

СВОБОДА ДОГОВОРА

Коллектив авторов
Свобода договора
Серия «Анализ современного права»

Текст предоставлен правообладателем
http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=38279803
Свобода договора. Сборник статей: Статут; Москва; 2016
ISBN 978-5-8354-1182-5

Аннотация

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

Содержание

Предисловие	5
Указатель сокращений	7
А.А. Богустов	9
Н. Руйе	26
А.Ш. Ахмедов	40
А.А. Кот	72
И.В. Спасибо-Фатеева	134
Конец ознакомительного фрагмента.	141

Свобода договора
Ответственный
редактор М. А. Рожкова

© Коллектив авторов, 2015

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление,
2015

* * *

Предисловие

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

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

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

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

М.А. Рожкова

Указатель сокращений

АПК РФ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации

ААС апелляционный арбитражный суд

ВАС РФ Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (в настоящее время упразднен)

Вестник ВАС РФ Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

ВС РФ Верховный Суд Российской Федерации

ГГУ Германское гражданское уложение

ГК гражданский кодекс

ГК РФ Гражданский кодекс Российской Федерации

ГПК РФ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации

ГТУ Германское торговое уложение

Закон об АО Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»

Закон об ООО Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»

Закон № 42-ФЗ Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»

ЗК РФ Земельный кодекс Российской Федерации

КС РФ Конституционный Суд Российской Федерации

Концепция развития гражданского законодательства Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (Вестник ВАС РФ. 2009. № 11. С. 6–99)

АО акционерное общество

ООО общество с ограниченной ответственностью

Постановление № 16 постановление Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах»

Принципы УНИДРУА Принципы международных коммерческих договоров Международного института унификации частного права (УНИДРУА) 2010 г.

СЗ Собрание законодательства

ТК РФ Трудовой кодекс Российской Федерации

ФАС Федеральный арбитражный суд

ФГК Французский гражданский кодекс

ФЗ Федеральный закон

ШОЗ Швейцарский обязательственный закон

А.А. Богустов
Проблемы реализации
принципа свободы договора
в Модельных правилах
европейского частного права

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

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

сударственного обложения»¹.

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

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

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

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

Вследствие этого свобода договоров требует ограничения»⁴. Весьма подробно основания и порядок ограничения данного принципа в законодательстве зарубежных стран исследовались в советской юридической литературе⁵.

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

Значение любых модельных актов состоит в том, что они являются отражением существующего уровня развития правовой доктрины. Разработчики Модельных правил европейского частного права отмечают: «...как преимущественно научный текст [*DCFR*. – А.Б.] отражает развитие цивилистической мысли в Европе, а также во всем мире. Разработанный текст является хорошим образцом для совершенствования

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

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

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

ния национального законодательства в сфере частного права независимо от того, является государство членом Европейского Союза или нет. *DCFR* имеет большое практическое значение для государств, в которых разрабатываются новые гражданско-правовые кодификации либо совершенствуются существующие кодексы»⁷. Несвязанность рассматриваемого нами документа с правом конкретной страны и попытка обобщения в нем опыта государств как континентальной, так и англо-американской системы права позволяют рассматривать отражаемые им тенденции в качестве универсальных и присущих в той или иной степени большинству современных правопорядков. В *DCFR* находит выражение целый ряд направлений развития гражданского права (публицизация частного права, отказ от его дуализма, изменение характера договорной ответственности, правовая инфильтрация, усиление влияния англо-американской системы права на континентальную⁸). И среди них значительное место занимает ре-

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

⁸ См. подробнее: *Богустов А.А.* Отражение основных тенденций развития гражданского законодательства в модельных правилах европейского частного права // Стратегія модернізації приватного права в сучасних умовах: Зб. наук. праць. Киев; Хмельницький: ХУУП, 2013. С. 33–41; *Он же.* Модельные правила европейского частного права и усиление публичных начал в гражданском праве // Современные проблемы права и управления / 4-я Междунар. научн. конф. Тула: Папирус, 2014. С. 13–15; *Он же.* Концепция договорной ответственности в модельных правилах европейского частного права и тенденции развития современного гражданского законодательства // Технология, экономика и право:

ализация мер, направленных на ограничение свободы договора.

