моральных устоев общества и др.). Однако даже беглый анализ норм ГК РФ, которые при применении вышеуказанного метода оказываются якобы императивными, показывает, что зачастую никаких рациональных политико-правовых оснований для придания этой норме императивного характера и ограничения свободы договора нет. Видимо, у разработчиков ГК РФ далеко не всегда было достаточно времени, чтобы при анализе каждой нормы задумываться о ее императивной или диспозитивной природе и последовательно отражать результаты своих размышлений в тексте Кодекса, либо вставляя, либо умышленно не вставляя оговорку о том, что стороны вправе оговорить иное.

В итоге получается, что, в то время как принцип свободы договора формально провозглашается, на практике он в значительной степени дезавуируется доминированием в договорном праве норм, признающихся императивными.

Попытаемся понять возможную логику, по которой была отвергнута идея закрепления презумпции диспозитивности. Вполне вероятно, позиция разработчиков ГК РФ и авторов ведущих учебников гражданского права заключалась в том, что на первых порах российским предпринимателям, юристам и судьям следует привыкнуть к новому регулированию. Новые договорные формы и частные правовые решения и процедуры нужно было укоренить, и сделать это по возможности быстро. Прямое провозглашение презумпции диспозитивности в качестве общего права могло спровоцировать большое разнообразие договорных форм и конструкций и усложнить период вхождения нового гражданского права в российскую почву. Иными словами, возможно, подразумевалась некая воспитательная функция такого ограничения. В условиях отсутствия в российском обществе периода «дикого капитализма» правовой культуры предоставление полной свободы определения содержания договора могло породить множество проблем для участников оборота и судей. Но как бы мы ни оценивали разумность такой логики, в современных условиях обновленная система гражданского права в той или иной степени устоялась. Выросло уже целое поколение юристов, обучавшихся на основе положений ГК РФ, и поэтому сохранение данного скрытого ограничения на свободу договора уже неуместно.

Удивительно, что на эту базовую политико-правовую проблему расхождения между принципом свободы договора и практикой его реализации, которая была спровоцирована выбором формально-атрибутивного метода квалификации диспозитивных норм, российские цивилисты почти не обращают внимания. В литературе иногда отмечается проблематичность разграничения императивных и диспозитивных норм и необходимость пересмотра принятой методологии⁹. Но никакого серьезного анализа вопросов, связанных с пределами императивности норм ГК РФ и ограничениями принципа свободы договора, не сделано.

Оставленные без какой-то научной опоры, суды в итоге оказались перед дилеммой: толковать на первый взгляд императивные нормы как де-факто императивные, следуя рекомендациям учебников, или допускать возможность их истолко-

⁹ Садиков О.Н. Императивные и диспозитивные нормы в гражданском праве // Юридический мир. 2001. № 7.

вания как скрыто диспозитивных, отвергая тем самым примитивный принцип эксплицитной диспозитивности в пользу творческого толкования нормы с целью определения наиболее разумного с политико-правовой точки зрения подхода к ее квалификации? Отсюда и неразбериха в судебной практике. У одних судей такой конвенциональный формально-атрибутивный метод квалификации диспозитивных норм полностью подавляет желание смотреть на реальную политико-правовую подоплеку и оценивать разумность ограничения свободы договора. Другие же судьи, не видя у соответствующей нормы ГК РФ каких-либо атрибутов, указывающих на ее императивность или диспозитивность, по сути, игнорируют учебники и принимают на себя ответственность по определению ее правовой природы, принимая в расчет все релевантные факторы, включая политико-правовые соображения в отношении необходимости ограничения свободы договора в данном случае.

Получается, что одни суды могут признать одну и ту же норму как императивную, а другие — как диспозитивную. При этом чем выше судебная инстанция, тем чаще она готова спорную норму, не оговаривающую прямо право сторон отойти от нее в договоре, толковать как де-факто диспозитивную. Президиум ВАС РФ неоднократно признавал с виду императивные нормы скрыто диспозитивными и давал сторонам право обойти их соглашением сторон. Конечно, это делалось в рамках сложившихся правил игры: упоминая «мантру» о том, что это вытекает из толкования законодательства, ВАС РФ волюнтаристски фиксировал право сторон оговорить в контракте иное. Высший Арбитражный Суд РФ может себе такое позволить, так как является судом последней инстанции. По сути, то, как он толкует, дополняет и изменяет нормы ГК РФ, и представляет собой гражданское право России. В качестве классического примера можно привести информационное письмо от 11.01.2002 № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой» (п. 27), согласно которому, несмотря на наличие в ст. 619 ГК РФ правила о судебном порядке расторжения договора аренды и отсутствие какого-либо намека в этой статье на то, что стороны вправе оговорить в контракте иную процедуру расторжения, Президиум ВАС РФ признал данное правило по сути диспозитивным и допустил включение в договоры аренды условия о праве на односторонний отказ. Недавно Президиум ВАС РФ подтвердил этот подход в постановлении от 09.09.2008 № 5782/08.

Но одно дело — ВАС РФ и совсем другое — суды нижестоящей инстанции, обладающие куда меньшей свободой маневра. Никому из судей не хочется, чтобы их решения часто пересматривались: от частоты пересмотра решений может зависеть карьера судьи. Такая скованность в целом характерна для континентально-европейской судебной системы. Когда речь идет о конфликте с виду императивных норм и отклоняющихся от них положений договора, судьи могут рассуждать следующим образом: «Нас учили, что норма является диспозитивной, только если в ней прямо закреплено, что иное может быть предусмотрено в договоре; никто отмашки из ВАС РФ или Верховного Суда РФ читать данную норму как диспозитивную нам не давал, и следовательно, самый безопасный выбор — идти по пути, наиболее соотносящемуся со сложившимся консенсусом по вопросу разграничения императивных и диспозитивных норм». В итоге получается, что если судья считает закон традиционным образом, то, даже когда его решение пересмотрят, ему не в чем себя винить. А брать на себя ответственность и свободно толковать нормы закона, меняя императивность на диспозитивность, среднестатистиче-

ский судья первой инстанции побоится, так как в данном случае он будет ожидать вероятного пересмотра его решения. Если он возьмет на себя такую ответственность и сойдет с колеи, то при пересмотре решения окажется в уязвимом положении. Его могут обвинить в том, что он плохо усвоил азы гражданского права, в недопустимой узурпации правотворческой функции, судебном активизме, коррупции или иной заинтересованности. Страх такой оценки сковывает даже судей, абсолютно уверенных, что никакого смысла толковать конкретную норму в качестве императивной и ограничивать свободу договора нет. С точки зрения теории игр в такой ситуации, действуя в условиях неопределенности в отношении вероятности пересмотра своего решения, среднестатистический судья в континентально-европейской судебной системе будет тяготеть к наименее рискованному лично для себя решению. Судье проще признать сделку или ее отдельное условие недействительным в случае противоречия на первый взгляд императивной норме, чем брать на себя ответственность и признавать норму скрыто диспозитивной, проявляя тем самым некоторый судебный активизм и по сути участвуя в правотворчестве.

Переломить складывающуюся практику можно, только изменив сам подход к определению императивных и диспозитивных норм.

Примеры результатов применения формально-атрибутивной теории определения диспозитивных/императивных норм

Примеров того, как суды удивительно легко жертвуют свободой договора и с готовностью находят императивность законодательства без каких-либо весомых политико-правовых оснований и исключительно на основе отсутствия в самой норме сакраментальной фразы «если иное не предусмотрено», достаточно много.