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

Но говоря о свободе договора, следует учитывать, что существование и практическая реализация данного принципа неразрывно связаны с иными основополагающими началами

актуальные проблемы и инновации: Материалы Междунар. науч. – практ. конф. Барановичи: РИО БарГУ, 2014. С. 178–179; *Он же*. Влияние Модельных правил европейского частного права на сближение континентальной и англо-американской систем права // Актуальные проблемы международного права: Материалы междунар. науч. – практ. конф. Владимир: ВИТ-принт, 2015. С. 62–66.

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

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

⁹ Кулагин М.И. Указ. соч. С. 258.

¹⁰ Там же.

1 ст. II. – 2:102 *DCFR*), т. е. защита от дискриминации означает не столько предоставление равных прав, сколько установление дополнительных привилегий при заключении договора.

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

Тенденция к применению подобного ограничения свободы договора находит отражение и в положениях *DCFR*. Здесь правила, посвященные подобным договорным формам, на

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

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

первый взгляд немногочисленны. Так, в ст. II. – 1:109 *DCFR* установлено, что к примерным относятся условия, «которые были разработаны предварительно для сделок, совершаемых различными участниками, и которые не были специально согласованы участниками». При этом условия будут считаться несогласованными специально, если «другая сторона не могла повлиять на их содержание» (п. 1 ст. II. – 1:110 *DCFR*).

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

Во-первых, формулировка положений *DCFR* указывает на расширение возможностей практического применения подобных условий. В юридической литературе неоднократно указывалось¹³, что такие договоры использовались изначально в строго определенных сферах, где по характеру деятельности невозможно согласование условий с каждым контрагентом (транспорт, энергоснабжение, коммунальное хозяйство и т. п.), а затем стали применяться при торговле массовыми товарами и заключении иных подобных сделок. Более того, в настоящее время свободное формирование сторонами содержания потребительских договоров является скорее исключением, чем правилом. Например, С.В. Соловье-

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

ва, рассматривая основные тенденции развития обязательственного права США, указывает, что во всех штатах «почти все договоры, одной стороной в которых является потребитель, физическое лицо, приобретающее товары, работы услуги для личных семейных или иных схожих целей, заключаются путем присоединения физического лица к формуляру производителя»¹⁴.

Однако использование стандартных условий не ограничивается исключительно потребительскими договорами. В последующем такие формы стали применяться при оформлении отношений, складывающихся между предпринимателями¹⁵. В свою очередь приведенные выше положения Модельных правил европейского частного права вообще не содержат каких-либо указаний на возможные ограничения в применении примерных условий ни по кругу субъектов, ни по видам договорных отношений. Например, на возможность применения стандартных условий сторонами, не являющимися предпринимателями, указывает ст. II. – 9:404 *DCFR*.

Во-вторых, в Модельных правилах европейского частного права находит отражение развитие правил о коллизии примерных условий («сражении проформ»). Сущность данного явления, достаточно давно известного зарубежной правоприменительной практике, состоит в следующем: «...лицо

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

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

предлагает купить у другого лица товары, направляя заказ по форме, которая содержит стандартные условия торговли или ссылку на них. Продавец «акцептует» оферту, подтверждая заказ по форме, которая содержит стандартные условия торговли продавца или ссылку на них. Они могут серьезно отличаться от условий торговли покупателя. Какие условия – покупателя или продавца – преобладают?»¹⁶ Из *DCFR* (ст. II. – 4:209) следует, что в подобной ситуации стандартные условия по общему правилу рассматриваются в качестве условий договора в той степени, в какой их содержание совпадает. Это правило не будет действовать, если сторона заранее прямо заявит о несогласии с данным правилом либо без промедления сообщит другой стороне о подобном намерении.

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

¹⁶ Там же. С. 31.

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

ствий привела к разработке ряда правил, направленных на защиту стороны, принимающей стандартные условия.

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

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

В качестве средства защиты интересов стороны, принимающей заранее не согласованные условия, выступает установ-

ление порядка толкования договора, содержащего подобные условия (п. 1 ст. II. – 8:103 и ст. II. – 8:104 *DCFR*). Например, в случае сомнения относительно значения подобного условия предпочтение отдается толкованию, противоположному интересам стороны, предложившей условие. Помимо этого устанавливается приоритет согласованных условий перед не согласованными специально. В рассматриваемых нами правилах обнаруживается явное сходство с немецкой законодательной и правоприменительной практикой¹⁸, что позволяет сделать вывод о ее серьезном влиянии на формирование положений *DCFR*.

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

Из сказанного можно сделать вывод, что существующий

¹⁸ См. подробнее там же. С. 20–25.

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

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

ковский¹⁹, справедливо отмечал: «Какая польза для бедной швеи от того, что ее договор с работодателем будет признан ничтожным?»

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

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

Вместе с тем необходимость защиты экономически более слабой стороны приводит к тому, что законодательство все чаще допускает возможность одностороннего отказа от заключенного ранее соглашения. В *DCFR* подобный подход используется для обеспечения защиты интересов потребителей. Например, предусматривается возможность одностороннего отказа от договора таймшера (ст. II. –

¹⁹ *Waśkowski E.* Op. cit. S. 3.

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

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

существует возможность самостоятельно сформировать волю на заключение договора (например, при заключении договора с использованием торговых автоматов, таксофонов, дистанционных средств связи и т. д.).

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

На основании проведенного исследования можно сделать вывод, что в Модельных правилах европейского частного права получила дальнейшее развитие тенденция ограничения свободы договора. Это позволяет высказать предположение, что в настоящее время нормативное закрепление указанного принципа имеет в первую очередь политико-правовое значение. Практическая реализация свободы догово-

ра возможна только в тех редких случаях, когда участники договорных отношений не только находятся в положении, исключающем экономическое доминирование одной из сторон, но и принимают непосредственное участие в формировании содержания договора.

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

Н. Руйе

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

Свобода договора в высшей степени ограничена многочисленными правилами и запретами. Многие правовые системы определяют, что договоры, нарушающие данные правила, являются ничтожными и, следовательно, не создают договорных последствий. Зачастую судебная практика сталкивалась с необходимостью вынесения решений, учитывающих соответствующие нюансы, что, в свою очередь, в значительной мере привело к отсутствию предсказуемости. В статье подчеркивается, что рассмотрение данного вопроса в соответствии с принципом пропорциональности позволяет обозначить предсказуемые последствия, присущие гражданско-правовой санкции за незаконно заключенные договоры. По общему правилу отмена договорных последствий не должна служить цели наказания сторон, поскольку иные правовые инструменты, установленные нарушенным правом (административные или уголовные санкции, включая конфискацию незаконной прибыли) выполня-

ют данную функцию. В соответствии с другой точкой зрения, не следует воздерживаться от применения правил об отмене (правовое уничтожение) договорных последствий с единственной целью защиты стороны, добросовестно верящей в действительность договора, поскольку такая защита предоставлена специальным институтом гражданской ответственности (зачастую называемым «*culpa in contrahendo*»). В результате соответствующая санкция состоит в отмене договорных последствий в той степени, в какой это полезно для сохранения или (если это возможно в конкретной ситуации в случае, когда незаконный договор был исполнен) восстановления ситуации, соответствующей нарушенному правилу. Такую пропорциональную и правомерную санкцию можно назвать «полезная ничтожность».

1. В большинстве правовых систем свобода договора находит свой предел в запретах, установленных самой правовой системой. В соответствии с классическим подходом договорное соглашение является ничтожным (*nul, nichtig, null and void*)²¹ в случае, если его содержание нарушает юридический запрет: положение не обладает договорным эффектом в случае, если оно является незаконным; соглашение не порождает последствий договорного характера в случае, ес-

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

ли оно противоречит закону. Ситуация выглядит так, как если бы незаконное положение или соответственно договор не существовали. Речь идет о радикальной санкции абсолютного характера (эта ситуация отличается от последствий незаконности, возникшей после заключения договора, что предопределяет применение положений об исполнении обязательств, в частности, при форс-мажоре; данная проблематика не рассматривается в настоящей статье).