В частности, в своем постановлении от 23.01.2007 № 1-П Конституционный Суд РФ (далее — КС РФ) поддержал практику ВАС РФ о запрете на включение в договор на оказание юридических услуг гонорара успеха. В обосновании своего решения КС РФ указал, что определение в ГК РФ договора на оказание услуг как направленного на осуществление определенных действий или определенной деятельности носит императивный характер и лишает юридической силы условия договоров, которые в предмет договора включают в том числе и достижение в результате этих действий определенного результата, так как это якобы «вводит не предусмотренный законом предмет договора». На наш взгляд, такая аргументация абсурдна. По каким политико-правовым причинам право должно запрещать сделки, в которых стороны посчитали нужным поставить обязанность по оплате в зависимости от достижения исполнителем определенного результата? Разве в этих сделках угроза обществу или третьим лицам настолько велика, что требуется вводить ограничение свободы договора? Если суды хотят вывести условия об обязательстве по достижению результата за рамки норм ГК РФ о договорах возмездного оказания услуг, то это отнюдь не мешает признать данный договор непоименованным, но в любом случае сохранить в силе согласованные условия. Если же суды, запрещая гонорары успеха, хотели таким образом бороться с коррупцией, то и должны были в мотивировке своих решений прямо указать на политико-право-

вые причины введения запрета. Не стоило придумывать искусственные аргументы, маскирующие истинные политико-правовые идеи с помощью сугубо цивилистического стиля, и при этом создавать проблемы не только для договоров оказания правовых услуг, но и вообще для всех договоров оказания услуг, которые включают в свой предмет достижение некоего результата. В зарубежном праве такие решения называют *overinclusive*, т. е. имеющие сферу действия, превышающую ту, ради которой данное решение принималось. Для того чтобы запретить гонорары успеха в договорах на оказание правовых услуг, КС РФ, скрывая истинные причины такого решения, выдумал псевдоцивилистическую аргументацию. Она, словно сильный антибиотик, убивает как то зло, которое суды (ошибочно, на наш взгляд) поставили себе целью устранить, так и вполне здоровые контракты. Неужели надо признавать недействительным условие договора на оказание аудиторских услуг об оплате услуг при получении от аудитора в качестве результата процесса аудиторской проверки заверенного аудиторского заключения только в силу того, что стороны якобы не вправе включать в предмет своего договора на оказание услуг результат, достигаемый в процессе оказания этих услуг?

Другой пример — проблема обеспечения задатком предварительного договора. Многие арбитражные суды считают, что указание в ГК РФ на то, что задаток засчитывается в счет причитающихся по договору платежей, делает невозможными условия о задатке по предварительному договору, в котором платежи не предусмотрены. На наш взгляд, у такого запрета нет никаких политико-правовых обоснований¹⁰. Все аргументы лежат скорее в области формальной логики, которая никак не может тягаться по силе с таким важнейшим аргументом, как принцип свободы договора. Гражданско-правовые конструкции должны подстраиваться под интересы оборота и волю сторон, а не наоборот — по крайней мере там, где жесткость конструкции не predetermined какими-то убедительными политико-правовыми аргументами. Например, если судам не нравится тот факт, что задаток по предварительному договору не имеет платежной функции, то проблема формальной логики устраняется путем признания этого условия договора непоименованным способом обеспечения, к которому по аналогии закона применяются правила о задатке за вычетом нормы о платежной функции. Она в отношении данного случая модифицируется и начинает относиться не к тому предварительному договору, исполнение которого обеспечивает задаток, а к основному договору, который планируется заключить в будущем (отложенный эффект платежной функции). Остается только радоваться, что Верховный Суд РФ недавно закрепил допустимость задатка по предварительному договору, де-факто проигнорировав аргумент о нарушении императивного «конструктива» института задатка (определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 22.07.2008 № 53-В08-5).

Схожие проблемы возникают и в отношении товарных неустоек. Суды зачастую признают такие условия договора недействительными со ссылкой на то, что нормы ГК РФ о предмете неустойки императивно указывают на ее денежный характер¹¹.

¹⁰ Обзор судебной практики по этому вопросу см.: *Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой*. С. 795–796.

¹¹ Там же. С. 696–697.

Учитывая, что нет никаких серьезных политико-правовых оснований такого ограничения свободы договора, а также то, что практически во всех странах они признаются, условия о товарной неустойке можно трактовать как непоименованный способ обеспечения, к которому могут применяться отдельные нормы об обычных неустойках. Соответственно ограничительная практика судов по этому вопросу является, на наш взгляд, абсолютно необоснованной¹².

Некоторые суды без каких-либо убедительных политико-правовых оснований, а опираясь лишь на отсутствие в норме соответствующих формальных атрибутов диспозитивности, считают недействительными условия договора, устанавливающие иной порядок отнесения платежей при наличии между сторонами договора поставки нескольких договоров, чем тот, что предусмотрен в ст. 522 ГК РФ¹³. Никаких политико-правовых аргументов в пользу такого ограничения, как правило, не приводится. Суды просто слепо следуют формально-атрибутивной теории квалификации диспозитивных норм: нет заветной оговорки о праве сторон оговорить иное — нет и диспозитивности. Абсурдность такого вывода применительно к данному случаю вполне очевидна.

Другие суды считают недействительными условия договора поставки, устанавливающие особые основания для одностороннего отказа от договора, отличающиеся от тех, которые предусмотрены в ст. 523 ГК РФ, только потому, что в ст. 523 ГК РФ не указано на право сторон оговорить иное¹⁴. Надуманность этого ограничения также не вызывает сомнений и противоречит мировому правовому опыту. Стороны должны иметь право в своем договоре детальнее раскрыть принцип существенности нарушения, выразив, как он преломляется применительно к их контракту, вплоть до его полной отмены. С нашей точки зрения, нет ничего дурного, если в контракте будет написано, что малейшая просрочка в поставке рассматривается как существенное нарушение и дает покупателю право на односторонний отказ от договора. В некоторых случаях, когда у контрагентов имеется явный разрыв в переговорных силах (*bargaining power*) и у должника не было реальной возможности влиять на содержание договора, суд мог бы применить механизм *ex post* контроля и изменить/расторгнуть договор в части этого условия в соответствии со ст. 428 ГК РФ или не применить его на основании ст. 10 ГК РФ. Но в целом не признавать право сторон расшифровывать или отменять принцип существенности нарушения было бы нерациональным и грубым решением.

Некоторые российские суды доходят до того, что даже при явной диспозитивности конкретной нормы, недвусмысленно выраженной в тексте ГК РФ, всеми правдами и неправдами пытаются признать условия договора, отступающие от предусмотренной в Кодексе модели, недействительными. Например, встречается судебная практика, когда суды не признают право сторон своим соглашением

¹² Подробнее см.: Карапетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М., 2005. С. 86–88.

¹³ Обзор судебной практики по этому вопросу см.: Практика применения Гражданского кодекса РФ, частей второй и третьей / под общ. ред. В.А. Белова. М., 2009. С. 136.

¹⁴ Там же. С. 137–138.

изменить очередность погашения требований, прямо установленную в ст. 319 ГК РФ в качестве диспозитивного правила¹⁵. Такими соглашениями стороны часто указывают, что в первую очередь будут погашаться начисленные за нарушение договора неустойки, и только после их погашения платеж идет в счет покрытия тела основного долга. Суды, видимо, ощущая несправедливость такого условия в отношении конкретного должника, готовы проигнорировать ст. 421 ГК РФ о свободе договора. *De lege ferenda*, возможно, и есть основания сделать очередность, предусмотренную в ст. 319 ГК РФ, императивной, по крайней мере в отношениях, где плательщиком является гражданин или некоммерческая организация, но *de lege lata* эта норма является прямо диспозитивной, и у суда нет права игнорировать это. Он мог бы в отдельных случаях не применить соответствующую оговорку договора со ссылкой на ст. 10 ГК РФ или изменить/расторгнуть договор в части этой оговорки на основании ст. 428 ГК РФ, но признавать эту норму императивной, игнорируя прямое ее содержание, невозможно. Этот список примеров можно продолжать.

Но особенно характерными примерами императивного настроения многих судов являются случаи, когда толкование той или иной нормы ГК РФ, якобы признаваемой в силу отсутствия внешних атрибутов диспозитивности закона в качестве императивной, двусмысленно. При одном толковании некоторые распространенные условия договоров и виды договоров в целом получают отказ в юридической защите, а при другом оказываются вполне законными. В таких случаях суды любой развитой страны будут всегда стремиться выбрать наименее ограничительное толкование, чтобы минимизировать возможность дестабилизации сделок без явных политико-правовых оснований. При выборе способа толкования нормы вариант толкования, выводящий за рамки закона те или иные условия или виды сделок, потребует серьезно аргументировать доводами, которые должны оказаться очень весомыми, чтобы преодолеть силу принципа свободы договора и автономии воли сторон. Но такая методология не всегда применяется в российских судах.

Типичный пример, распространенный в нашей судебной практике, — запретительный подход к потестативным (зависящим от действий или бездействия одной из сторон) условиям в условных сделках¹⁶. Из ст. 157 ГК РФ он прямо не вытекает. Данная статья устанавливает, что условие должно касаться события, которое не должно наступить неизбежно, но ничего не говорит о возможности указать в качестве условия в условной сделке действия или бездействия одной из сторон договора. При буквальном прочтении никаких оснований вывести из требования о неизвестности факта наступления условия в будущем жесткого запрета на условия, зависящие от действий одной из сторон, нет. Когда заключается условная сделка с потестативным условием, никто не может точно знать, что соответствующее действие будет произведено. Даже если одна из сторон в мо-

¹⁵ Обзор судебной практики по этому вопросу см.: *Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой*. С. 671–678.

¹⁶ Подробнее см.: *Карпетов А.Г. Зависимость условия от воли сторон условной сделки в контексте реформы гражданского права // Вестник ВАС РФ. 2009. № 7. С. 28–93. Обзор судебной практики по этому вопросу см.: Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой. С. 254–261.*

мент заключения договора абсолютно уверена в том, что она обеспечит это условие своими действиями, никто не может поручиться, что план этот будет реализован. Но некоторые суды готовы признавать условные сделки недействительными только на том основании, что они были поставлены под условие, зависящее от воли сторон, так как им кажется, что такой вывод более формально-логически увязывается с отраженным в ст. 157 ГК РФ требованием неизвестности факта наступления условия. Иными словами, для таких судей стабильность оборота менее важна, чем формально-логические завитушки, делающие архитектуру права более симметричной и красивой. Если спросить судей или ученых, поддерживающих запрет на потестативные условия, в чем политико-правовой смысл этого ограничения, какого-то внятного ответа они дать не смогут. Получается, что предприниматели несут убытки, недобросовестные контрагенты отказываются от заключенных договоров, стабильность делового оборота подрывается — и ради чего? Ради того, что где-то какой-то отечественный автор, причем не изучавший вопрос условных сделок специально (монографий на эту тему в последнее время не выходило), вдруг решил, что так будет логичнее? Для нас же такой подход является полнейшим абсурдом. Это особенно очевидно, если вспомнить, что в коммерческих контрактах сплошь и рядом те или иные обязательства сторон увязываются с совершением другим контрагентом тех или иных действий. Очень распространены потестативные отлагательные или отменительные условия в сделках M&A и других инвестиционных контрактах, банковских кредитах, облигационных займах. Зачем выводить все эти контракты за рамки закона? Таким образом лишь усугубляется инвестиционная непривлекательность российского гражданского права.

Другой, еще более обескураживающий пример того, как поводы для необоснованного ограничения свободы договора обнаруживаются судами в сомнительном или по крайней мере спорном толковании положений ГК РФ, представляет собой практика многих судов по применению ст. 190 Кодекса о сроках в гражданском праве. Согласно данной статье 1) срок в договоре может быть установлен календарной датой или истечением периода времени, исчисляемого годами, месяцами, неделями, днями или часами, а также 2) указанием на событие, которое неизбежно должно наступить. Возможно несколько вариантов толкования данной статьи, в том числе и такой, при котором стороны в договоре якобы не вправе установить срок исполнения обязательства, начинающий течь с момента исполнения договора контрагентом. Действительно, если считать, что получение, например, предоплаты не является событием, которое неизбежно наступит, то и срок для поставки товаров, начинающий течь по условиям договора с момента получения предоплаты, не вписывается в варианты установления сроков, предусмотренные в ст. 190 ГК РФ. Но очевидно, что такое ограничительное толкование ст. 190 ГК РФ отнюдь не обязательно. Ее можно истолковать и расширительно, посчитав, что она предусматривает неисчерпывающий перечень всех возможных способов установления срока. Кроме того, можно вспомнить об условных сделках, объявив получение предоплаты отлагательным условием в отношении обязательства по поставке. Наконец, можно объявить такого рода условия договора какими-нибудь «квазиусловными сделками». Все эти варианты имеют свои достоинства и недостатки. Но главное, что любой из них в отличие от варианта ограничительного толкования ст. 190 ГК РФ приводит к тому, что соглашение сторон будет иметь силу. Свобода договора всегда перевешивает догматические и формально-логические соображения.

Несмотря на сказанное, некоторые суды зачастую с большой охотой признают условия о сроке ничтожным, а в случае договора подряда, для которого срок является существенным условием, — и весь договор незаключенным. И это делается только на том основании, что срок исполнения обязательства одной стороны начинает течь с момента, который не наступает неизбежно, — с момента исполнения договора другой стороной (например, поставщик обязуется поставить товар или подрядчик — выполнить работу в такой-то срок с момента получения предоплаты). Из возможных способов толкования с легкостью и без какого-либо внутреннего дискомфорта судом выбирается такой, который может аннулировать волеизъявление сторон, ограничивая принцип свободы договора. Зачем? Что суды достигают при таком подходе? Ведь любому здравомыслящему человеку, имеющему отношение к бизнесу, известно, что 99% всех коммерческих договоров привязывают начало течения срока на исполнение договора одной из сторон к моменту осуществления исполнения другой стороной. Нигде в мире каких-либо ограничений на подобные условия договоров нет, и такого рода способы установления сроков практикуются испокон веков. Но нет же, некоторым судьям все это безразлично! Из двух способов толкования закона выбирается тот, который аннулирует контракты и дестабилизирует договорные отношения в экономике¹⁷. Остается только надеяться, что постановление от 09.10.2007 № 5060/07, в котором Президиум ВАС РФ признал не противоречащим ст. 190 ГК РФ установление в договоре подряда срока выполнения работ как некоего периода времени, начинающего течь с момента выполнения договора со стороны заказчика, поможет изменить складывающуюся практику¹⁸.

Но самым характерным примером ограничительного подхода российских судов к свободе договора была практика ВАС РФ по сделкам цессии. Даже не прикрываясь толкованием какой-либо конкретной нормы и не имея каких-либо законодательных оснований для этого, Президиум ВАС РФ во второй половине 1990-х гг. разработал множество условий действительности соглашения об уступке права требования, соответствовать которым полностью могли редкие сделки. До сих пор никто не подсчитал, сколько сотен и тысяч сделок цессии было разрушено российскими судами вслед за соответствующими прецедентами ВАС РФ и каковы были потери контрагентов от подрыва заключенных ими контрактов, пока ВАС РФ наконец сам не осознал, что не имеет смысла ограничивать такого рода сделки почему зря¹⁹ и не либерализовал свою практику в информационном письме Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 № 120, отказавшись практически от всех разработанных им в 1990-е гг. ограничений в отношении допустимости цессии.

Эти примеры, составляющие лишь каплю в море случаев необоснованного ограничения принципа свободы договора, демонстрируют ту легкость, с которой рос-

¹⁷ Обзор судебной практики по этому вопросу см.: *Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой*. С. 364–367; *Практика применения Гражданского кодекса РФ, частей второй и третьей*. С. 343–346.

¹⁸ Для полного понимания *ratio decidendi* этого решения необходимо ознакомиться с текстом не только этого постановления Президиума ВАС РФ, но и соответствующего постановления арбитражного суда апелляционной инстанции по этому делу, в котором приводится подробное описание самой сути признанного Президиумом ВАС РФ законным условия о сроке выполнения работ.

¹⁹ Обзор судебной практики по этому вопросу см.: *Практика применения Гражданского кодекса РФ, части первой*. С. 805–816.

сийские суды готовы попирают этот принцип. Суды как будто бы только и ждут от законодательства императивности, поэтому даже тогда, когда эта императивность явно не прослеживается, они иногда готовы считать ее подразумеваемой. Диспозитивность же норм воспринимается как некая аномалия, которая создает судам большие проблемы, так как провоцирует контрагентов на творческие и нестандартные решения. В данном случае мы имеем дело не столько с прямым вызовом либерально-правовой парадигме и саботажем принципа свободы договора, сколько с глубоким идеологическим недоверием к этому принципу и непониманием его важности для развития страны.

Наше видение решения проблемы

В этих условиях не имеет смысла ждать, что суды нижестоящих инстанций самостоятельно развернут свою практику. Единственный путь — разработать и принять на уровне либо законодательства, либо инструкций высших судебных инстанций четкие указания по изменению подхода. И только тогда можно будет ожидать нужной реакции судей.

Если этого не сделать, то нынешнее положение дел будет сохраняться еще долго, а договоры будут абсолютно необоснованно признаваться недействительными. При столкновении с множеством норм, не имеющих явно выраженную императивную или диспозитивную природу, судьи нижестоящих инстанций будут по-прежнему бояться брать на себя ответственность и, подстраховываясь, станут рушить контракты в целом или частично, придерживаясь конвенциональной презумпции императивности, но по сути оставляя право опровержения данной презумпции судьям вышестоящих инстанций. Это, в свою очередь, вызывает потенциальную неопределенность, которая провоцирует иски о признании сделок недействительными. Если заранее определить, признает суд то или иное условие или сделку, зачастую невозможно, то не стоит удивляться, что на эту неопределенность, как мухи на мед, слетаются недобросовестные участники оборота, для которых появляется хороший стимул оспорить контракт.