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

2. Тем не менее с момента принятия положений закона, отражающих данный классический подход²², юристы столк-

²² Что касается ФГК, см. ст. 1131: «Безосновательное обязательство, или обязательство, исходящее из ложного основания или *незаконного основания*, не может иметь никакого эффекта» (фр.: «L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou *sur une cause illicite*, ne peut avoir *aucun effet*») (см. также абзац пятый ст. 1108). Что касается швейцарского права, см. абз. 1 ст. 20 Обязательственно-

нулись с необходимостью принимать во внимание основополагающие функции частного права, для того чтобы в рамках конкретного дела попытаться учесть интересы сторон наиболее сбалансированным образом. Абстрактное сохранение целостности правового порядка не является ценностью, которая должна стоять превыше всего. С учетом этого в конечном счете появляются решения, учитывающие соответствующие нюансы (сбалансированные решения).

Некоторые законодатели, помимо ничтожности договора, предусматривают иные санкции, зачастую не указывая, что они собой представляют, – путем простой отсылки к самому запрету²³. Такие отсылки к запретам, как правило, не про-

го закона (от 1881 г. и 1911 г.): «Договор является *недействительным* в случае, если его объектом является несуществующая, *незаконная* или противоречащая признанным обычаям вещь» (фр.: «Le contrat est *nul* s'il a pour objet une chose impossible, *illicite* ou contraire aux mœurs»). Всеобщее гражданское уложение Австрии от 1811 г. содержит аналогичное положение в абз. 1 § 879: «Договор, являющийся незаконным или нарушающий моральные принципы, является *недействительным*» (нем.: «Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist *nichtig*»).

²³ Так, ГГУ указывает в § 134: «Сделка, которая нарушает установленный законом запрет, является недействительной, *за исключением случаев, предусмотренных другим законом*» (нем.: «Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist *nichtig*, *wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt*»). В США в *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 202 является настолько открытым, что исключительно отсылает к санкции, предусмотренной самим запретом (п. 1), или к презумпции в сфере судебного исполнения: «(1) Последствия незаконности в отношении договора определяются правом, выбранным в рамках применения правил § 187–188. (2) В случае, когда исполнение является незаконным в месте исполнения, договор не будет, как правило, применен» (англ.: «(1) The effect

ясняют вопрос дальнейшей судьбы договора: как показывает опыт, законодатель, который устанавливает лишь запрет, не определяет, какие гражданско-правовые последствия этот запрет будет иметь для договоров, которые ему противоречат. Учитывая, помимо прочего, деликатность данного вопроса, без сомнения, было бы значительно лучше, если бы законодатель не устанавливал в каждом законе самостоятельный режим недействительности договора.

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

of illegality upon a contract is determined by the law selected by application of the rules of §§ 187–188. (2) When performance is illegal in the place of performance, the contract will usually be denied enforcement»). Статья 3-305(a)(1)(ii) Единообразного торгового кодекса также является отсылкой: «незаконность транзакции, *которая* в соответствии с другим законом делает недействительным обязательство должника» (англ.: «illegality of the transaction *that*, under other law, nullifies the obligation of the obligor») (см. официальный комментарий 1: «Незаконность... может возникнуть... в соответствии с разнообразными законами. Законы различаются своими положениями и данным им толкованием. Они относятся в первую очередь к местным интересам и местной политике. Таким образом, все такие вопросы предоставлены на рассмотрение местному праву. В случае если в соответствии с данным законом, эффект... незаконности заключается в том, чтобы признать обязательство полностью недействительным, защита должным образом может быть заявлена против держателя» (англ.: «Illegality... may arise... under a variety of statutes. The statutes differ in their provisions and the interpretations given them. They are primarily a matter of local concern and local policy. All such matters are therefore left to the local law. If under that law the effect of... the illegality is to make the obligation entirely null and void, the defense may be asserted against a holder in due course»)).

права.