Существует два способа решения этой проблемы. С одной стороны, можно было бы детально проанализировать все нормы ГК РФ о сделках, договорах и обязательствах, четко определить, какие из них с политико-правовой точки зрения должны быть императивными, а какие диспозитивными, и текстуально отразить сделанный выбор в каждой соответствующей статье. Нормы императивные закрепить в виде прямых запретов на включение в договор тех или иных условий или заключение тех или иных видов сделок. Нормы же диспозитивные можно было бы повсеместно оговорить уточнениями о том, что иное может быть установлено в договоре. Данный способ был бы удобен, так как вносил бы максимальную степень определенности. Но, во-первых, в рамках настоящей попытки совершенствования гражданского законодательства его, видимо, будет невозможно реализовать, потому что это потребует тотального переписывания ГК РФ. Во-вторых, такой подход консервирует избранные законодателем решения, лишая суды возможности менять толкование данного вопроса со временем, подгоняя содержание правового регулирования под изменяющийся социально-экономический

контекст. В-третьих, реализация такого подхода технически слишком сложна и потребует от законодателя серьезного политико-правового анализа бесчисленных норм ГК РФ, для чего у него нет ни времени, ни навыков, но главное — научной опоры. В отечественной правовой науке не принято анализировать цивилистические проблемы с политико-правовой точки зрения.

В связи с этим абстрактно, без привязки к какому-то конкретному спору законодателю было бы крайне сложно нанести границу, разделяющую императивные и диспозитивные нормы, на миллиметровую карту. В данном случае от него требуется лишь закрепить некие опорные пункты — явные и очевидные случаи, не вызывающие серьезных споров, а работу по детальной демаркации данной границы следует оставить судам.

С нашей точки зрения, необходимо придерживаться пути, по которому де-факто идут правопорядки большинства стран, а именно: предоставить судам право толковать каждую отдельную норму, с тем чтобы определить ее истинную природу. По сути этот подход означает, что при отсутствии прямого указания в самом законе на императивность или диспозитивность нормы суд определяет ее правовую природу путем толкования. Эта идея не нова. В России ее выдвигал О.Н. Садиков²⁰, а в западном праве, как уже отмечалось, она является абсолютно доминирующей.

Например, праву Англии и США в принципе разделение на императивные и диспозитивные нормы было незнакомо. Статутное право было традиционно в основном императивным, а прецедентное право создавало так называемые *default rules*, заполняющие пробелы в контракте исходя из фикции определения подразумеваемой воли сторон (*implied in law terms*)²¹. Учитывая, что сфера договорного права традиционно считалась вотчиной именно прецедентного права, не удивительно, что вплоть до последнего времени четкого разделения норм на два указанных вида в праве этих стран не было. Все нормы прецедентного права были по общему правилу в континентальной терминологии диспозитивными, так как применялись именно как подразумеваемая воля сторон в случае отсутствия прямо выраженной воли сторон. Только в крайне редких случаях суды создавали запреты и ограничения свободы договора (например, запрет неустоек или императивная гарантия качества жилья в договорах аренды жилья), но делали это всегда прямо, не оставляя у других судей и юристов-практиков сомнений в том, что данная прецедентная норма признает недействительным любые соглашения об ином²². Тем не менее, как отмечает Р. Давид, в последнее время в Англии и США принимается все больше законов, в том числе и в области договорного права, а нормы, включенные в них, часто допускают согласование сторонами иного, вследствие чего в англо-американском праве начинают осознавать важность указанного разграничения²³. Так, в аме-

²⁰ Садиков О.Н. Указ. соч.

²¹ Lenhoff A. *Optional Terms (Jus Dispositivum) and Required Terms (Jus Cogens) in the Law of Contract* // 45 *Michigan Law Review*. 1946–1947. P. 41–42.

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

²³ David R. *French Law. Its Structure, Sources, and Methodology*. 1972. P. 86–87.

риканской литературе в последнее время распространилось разделение норм договорного права на обязательные (*mandatory*) и необязательные (*non-mandatory*).

На европейском континенте основные кодексы, принятые в XIX в., создавались в условиях полного господства доктрины *laissez-faire* и других либерально-экономических ценностей. Соответственно идеи императивности и ограничения свободы договора были не в почете, а в кодексах четких критериев квалификации конкретной нормы в качестве диспозитивной или императивной не было. Как отмечает А. Ленхоф, несмотря на отсутствие четких указаний на то в тексте кодексов, подавляющее большинство кодифицированных норм рассматривалось юристами как диспозитивные²⁴. Окончательную квалификацию норм в качестве императивных или диспозитивных взяли на себя судьи. В Комментариях к Принципам европейского контрактного права резюмируется, что в условиях отсутствия прямого указания в тексте нормы на практике в праве европейских стран именно судьи определяют ее диспозитивный или императивный характер путем толкования²⁵.

ГК Франции (ст. 6) закрепляет идею о существовании норм, обойти которые соглашением сторон нельзя. Эти нормы должны согласно диспозиции данной статьи обязательно затрагивать публичный порядок страны²⁶. Л.Ж. де ла Морандьер отмечает, что под такими нормами, затрагивающими вопросы публичного порядка, французское право понимает нормы императивные, которые четко отличаются от норм диспозитивных²⁷. Иногда нормы законов прямо предусматривают, что соглашения сторон об ином не имеют юридической силы, или, наоборот, прямо допускают такое соглашение. Но при этом, как отмечается в литературе, в подавляющем большинстве случаев по тексту ГК Франции и других законов часто трудно понять, какая норма является императивной, а какая диспозитивной²⁸. В первое время после принятия ГК Франции судьи и правоведы пытались решить вопрос квалификации конкретных норм путем поиска ответа в самом тексте, но потом честно признали, что Кодекс сам по себе не дает четких критериев классификации, и отдали прерогативу определения диспозитивной или императивной природы норм судам и научной доктрине²⁹. Таким образом, в настоящее время, как отмечает Б. Ничолас, в случае применения нормы гражданского законодательства, прямо не указывающей ни на ее диспозитивность, ни на ее императивность, право такой квалификации считается принадлежащим судам³⁰. Е. Годэмэ пишет, что нормы, определяющие действие договоров во фран-

²⁴ Lenhoff A. *Op. cit.* P. 40.

²⁵ *Principles of European Contract Law. Part I and II. Prepared by the Commission on European Contract Law / ed. by O. Lando and H. Beale. The Hague, 2000. P. 101.*

²⁶ *Подробнее о выделении императивных и диспозитивных норм в праве Франции см.: David R. Op. cit. P. 83–92.*

²⁷ Де ла Морандьер Л.Ж. *Гражданское право Франции: в 3 т. Т. 1. М., 1958. § 208.*

²⁸ Там же.

²⁹ Garro A.M. *Codification Technique and the Problem of Imperative and Suppletive Laws // 41 La. L. Rev. 1980–1981. P. 1017–1018; Де ла Морандьер Л.Ж. Указ соч.*

³⁰ Nicholas B. *The French Law of Contract. Oxford, 2003. P. 230–231. См. также: Treitel G.H. Remedies for breach of contract. A comparative account. Oxford, 1988. P. 33.*

цузском праве, будь то общие положения об обязательствах или нормы специальных договоров, по общему правилу действуют только в том случае, если стороны их не отменили своим соглашением (то есть являются диспозитивными)³¹. Причем в результате судебного толкования большинство всех норм ГК Франции о договорах признаются диспозитивными, а императивность норм «считывается» крайне редко³². Во избежание двусмысленности некоторые гражданско-правовые законы Франции последних лет часто в случае необходимости введения именно императивной нормы прямо на это указывают в самом законе³³.

При этом похожая ситуация и в Германии, где в тексте ГГУ, как правило, четко не указывается на природу нормы, и суды определяют ее, исходя из целей данной нормы³⁴. Интересно, что в первоначальном проекте ГГУ предпринималась попытка текстуально при помощи соответствующих лексических оборотов четко развести все нормы на императивные и диспозитивные. Но затем эта идея была отброшена. Комиссия по ревизии предварительного проекта ГГУ в 1896 г. зафиксировала, что ГГУ отвергло идею прямо выделить все императивные нормы, которые оно содержит³⁵. В авторитетной германской литературе указывается, что нормы обязательственного права ГГУ в том виде, как они толкуются судами, «почти целиком» диспозитивны³⁶.

К тому же результату пришло и швейцарское право. Разработчики проекта ГК Швейцарии 1907 г. указывали, что было бы большой ошибкой полностью отобрать у судов свободу толкования Кодекса. Когда законодатель намеревается установить именно императивное, абсолютное правило, ему следует это недвусмысленно выразить. В противном случае вопрос будет решаться судами с учетом духа соответствующей эпохи³⁷.

В нидерландском праве функция определения императивности или диспозитивности каждой конкретной нормы также возложена на суды³⁸.

Таким образом, предоставление судам функции квалифицировать нормы в качестве императивных или диспозитивных, в случае если в тексте кодекса отсутствует прямое указание на то или иное решение, является консенсуальной позицией большинства стран. Несмотря на то что западные кодексы разрабатывались не

³¹ Годэмэ Е. *Общая теория обязательств*. М., 1948. С. 211.

³² Nicholas B. *Op. cit.* P. 230–231. См. также: Treitel G.H. *Op. cit.* P. 33.

³³ Hesselink M.W. *Non-Mandatory Rules in European Contract Law // 1 European Review of Contract Law*. 2005. P. 43–84.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Подробнее см.: Garro A.M. Op. cit.* P. 1020–1021.

³⁶ Эннеккерус Л., Кунп Т., Вольф М. *Курс германского гражданского права*. Т. I. Полумом 1. М., 1949. С. 173.

³⁷ Garro A.M. *Op. cit.* P. 1022.

³⁸ *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary / ed. by D. Busch, E.H. Hondius, H.J. van Kooten, H.N. Schelhaas, W.M. Schrama. Kluwer, 2002. P. 36.*

в пример российскому куда тщательнее и дольше, возможность заранее в тексте кодекса каким-то формальным способом пометить все диспозитивные нормы была отвергнута в пользу более гибкого подхода, требующего в каждом конкретном случае проведения судами серьезного политико-правового анализа. Прimitивная формально-атрибутивная теория определения диспозитивности, которая относит к диспозитивным нормам только нормы, имеющие соответствующий внешний атрибут, судя по всему, пришла ко двору лишь в российском праве, где в силу исторических и иных причин идея свободы договора оказалась не до конца интернализированной юридическим сообществом.

Но прямо признать право судов толковать нормы для определения их императивной или диспозитивной природы недостаточно. Это в принципе и так происходит в России в практике высших судов. Разница лишь в том, что за рубежом этот факт, как мы видели, прямо признается, а в России же все еще принято закрывать глаза на свободу судебного толкования законов. Соответственно прямое признание права суда придавать норме (в случае отсутствия явного текстуального указания на тот или иной вариант ее квалификации) диспозитивный или императивный характер, конечно, полезно с точки зрения взросления российского права. Но куда важнее пойти еще дальше: переломить нынешнее отношение к свободе договора и стабильности сделок в первую очередь у судей нижестоящих инстанций, а также сделать практику признания сделок недействительными более предсказуемой. Для этого требуется более сильное решение, оформленное к тому же на уровне ГК РФ или нормативных разъяснений судебной практики ВАС РФ.

Таким решением является, на наш взгляд, прямое установление *презумпции* диспозитивности норм ГК РФ о сделках, сроках, обязательствах и договорах, которая опровергалась бы в тех случаях, когда в законе было бы прямо указано, что та или иная норма является императивной, или когда природа соответствующей нормы с учетом всех релевантных политико-правовых факторов со всей очевидностью свидетельствовала бы о необходимости ограничения свободы договора. Эта идея обсуждалась при принятии ГК РФ. Кроме того, она полностью совпадает с тем, как проблему квалификации норм договорного права решают развитые страны. М. Хесселинк в своем сравнительно-правовом исследовании диспозитивных норм в европейском праве резюмирует, что именно такое решение является общепринятым для права европейских стран³⁹. Как отмечает А. Гарро, принцип свободы договора имеет такую явную силу, что по крайней мере в части обязательственного права специально диспозитивность нормы даже не принято упоминать — она подразумевается по общему правилу⁴⁰. Такое решение поддерживается научным сообществом зарубежных стран. Например, презумпция диспозитивности норм договорного права входит в доктрину экономического анализа права — наиболее влиятельного течения в современном американском праве⁴¹.

³⁹ Hesselink M.W. *Op. cit.* P. 43–84.

⁴⁰ Garro A.M. *Op. cit.* P. 1022.

⁴¹ См.: Schwartz A., Scott R.E. *Contract Theory and the Limits of Contract Law* // 113 *Yale Law Journal*. 2003–2004. P. 541ff.

В конце 2007 г. был опубликован проект документа под названием «Общая система координат европейского частного права» («Draft Common Frame of Reference (DCFR) for a European Private Law»), подготовленного с подачи Европейской комиссии несколькими специально созданными рабочими группами европейских цивилистов и претендующего на роль методологической основы для возможной унификации договорного права Европы. В ст. (II) 1:102 этого документа прямо указывается, что стороны вправе исключить, обойти или изменить любую норму права, касающуюся договоров или иных сделок, а также любых прав или обязательств из них вытекающих, если обратное не предусмотрено⁴². По сути, здесь в обобщенном виде отражена идея презумпции диспозитивности, которая объединяет все развитые рыночные страны и с таким трудом находит понимание у российских правоведов.

Идея о введении презумпции диспозитивности не нова и для российского права. В частности, из современных авторов ее убедительно защищает О.Н. Садиков⁴³. Между тем, как уже было отмечено, сейчас в нашем праве господствуют идея о презумпции императивности и формально-атрибутивная теория определения диспозитивных норм. В этой связи следует наконец ввести российский подход к императивным и диспозитивным нормам в ту систему координат, которая доминирует в праве развитых стран.

При таком подходе степень определенности была бы куда большей, чем в настоящее время. Соответственно количество безосновательных споров о недействительности договоров резко сократилось бы. Судам был бы дан четкий сигнал, что без прямого указания в законе на их императивность или очень серьезных политико-правовых обоснований, которые необходимо прямо обозначать в судебном решении, отходить от принципа свободы договора нельзя. Таким образом, это решение смогло бы переломить страх судей нижестоящих инстанций перед переквалификацией с виду императивных норм в скрыто диспозитивные. По сути все нормы договорного права превращаются в диспозитивные, если обратное не вытекает из прямого указания в законе или явно не следует из природы соответствующей нормы. На практике это будет означать, что судье в случае отсутствия прямого указания в законе на диспозитивность или императивность нормы будет безопаснее поддерживать свободу договора. Такое решение не потребует от него особых интеллектуальных усилий и не сделает его уязвимым для критики. Если он в спорном случае признает действительность договора или отдельных его условий, а вышестоящий суд его решение пересмотрит, то судью не за что будет особенно критиковать. Рассуждения о пределах допустимой свободы договора и степени необходимого патернализма — это, по мнению большинства судей нижестоящих инстанций, прерогатива высших судов. Поэтому если те все же решили в конкретном спорном случае квалифицировать норму в силу ее природы и задач гражданского права как императивную, то это их полное право. Никто камня в судью первой инстанции, признавшего договор действительным, не бросит. Совсем другое дело, если судья первой инстанции возьмет на себя ответственность и в отсутствие четкого указания на императивность в самой норме

⁴² Текст проекта см.: <http://webh01.ua.ac.be/storme/DCFRInterim.pdf>.

⁴³ См.: Садиков О.Н. Указ. соч.

признает ее императивной, а весь договор или его часть — недействительным. В этом случае судье придется приводить в судебном решении политико-правовые аргументы в пользу необходимости ограничения свободы договора, что в отсутствие очевидности такой необходимости ему будет сделать крайне сложно. Соответственно большинство судей первых инстанций при введении предлагаемого решения будут стремиться без очень веских оснований от принципа свободы договора не отступать, а в случае отступления будут вынуждены представить вескую аргументацию. Все эти меры помогут сформировать стереотип уважения свободы договора и автономии воли сторон.

Итак, мы предлагаем установить в качестве презумпции квалификацию норм как диспозитивных, что должно значительно упростить судам задачу толкования и решительнее подтолкнуть нижестоящие суды к более рыночно ориентированной практике. При этом данный подход можно было бы прямо отразить в тексте ГК РФ и распространить его на нормы, регулирующие сделки, сроки, обязательства и договоры. Применение презумпции диспозитивности к статусу физических лиц, вещным и корпоративным отношениям куда более спорно или в принципе невозможно. Например, в зарубежной литературе степень допустимой диспозитивности корпоративного и вещного права является достаточно острой темой⁴⁴.