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

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

²⁵ В английском праве см.: *Treitel G.H. The Law of Contracts*. 5th ed. Stevens & Sons, 1979. P. 361: «Закон по данному вопросу [в отношении последствий недействительности] является сложным и не слишком приемлемым» (англ.: «The law on the question [of the effects of illegality] is complex and not very satisfactory»); что касается французского права, см.: *Revue trimestrielle de droit civil (RTD civ.)*. 1999. P. 386 (J. Mestre): «Вечный вопрос положения договоров, лишенных одобрения, требуемого законом» (фр.: «L'intemporelle question du sort des contrats dépourvu[s] de l'agrément exigé par la loi») (в то время как Саватье (*Juris-Classeur*. Ad art. 6 CC. 1979. N^o 6 (R. Savatier)) упоминает «смятение в доктрине»); в немецком праве Канарис (*Canaris C.-W. Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft*. C.F. Müller, 1983. S. 20) отмечает, что критерии, выработанные судебной практикой, были «исковерканы» сверх всякой меры (нем.: «überstrapaziert»); что касается права США, см. гл. 8 (введение) Второго свода договорного права: «Решение... зачастую касается тонкого баланса интересов» (англ.: *The decision... will often turn on a delicate balancing*); в швейцарском праве Шмид (*Schmid*. *Die Einseitigkeit des gesetzlichen Verbots und der Vertrag*. 1988. S. 3) указывает, что «никакой критерий не является действительно необходимым» (нем.: «kein einziges Kriterium hat sich einen gesicherten Platz erobert») (см. также: *Rouiller N. Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit: Schicksal des privatrechtlichen Vertrags, der gegen das öffentliche Recht verstößt*. Stämpfli, 2002.

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

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

Чтобы четко определить функцию данной санкции, необходимо исходить из принципа *пропорциональности*: нет необходимости в том, чтобы эта санкция выполняла функции, которые возложены на другие правовые институты. В частности, *карательная функция здесь, несомненно, бесполезна*: когда законодатель считает это целесообразным, он «снабжает» запреты уголовными или административными

последствиями, выполняющими такую функцию (одним из последствий подобного типа можно также назвать конфискацию незаконной прибыли). Наказание и конфискация относятся к соответствующим отраслям правового порядка. В свою очередь гражданско-правовая санкция в виде ничтожности противоправной сделки не должна иметь целью наказать одну или обе стороны этой сделки. Поскольку карательная функция рассматриваемой санкции является бесполезной, она является также нелегитимной. Кроме того, это применимо также в случае, если законодатель, установивший запрет, или орган власти, его применяющий, не осуществляют карательных мер или если такие меры представляются недостаточно строгими: гражданское право не призвано компенсировать недостаточную суровость меры путем принятия на себя – вопреки своей природе – функций уголовного права.

С другой стороны, гражданско-правовая санкция за нарушение установленного запрета, представляющего собой некую трактовку противоречия договора правовой норме, *не должна иметь своей целью защиту интересов добросовестной стороны* (т. е. добросовестно верящей в действительность договора, не знающей о его незаконности), что создаст препятствия для применения данной санкции. В действительности в большинстве правовых систем защита добросовестности обеспечена специальными правилами, как, например, обязанность по предоставлению информации (элемент обязательств, вытекающих из принципа «*culpa in*

contrahendo»). Как правило, профессионал несет ответственность перед потребителем в ситуации, когда он не проинформировал последнего о несоответствии договора правовой норме; в международном контексте речь идет о компании, в отношении которой действуют правила ее страны, в случае, если она не сообщила о подобном несоответствии своему иностранному контрагенту.

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

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

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

может взять на себя инициативу по приведению положения в соответствие с требованиями запрета или по крайней мере к положению, близкому к правовому.

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

Таким образом, в таких случаях даже вытекающее из договора требование о выплате договорной цены за предоставление по сделке вопреки существующему запрету по общему правилу не должно признаваться недействительным (такая выплата соответствует балансу интересов сторон, о котором они договорились). По меньшей мере признание недействительности требований в подобных условиях должно применяться с большой осторожностью. В частности, необходимо учитывать, обеспечивается ли в достаточной мере соблюдение публичного интереса возможностью конфискации незаконно полученной прибыли или интереса стороны сделки,

действующей добросовестно, в случае, если она неудовлетворительно защищена правилами об обязанности предоставить информацию. Разумеется (в соответствии с упомянутыми нормами о защите стороны, действующей добросовестно), если сторона, не осуществившая уплату цены по договору, не знала о незаконности предоставления (полученного ей безвозвратно), разница в цене по сравнению с тем, что могло бы быть получено по законной сделке, может быть возмещена на основании норм об ответственности, вытекающей из обязанности предоставить информацию.