Если предлагаемое нами решение будет принято, возникнет другой важный вопрос — об определении тех политико-правовых оснований, в силу которых судья в условиях отсутствия в тексте соответствующей нормы четкого указания на ее императивность или диспозитивность должен решиться на то, чтобы опровергнуть презумпцию диспозитивности и все же признать норму императивной. Не останавливаясь подробно на этой теме, заметим, что таким основанием может быть, например, потребность защиты стороны, обладающей низкой переговорной силой (*bargaining power*), — та потребность, которая, в свою очередь, выделила трудовое право и правовое регулирование сделок с потребителями из общего массива гражданского права и потребовала усиления в этих сферах начал императивности регулирования. Это может быть и патернализм другого рода⁴⁵, когда право исправляет «когнитивные ошибки», т. е. нерациональные элементы в суждениях людей при принятии решений⁴⁶. Наконец, это может быть и обеспечение интересов третьих лиц, и защита публичных интересов, и предотвращение негативных экономических экстерналий, и проведение в жизнь доминирующих моральных императивов, и другие, в конкретной ситуации оказывающиеся более важными, чем свобода договора, политико-правовые ценности. Главное, чтобы суд четко осознавал, ради чего он отступает от краеугольного камня договорного права рыночной экономики — принципа свободы договора.

⁴⁴ Garro A.M. *Op. cit.* P. 1023–1028.

⁴⁵ Блестящее исследование патернализма в контрактном праве см.: Kronman A.T. *Paternalism and the Law of Contracts* // 92 *Yale Law Journal*. 1982–1983. P. 763ff.

⁴⁶ Подробнее см.: Eisenberg M.A. *The Limits of Cognition and the Limits of Contract* // 47 *Stanford Law Review*. 1994–1995. P. 211ff.

Предложения Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации

Обратим теперь внимание на то, что предлагается в рамках идущей сейчас реформы гражданского законодательства в отношении проблем контроля содержания заключенных договоров. В сокращенной версии Концепции развития гражданского законодательства РФ, одобренной в октябре 2009 г. Президентом РФ, этот вопрос не затрагивается. Но в п.1 § 3 раздела V Проекта, одобренного в марте 2009 г. Советом по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, предлагалось установить, что нарушение не всякой императивной нормы, допущенное при заключении договора, влечет недействительность сделки или соответствующего ее условия. По мнению разработчиков Проекта, большое количество норм ГК РФ носит внешне императивный характер, но нарушение этих норм далеко не всегда должно с политико-правовой точки зрения влечь недействительность. Недействительность, как это указывается в Проекте, является следствием нарушения не просто императивной нормы, а такой нормы, в которой содержится ярко выраженный запрет закона. Причем круг таких «сверхимперативных норм» (позаимствуем данный термин из международного частного права) должен определяться судебной практикой. При этом при выяснении возможности применения недействительности в качестве санкции за нарушение императивных норм суду предлагается устанавливать волю законодателя: имел ли он в виду, что эту императивную норму обойти соглашением сторон нельзя под страхом недействительности?

У этой идеи верная цель — предоставить судам право определять применительно к каждой конкретной норме необходимость признания условия договора, отступающего от предписания закона, действительным или недействительным. Кроме того, реализация данной идеи, по сути, скрыто дезавуирует формально-атрибутивную теорию диспозитивности: норма не будет считаться исключающей возможность иного регулирования в договоре только в силу отсутствия в ней указания на право сторон оговорить иное. Но, несмотря на то что направление на ограничение императивности норм гражданского права выбрано верно, способ решения проблемы, по нашему мнению, не самый удачный.

Возражение первое. Как это следует из прямого указания в Проекте, при разработке указанной выше идеи за образец было взято в том числе германское право. Но в данном случае копирование оказывается не совсем уместным. В европейских странах применительно к договорному праву никто не считает норму кодекса, в которой прямо не указано, что иное может быть согласовано сторонами, по определению императивной. Необходимость эксплицитного выражения диспозитивности отсутствует, и суды в каждом конкретном случае, толкуя норму закона, определяют ее императивную или диспозитивную природу. Если в норме прямо и недвусмысленно указано, что соглашение об ином не будет иметь силу, либо прямо определен вид сделки или определенное условие договора признается недействительным, то норма без колебаний признается императивной. Если, наоборот, в законе прямо указывается на право сторон оговорить иное, то норма также без колебаний признается диспозитивной. Если же, как это бывает в подавляющем большинстве случаев, норма не указывает ни на то, ни на другое, суд определяет ее характер, исходя из политико-правового анализа целей

законодательства, при этом имея в виду диспозитивность норм по крайней мере договорного права в качестве презумпции. Соответственно, когда законодательства ряда европейских стран говорят о том, что к недействительности ведет нарушение прямого законодательного запрета (ст. 134 ГГУ) или нарушение норм публичного порядка (ст. 6 ГК Франции), они не допускают существование императивных норм гражданского права, которые можно обойти соглашением сторон. На то норма и императивна, что стороны не вправе согласовать в договоре иное. Например, в известном германском учебнике по гражданскому праву указывается, что все императивные нормы делятся на императивные запрещающие нормы, которые запрещают что-либо, не провозглашая вместо этого позитивной нормы взамен, а также императивные предписывающие нормы, непосредственно предусматривающие позитивное регулирование, которое нельзя отменить соглашением сторон. Причем, как указывается, недействительность является последствием нарушения обоих видов императивных норм⁴⁷.

Статья 134 ГГУ говорит о недействительности сделки, нарушающей законодательные запреты. Но это отнюдь не значит, что нарушение императивной нормы, не выраженной в качестве прямого запрета, не влечет ничтожность сделки или ее соответствующей части. В литературе отмечается, что в германском праве различие между предписывающими императивными нормами и законодательными запретами состоит не в том, что предписывающие императивные нормы стороны вправе обходить своим соглашением⁴⁸. Отнюдь нет: условие договора, противоречащее предписывающей императивной норме, также недействительно. Различие носит скорее функциональный характер. Предписывающие императивные нормы по своей природе направлены на прямое ограничение свободы договора (например, большинство норм из области правового регулирования сделок с потребителями и т. п.), и стороны не вправе своим соглашением отойти от таких позитивных предписаний⁴⁹. В то же время императивная норма, представляющая собой законодательный запрет, зачастую прямо не ограничивает свободу договора, а, как принято считать, текстуально выражает идею запретить определенное поведение⁵⁰. Причем зачастую такие законодательные запреты вообще относятся к нормам публичного права. В частности, Я. Шапп отмечает, что согласно «мотивам», которые подробно аргументировали каждую норму проекта ГГУ, целью составителей ст. 134 ГГУ было создать гражданско-правовое регулирование последствий нарушения запретов публичного и в первую очередь уголовного права⁵¹. В этом случае недействительность сделки является косвенным последствием воли законодателя запретить данное поведение участников оборота. Каковы же примеры подобных законодательных запретов? В литературе приводятся такие случаи, как некоторые сделки, нарушающие ограничения по торговле инсайдерской информацией; сделки, заключаемые в целях приготовления к преступлению; сделки, заключенные

⁴⁷ Эннекцерус Л., Кунн Т., Вольф М. Указ. соч. С. 173.

⁴⁸ Markesinis B., Unberath H., Johnston A. *The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2-nd ed. Oxford, 2006. P. 240–241.*

⁴⁹ *Ibid.* P. 241.

⁵⁰ Markesinis B., Unberath H., Johnston A. *Op. cit.*

⁵¹ Шапп Я. *Система германского гражданского права. М., 2006. С. 280.*

в нарушение антимонопольного законодательства; сделки, заключаемые лицом, не имеющим право вести соответствующую деятельность и др.⁵²

Причем в отличие от нарушения предписывающей императивной нормы, где недействительность является вполне естественным последствием, нарушение законодательного запрета, как говорится в ст. 134 ГГУ, может влечь иное последствие (например, административный штраф). Как отмечает Р. Циммерман, в этом случае действует презумпция недействительности, которая в конкретных ситуациях с учетом целей законодательного регулирования и других факторов может быть опровергнута в пользу иных последствий⁵³. В литературе приводится пример закона, запрещающего торговлю в определенное время суток. Заключение сделок продажи товаров покупателям в нарушение этого запрета не повлечет признание этих сделок недействительными, что подтверждает и германская судебная практика. Как отмечается в литературе, именно судебной практике предоставлено право определять, повлечет нарушение того или иного законодательного запрета именно недействительность сделки или какие-то иные последствия⁵⁴. При этом германские суды, толкуя соответствующий запрет, принимают во внимание текстуальное выражение нормы (текстуальный фактор), положение нормы в системе правового регулирования и ее соотношение с другими нормами (системный фактор), волю исторического законодателя (исторический фактор) и, наконец, объективную цель данной нормы (телеологический фактор). Как и в большинстве стран, иерархии в оценке этих факторов нет, и суды вольны взвешивать данные факторы, пытаясь, если возникают противоречия в результате различных вышеуказанных приемов толкования, найти наиболее сбалансированное решение⁵⁵.

Как отмечается в литературе, разделение на императивные предписывающие нормы и законодательные запреты с учетом того, что отход от обоих видов норм в соглашении сторон является по общему правилу недействительным, представляется многим юристам искусственным и на практике носит скорее теоретический характер⁵⁶. В некоторых компаративных работах, написанных немецкими авторами, это разграничение вообще не выделяется, видимо, чтобы не забивать голову иностранному читателю традиционными германскими тонкостями⁵⁷.

Итак, судя по всему, германское право, на которое ссылаются в Проекте, отнюдь не утверждает, что соглашение сторон, противоречащее позитивной императивной норме, предписывающей то или иное правило (а не законодательному запрету), будет действительно. Соответственно вывод авторов Проекта о том, что только противоречие законодательному запрету влечет недействительность соответ-

⁵² *Markesinis B., Unberath H., Johnston A. Op. cit. P. 242–247.*

⁵³ *Zimmermann R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, 1996. P. 701.*

⁵⁴ *Шанн Я. Указ. соч. С. 280–281; Markesinis B., Unberath H., Johnston A. Op. cit. P. 242–243.*

⁵⁵ *Markesinis B., Unberath H., Johnston A. Op. cit.*

⁵⁶ *Ibid. P. 241*

⁵⁷ *Kotz H., Flessner A. European Contract Law. Volume One: Formation, Validity, and Content of Contracts; Contract and Third Parties. 2002. P. 161–164.*

ствующего условия договора или сделки в целом, а противоречие обычной императивной норме не влечет, является скорее неким открытием.

По нашему мнению, не имеет смысла плодить сущности без причин, чтобы не провоцировать бритву Оккама. Зачем делить все императивные нормы на запреты, обойти которые договором невозможно, и те императивные нормы, обойти которые договором в соответствии с данным подходом все же можно? Ведь в последнем случае стирается различие с нормами диспозитивными. Напомним, что диспозитивные нормы — это нормы, допускающие согласование сторонами иного (п. 4 ст. 421 ГК РФ), а императивные нормы — это нормы, которым сделка обязательно должна соответствовать (п. 1 ст. 422 ГК РФ). Можно возразить, что императивные нормы, не являющиеся запретами, могут в случае их нарушения договором влечь иные негативные последствия. Но трудно даже представить, о каких последствиях может идти речь, если мы говорим о нормах договорного права, предписывающих или ограничивающих то или иное содержание договоров.

Возражение второе. Проблема еще и в том, что те примеры, которые судебная практика и научная доктрина Германии приводят как основания для применения ст. 134 ГГУ, — это главным образом сделки, заключенные в рамках действий, нарушающих публично-правовые запреты, как уже отмечалось, в основном уголовно-правового или административно-правового характера. Многие ситуации, когда в Германии должна применяться ст. 134 ГГУ, в российском праве регулируются специальной ст. 169 ГК РФ о запрещении сделок, противных основам правопорядка и нравственности. Если ознакомиться с Проектом в части анализа ст. 169 ГК РФ, можно найти этому множество подтверждений. В Проекте приводятся такие примеры, как сделки по скупке краденого, сделки, направленные на уклонение от уплаты налогов, и другие, которые в германском праве будут покрываться именно ст. 134 ГГУ о недействительности нарушения законодательных запретов. Дело в том, что ст. 169 ГК РФ запрещает и сделки, противные основам нравственности, и сделки, противные основам правопорядка. В Германии же существуют две нормы: ст. 134 ГГУ запрещает сделки, противные законодательным запретам (читай: основам правопорядка), а ст. 138 ГГУ запрещает сделки, противные добрым нравам. Если в России начнут понимать ст. 168 ГК так же, как в Германии понимают ст. 134 ГГУ, то у нас в условиях наличия специальной ст. 169 о запрете сделок, противных основам правопорядка, возникнет перехлест сфер применения этих двух норм (ст. 168 и 169 ГК РФ). Именно поэтому невозможно сделать ст. 168 ГК РФ аналогом германского правила о недействительности сделок, нарушающих запрет закона, если понимать под запретом закона преимущественно запреты публичного права. Те случаи, когда сделка, не нарушающая конкретную императивную норму гражданского права, участвует в оформлении некоего незаконного в публичном праве действия (преступления, уклонения от уплаты налогов и т. п.), есть основания проверить необходимость применения ст. 169 ГК РФ.

Возражение третье. Если в отличие от германского права под законодательными запретами будут пониматься в первую очередь нормы именно гражданского права, прямо ограничивающие свободу договора, но лингвистически выраженные в негативной, запретительной манере, то разделение предписывающих (позитивных) императивных норм ГК РФ и прямых запретов приобретет достаточно формальный характер, зависящий от выбранных законодателем оборотов речи.

Таким образом, уходя от одного формально-атрибутивного приема, доминирующего ранее, мы перейдем к другому. Но если раньше атрибут (оговорка о праве сторон оговорить иное) требовался для квалификации нормы в качестве диспозитивной и опровержения презумпции императивности, то теперь все будет наоборот: для опровержения вводимой де-факто презумпции диспозитивности потребуются найти внешний атрибут императивности (выражение нормы через запрещение). Хотя этот новый формализм лучше прежнего, так как по сути вводит презумпцию диспозитивности и расширяет автономию воли сторон, он имеет явный перекося в обратную сторону.

Отбросим на время идею Проекта о том, что могут существовать императивные нормы, которые в отличие от законодательного запрета не влекут ничтожность противоречащих им соглашений сторон. Как было показано выше, эта идея достаточно спорна. Допустим, Проект имеет в виду, что императивными нормами будут считаться только законодательные запреты. В таком виде эта теория способна противостоять нашему первому возражению — обвинению в умножении сущностей без необходимости. Однако такая интерпретация может быть сфальсифицирована просто объективными реалиями российского законодательного материала. Законодатель зачастую, имея в виду установление ограничения свободы договора, не использует терминологию, прямо указывающую на запрещение совершения определенных сделок. Если принять предлагаемый в Проекте подход, не будут считаться недействительными те соглашения, которые противоречат нормам, установленным хотя и с целью ограничить свободу договора, но выраженным не в качестве запрета, а в виде позитивного предписания. Разумно ли это?

Ни в одной стране не устанавливается правило о том, что недействительным будет только то соглашение (или его часть), которое нарушает лингвистически прямо выраженный запрет. Даже в Германии, несмотря на упоминание запрета в ст. 134 ГГУ, недействительными будут и те соглашения или условия, которые противоречат императивным нормам, предписывающим определенное содержание контракта, а не запрещающим сделку или определенные ее условия. В мире законодателям оставляют свободу выбора позитивного (предписаний) или негативного (запретов) варианта установления императивных норм.

Ошибочность предлагаемого в Проекте решения можно проиллюстрировать множеством примеров. В частности, в ГК РФ не говорится прямо о том, что не имеют юридической силы соглашения сторон, отменяющие или изменяющие порядок государственной регистрации сделок с недвижимостью или перехода прав на нее. Соответствующие нормы выражены позитивно и не упоминают никаких запретов. Тем не менее с политико-правовой точки зрения очевидно, что эти нормы строго императивны и их невозможно обойти соглашением сторон. При принятии предложения авторов Проекта будет достаточно сложно подвести такого рода позитивные императивные нормы под понятие законодательных запретов. Для этого придется вводить институт подразумеваемых законодательных запретов и придумывать иные фикции. Уверены ли разработчики Проекта, что они готовы ограничить недействительность только применительно к нормам, текстуально выраженным именно как запреты, а при необходимости расширения понимания этого института — выдумывать всяческие фикции, раз-

мывая сам критерий запрета? Как нам представляется, нет. Можно с уверенностью предположить, что, столкнувшись с конкретными по своей природе императивными нормами, выраженными позитивно, многие суды начнут толковать понятие запрета расширительно и тем самым размоют данный критерий, по сути, отказавшись от формализма в этом вопросе. В итоге предложенное в Проекте решение вызовет множество споров и сложностей в судебной практике в отношении того, насколько буквально нужно понимать термин «запрет», и никакой пользы не принесет.

Возражение четвертое. В Проекте не делается различия между тем, к какой области гражданского права относится та или иная норма. Согласно идее Проекта недействительным будет только то соглашение, которое противоречит законодательному запрету. Но ведь нормы о статусе физических лиц, корпоративное право, вещное право, наследственное право — это тоже гражданское право. В них практически не встречается норм, выраженных явно в качестве запретов. И неужели стороны вправе заключать сделки, изменяющие любые нормы этих подотраслей гражданского права? Наверное, имелось в виду все-таки другое. Учитывая эту проблему, в случае если предложения Проекта будут приняты, расширения понятия запрета не избежать. И тогда под запретом будет пониматься просто такая норма, которая по своей природе не предполагает право сторон оговорить в контракте иное. Это служит еще одним подтверждением тому, что история с введением института «запрета» бессмысленна.