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

²⁶ D. 3.6.5.1 (*Ulp.* 10 ad ed.). Данный принцип нашел свое отражение в кодификациях, например в ст. 66 Швейцарского обязательственного закона: «Не подлежит возврату то, что было передано для достижения противоправной или аморальной цели» (фр.: «Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou contraire aux mœurs»), в § 817 ГГУ: «Лицо, принявшее исполнение, обязано возвратить полученное, если цель исполнения была установлена таким образом, что вследствие принятия исполнения это лицо нарушило закон или добрые нравы. Требование о возврате не допускается, если лицо, осуществившее исполнение, само виновно в подобном нарушении, за ис-

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

6. В случае, когда неправомерная ситуация возникает из превышения (например, невероятно завышенная цена или чрезмерное освобождение от ответственности), очевидно,

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

что принцип пропорциональности требует, чтобы такое превышение было приведено в соответствие с законом. Признать при этом соглашение между сторонами недействительным, исходя из желания наказать или с общей предупредительной целью, представляется не соответствующим фундаментальной задаче частного права, которая, как указано выше, состоит в установлении равновесия между законными интересами сторон по делу.

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

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

А.Ш. Ахмедов

Свобода договора в мусульманском праве: дилеммы и перспективы

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

Введение

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

Множество подходов, которые сформировались в различных центрах мусульманского права по всему миру, отличаются тем, что большинство из них основаны на спекуляции и манипуляции различными правовыми и экономическими

категориями²⁷. В их основе лежит желание благочестивых верующих и расчетливых и прозорливых финансистов найти компромисс, который бы удовлетворял и тех, и других.

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

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

Несмотря на это, большинство юристов, будь они мусульманской или иной веры, при разработке финансовых инструментов, прибегают только к первоисточникам, игнорируя при этом целых 1200 лет богатой мусульманской юриспруденции²⁹. Ведь, как отмечал судья Поттер в деле *Shamil*

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

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

²⁹ *Kazi A.U., Halabi A.K.* The Influence of Qur'an and Islamic Financial

Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals Ltd., «большинство классических мусульманских правил, касающихся финансовых сделок, не содержатся в Коране и Сунне (основных источниках мусульманского права), а основаны на различных взглядах, принадлежащих классическим школам права, сформированным между 700 и 850 гг. н. э.»³⁰.

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

Неполноценность, а если говорить точнее, несовершенство финансовых и договорных инструментов, стала результатом неопределенности такой важной концепции договорного права, как свобода договора. Ведь многие забывают, что вопрос свободы договора интенсивно обсуждался в различных школах права и даже приводил к непримиримым противоречиям между ними. Более того, это также стало причиной отказа османских властей от постулатов школы права, которая была признана официальной в империи, в пользу школы, считавшейся консервативной и буквалистской³¹.

Большинство юристов, как и историков права, считают,

Transactions and Banking // Arab L.Q. 2006. Vol. 20. No. 3. P. 321.

³⁰ [2004] 1 Lloyd's Rep 1.

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

что свободы договора нет в мусульманском праве, а есть только определенные послабления, предоставляемые некоторым видам договоров.

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

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

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

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

³³ *Ibidem.*

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

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

Ограничение свободы договора в раннем праве

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

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

Так, Ибрахим ан-Накхаи, ранний специалист по религиозным вопросам, говорил о предварительной оплате в договоре купли-продажи так: «Предварительная оплата может быть сделана с чем-то, что можно измерить на что-то, что можно

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

взвесить чем-то, что можно взвесить на что-то, что можно измерить, но нельзя осуществлять предварительную оплату чем-то, что можно измерить на что-то, что можно также измерить, как и нельзя осуществлять чем-то, что можно взвесить на что-то, что можно также взвесить»³⁶. При этом автор не давал вразумительное объяснение, почему нельзя осуществлять такой вид сделки.

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

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

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

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

³⁷ *Ibid. P. 430.*

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

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

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

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

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

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

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

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

ти для признания договоров, имеющих запретные оговорки, действительными.

Ханафиты: формалистский подход

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

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

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

Ханафиты различали четыре вида оговорок в условиях договора:

1) *шартиктадих ал-акд*, т. е. условия, присущие приро-

де самого договора;

2) *шарт ал-мулаѣимлиѣл-акд*, т. е. условия, соответствующие договору; 3) *ал-шарт ал-лазифихтаѣамул*, т. е. условие, вытекающее из обычая; 4) *шарт ал-фасид*, т. е. недействительное условие.