Таким образом, предложение Проекта о выделении среди императивных норм некой квалифицированной категории законодательных запретов не совсем обоснованно. Тем не менее направление, выбранное разработчиками Проекта, в целом верное. Следует изменить недоверчивое отношение судов к диспозитивности гражданского права. Если в части вещного или корпоративного права презумпция императивности и может быть признана уместной как взятая за рядом оговорок в качестве общего правила, то в части права договорного презумпция императивности — это «лучевая болезнь» советской идеологии. Разработчики Проекта чувствуют симптомы этой болезни и осознают необходимость лечения, но выбирают, на наш взгляд, не совсем верное лекарство. Оно, конечно, поможет, однако при этом создаст множество побочных проблем, так как сложно в применении и порождает логические противоречия.

Вместо этого предлагаем выбрать очевидное и простое решение, известное практически всем странам мира: бороться с презумпцией императивности следует путем установления презумпции диспозитивности. При таком решении текст ст. 168 ГК РФ необходимо оставить нетронутым, а в ст. 421 или 422 ГК РФ прямо указать на презумпцию диспозитивности норм Кодекса и других гражданско-правовых законов о сроках, сделках, обязательствах или договорах, если иное не вытекает из прямого указания в законе или природы соответствующей нормы. Такое решение помимо простоты обладает достаточной гибкостью и не страдает формализмом. Право окончательной квалификации норм, как и везде в мире, оказывается у судов, но предсказуемость правопорядка обеспечивается за счет презумпции диспозитивности, распространяющейся только на те области гражданского права, в которых доминирует свобода договора.

Итоги

Таким образом, чтобы решить проблему необоснованной отмены судами заключенных сделок, следует в первую очередь ответить на вопрос о пределах свободы договора и должной меры императивности договорного права. В настоящей статье мы попытались показать тот путь, который позволит значительно укрепить договорные связи в экономике, сократит издержки предпринимателей, повысит инвестиционную привлекательность российской экономики и доверие в бизнесе, в настоящее время находящееся на крайне низком уровне.

Для успешного решения вопросов об ограничениях свободы договора и пределах императивности гражданского права необходимо вначале понять природу и задачи императивности норм договорного права, что, в свою очередь, можно сделать только с помощью политико-правового анализа. В качестве схемы такого анализа предлагаем следующую «дорожную карту»:

1. *«Парадокс двух свобод»*. Свобода договора представляет собой проявление идеи свободы личности только в момент заключения договора. На следующий же день после заключения договора принцип свободы договора начинает ограничивать свободу личности, так как связывает поведение сторон теми условиями, которые были заложены в контракте. Соответственно после заключения договора контрагент лишается права передумать, и его личная свобода ограничивается.
2. *«Тезис о рыночной экономике»*. Социалистический эксперимент показал, что экономика, построенная исключительно на командно-административных началах, обречена, так как лишает участников оборота свободы выбора. Как показали Ф. Хайек и другие экономисты, не может существовать единый централизованный орган, который способен, обработав безмерный объем информации, определить баланс спроса и предложения, оптимальные цены и другие параметры экономического обмена. Экономика работает, только если эти параметры определяются рыночным образом, что невозможно, если у участников оборота нет возможности самим определять нужные им условия контрактов. Никто лучше участников оборота не знает, что им нужно, на каких условиях и по какой цене. Соответственно основной принцип современной рыночной экономики — экономическая свобода. В гражданском праве он преломляется через принцип свободы договора.
3. *Но экономический либерализм не фетиш*. Опыт XX в. показал, что государство не может полностью устраниваться из экономики и свобода экономических агентов должна быть в ряде случаев ограничена. Современные исследователи когнитивной психологии и бихевио-экономического анализа (А. Тверски, Д. Канеман и др.) показали, а мировой финансовый кризис, развернувшийся в 2008 г., лишь подтвердил, что основа основ современной неоклассической экономики — теория рационального выбора представляет собой некоторое упрощение. Безусловно, чаще всего люди ведут себя рационально, выбирая оптимальный способ удовлетворения собственных желаний. Но нередко в силу определенных особенностей сознания и процессов мышления человек склонен совершать ошибки при принятии решений, в том числе и экономических (*cognitive bias*). В таких случаях государству стоит рассматривать возможность вмешательства в патерналистских целях.

Например, ограничение свободы договора в отношении неустойки легко объясняется такой когнитивной ошибкой, как «сверхоптимизм», т. е. эмпирически доказанной склонностью людей переоценивать свои возможности и недооценивать риски. Шейлоку удалось уговорить своего заемщика включить в расписку условие о том, что штрафом за просрочку в возврате займа будет отрезанный с тела заемщика фунт мяса, только в силу этой склонности людей недооценивать риск того, что они не исполнят договор. Кроме того, патернализм оправдан в случае провалов рынка, т. е. в таких ситуациях, когда рынок не в состоянии обеспечить эффективный оборот ресурсов (например, монополизм). Оправданием патернализму служат и явно неравные возможности контрагентов, которые могут подорвать экономическую эффективность. Среди других причин можно назвать и те случаи, когда вмешательство государства предопределено необходимостью предотвращения значительных негативных экстерналий, когда свобода договора может существенно ущемить права третьих лиц, не участвующих в сделке. Не стоит забывать и о такой задаче, как защита основ нравственности и правопорядка. Учитывая все это, в экономике можно и нужно говорить об ограничениях свободы экономических агентов, а в праве — ставить вопрос об ограничениях свободы договора и введении императивных норм.

4. *Презумпция диспозитивности.* Примирение, с одной стороны, общего принципа свободы договора, а с другой — идеи о разумности ее локальных ограничений, по крайней мере пока российская экономика придерживается рыночной парадигмы, возможно только при установлении презумптивной силы принципа свободы договора. Иными словами, по общему правилу стороны свободны устанавливать любые условия и заключать любые контракты. Патернализм же и другие факторы, оправдывающие ограничения свободы договора, действуют как исключения, опровергающие данную презумпцию.
5. *Политико-правовой анализ.* Введение в правовое регулирование указанного выше исключения *de lege ferenda* может быть оправдано исключительно с политико-правовой точки зрения. В обоснование любого ограничения свободы договора (будь то императивная норма или запрет на обход предусмотренных в законе договорных моделей) должна лежать убедительная политико-правовая аргументация, обосновывающая прагматическую целесообразность отхода от презумпции свободы договора. Если законодатель или иной правотворец четко не осознают, ради чего в данном конкретном случае необходимо ограничивать свободу договора, тогда не имеет смысла сниматься с якоря свободы договора.
6. *Полномочия судьи по квалификации норм.* Если речь идет об уже имеющихся нормах ГК РФ, то, возможно, оптимальным решением было бы следующее. В случае прямого указания в норме, что соглашение сторон об ином не допускается, по крайней мере *de lege lata* эту норму необходимо признать императивной. Если же, наоборот, в норме прямо указано, что иное может быть предусмотрено в договоре, то эта норма, безусловно, диспозитивна. Наконец, если в норме не указано ни то, ни другое, то при условии, что норма относится к сделкам, срокам, обязательствам и договорам, правом определять ее правовую природу следует наделить суды.
7. *Презумпция диспозитивности спорной нормы.* При определении диспозитивности или императивности соответствующей спорной нормы, не указывающей прямо

Свободная трибуна

на свою природу, судам следует стремиться понять основную цель данной нормы, исходя из презумпции ее диспозитивности, если эта норма относится к правовому регулированию сделок, сроков, обязательств и договоров.

8. *Опровержение презумпции при правоприменении.* Указанная выше презумпция, однако, может быть опровергнута в конкретном случае в пользу признания спорной нормы императивной. Но такое ограничение свободы договора судом возможно только по очевидным, осознанным судом и аргументированным в решении политико-правовым соображениям. Суд не должен признавать норму императивной просто в силу слепой традиции, мнений авторов учебников, желания достичь большей формальной логичности и симметрии в сочетании норм в системе регулирования и тому подобных догматических причин.

Принятие данной схемы анализа может в значительной степени снизить уровень нестабильности договорного оборота, сведя ограничения свободы договора только к тем случаям, когда этого недвусмысленно требуют практический разум или внутренняя моральная интуиция. Конечно, мы не претендуем на детальный анализ конкретных импликаций этой схемы. Глубокое научное исследование проблем, связанных с пределами ограничения свободы договора, еще впереди. Тем не менее в качестве гипотезы выдвинем идею о том, что, если принять указанную выше схему за основу соответствующей доктрины, задача по укреплению стабильности делового оборота и снижению вероятности судебной отмены заключенных сделок будет выполняться более адекватно.