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

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

⁴⁰ *Ал-Касани А.* Китаб Бадаѣи ал-Санаѣи фи Тартиб ал-Шараѣи: В 7 т. Каир, 1927. Т. 5. С. 171.

говора⁴¹.

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

Второй вид оговорки (*шарт ал-мулаъимлиъл-акд*) ал-Касани определяет следующим образом: «Условие, которое не является присущим природе сделки, но является соответствующим договору, не делает договор недействительным, так как соответствует основному смыслу [договора] и подтверждает его. Так, например, если кто-то продает вещь с условием, что покупатель предоставит гарантию, равную цене договора, или с условием, что покупатель имеет гаранта, который предоставит обеспечение на эту сумму»⁴².

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

Такой вид оговорки можно назвать дополнительным усло-

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

⁴² Ал-Касани А. Указ. соч. С. 171.

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

вием договора, которое изменяет его сущность, но в этом проявляется суть свободы договора, что позволяет сторонам исполнять свои обязательства любыми дозволенными способами.

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

⁴⁴ Ал-Касани А. Указ. соч. С. 171.

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

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

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

Аналогичные возражения могут быть адресованы и третьему виду оговорки (*ал-шарт ал-лазифихта'амул*), которую Касани определяет следующим образом: «Сделка, содержащая оговорку, которая не подразумевается из основно-

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

го смысла договора и не является соответствующей ему, но происходит из общепринятого обычая, является разрешенной. Это когда, кто-то покупает вещь с условием, что продавец починит ее»⁴⁶.

Такая оговорка также находится под запретом, но ее использование вызвано необходимостью, удобством и практичностью в торговом обороте. В связи с этим Касани отмечает следующее: «В соответствии с [принципом] аналогии такая оговорка не разрешена, так как она не востребована первичным договором в качестве дополнительной оговорки и служит в угоду только одной стороне, следовательно, это условие делает договор недействительным, как в случае, например, когда кто-то покупает материю с условием, что продавец сделает из нее рубашку... Мы считаем, что эта оговорка используется в основном в таком виде договоров, практичность которых отменяет действие аналогии»⁴⁷.

Схожую позицию выражал другой, не менее известный представитель ханафитской школы права Шамсетдин Сарахси: «Оговорка, которая не требуется в первичном договоре, но которая является узнаваемым обычаем (*урфзахир*), является разрешенной. Таким образом, если кто-то покупает кожу с условием, что продавец сделает из нее обувь, оправданием для этого правила станет то, что установленный обычай является юридически признанным основанием для при-

⁴⁶ Ал-Касани А. Указ. соч. С. 172.

⁴⁷ Там же.

емлемости этого правила и его запрет стал бы причиной возникновения трудностей [в торговом обороте]»⁴⁸.

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

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

Дополнительно к сказанному необходимо подчеркнуть, что представитель маликитской школы права ал-Карафи пояснял: «Термин «*гарар*» (неопределенность) означает состояние, когда лицу неизвестно, существует ли что-то или

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

⁴⁹ *Ал-Касани А.* Указ. соч. С. 168.

нет»⁵⁰. Это свидетельствует о том, что мусульманские юристы не приемлют не только фьючерсные договоры, но и договоры страхования, что в большинстве случаев требует использования обходных путей.

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

Ханбалиты: консенсуальный подход

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

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

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

То есть вместо того, чтобы оспаривать позицию ханафитов с консенсуальной точки зрения и таким образом подчеркнуть неправильное понимание ими сути договора, ибн Кудама выбрал метод оспаривания аутентичности предания от Пророка. Такой метод не только не решает проблему, но и некорректен, поскольку ханафиты с точки зрения хронологии предшествуют ханбалитам. Более того, большинство

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

преданий от Пророка, используемых ханбалитами в юриспруденции, являются *даиф*, т. е. ненадежными с точки зрения аутентичности⁵².

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

Таким образом, мы видим, что ибн Таймийа оспаривает

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

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

⁵⁴ Там же.

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

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

Здесь ибн Таймийа идет дальше в подтверждении свободы договора, допуская действительность договоров, заключенных до возникновения ислама, если они не содержат условия, разрешающие продажу запрещенных исламом вещей. Таким образом, ученый в принципе идет в ногу с современной концепцией свободы договора, которая позволяет заключение любых видов договоров, за исключением тех, которые запрещены законом.

Более того, ханбалитские юристы ставят на первое место

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

намерение, которое должно быть решающим фактором при заключении договора. Иными словами, если сторона при заключении договора имеет законные намерения, то такой договор не может быть признан недействительным, если даже содержит обременительные условия.

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

Таким образом, мы видим, что для ханбалитов решающим инструментом в ограничении свободы договора является намерение стороны, а не само содержание условия или оговорки. Поэтому ханбалитские юристы придают силу да-

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

же тем договорам, которые в классическом праве были или запретными, или нежелательными. Это коренным образом отличается от подхода ханафитов, но не только ханафитов – это идет вразрез с мусульманской юриспруденцией.

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

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

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

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

⁵⁸ Краткий обзор школ см.: Crone P. Roman, Provincial and Islamic Law: The

Маджалла: шаг вперед и два шага назад?

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

Этот проект стал известен как Маджалла (*Mecelle-iahkam-iadliye*) и был инициирован в 1869 г. Для его осуществления была создана специальная комиссия, состоящая как из мусульманских юристов, так и из юристов, обучавшихся западному праву. Целью этого проекта было реформирование таких отраслей материального права, как договоры, аренда, поручительство, обязательства, свидетельства, доказательства, а также некоторые аспекты процессуального права⁵⁹. Маджалла просуществовала в Турции до 1926 г., но она до сих пор имеет силу в некоторых мусульманских странах, входивших в состав Османской империи, а также, что является довольно примечательным фактом, в Израиле.

Объектом особого внимания османских юристов-ханафитов стало договорное право, где на договор традиционно налагались вышеуказанные ограничения. Понимая недостат-

Origins of the Islamic Patronate. Cambridge University Press, 1987. P. 18–34.

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

ки экономического подхода, который до сих пор применяли ханафитские юристы, османские юристы решили прибегнуть к методам, используемым их концептуальными противниками, т. е. ханбалитами.

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

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

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

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

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

ниях Маджаллы.

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

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

Статья 189 Маджаллы гласит: «Договор купли-продажи, содержащий оговорку, которая не имеет никакой пользы ни для какой стороны, является действительным, но сама оговорка не имеет юридической силы (*лагв*). Так, например, ес-

⁶² The Mejlle, Book of Sale. P. 531.

⁶³ Ibidem.

ли кто-то продает животное с условием, что покупатель не продаст его третьим лицам, или с условием, что покупатель пошлет продавца содрать кожу с животного, то сама сделка купли-продажи действительна, однако оговоренное условие не имеет никакой юридической силы»⁶⁴.

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

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

С другой стороны, положения, например, ст. 189 Маджаллы говорят о некоем прогрессе и осознании того, что свобода договора до этого не была достигнута, как и не была полноценно использована аргументация ханбалитов, что было сродни топтанию на одном месте. Данная статья была пере-

⁶⁴ Ibidem.

смотрена и изложена в следующей редакции: «Договор купли-продажи, содержащий оговорку, которая выгодна одной из сторон, является действительным и сделка имеет юридическую силу. Так, например, если продавец продает животное с условием, что он будет иметь право использовать его для транспортировки в течение определенного времени до доставки, то такой договор действителен и оговоренное условие имеет юридическую силу»⁶⁵.

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

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

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

Современная позиция: формальная свобода договора

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

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

Набил Салех жалуется, что во многих гражданских кодексах до сих пор ощущается нехватка концептуального осмысления договора классическими мусульманскими юристами⁶⁷. Это, в частности, очевидно в Гражданском кодексе Иордании, где договор определяется как акт обмена выра-

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

жениями, а не как собственно соглашение. Более того, Салех считает, что свободы договора в современном мусульманском праве вообще не существует⁶⁸. Причиной этого является, по его мнению, то, что воля сторон не имеет никакого значения. Важно намерение, но не воля: одно уже произношение слов «Ты продал?» или «Я продал» имеет юридическую силу, но при этом воля сторон абсолютно не имеет значения.

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

Если бы свобода договора применялась в полную силу в отношении упомянутых инструментов, их использование не было бы таким сложным. Это также касается самой концепции договора в мусульманском праве на современном этапе: формализм и привязанность к традиционным нормам

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

⁶⁹ *Vikor K.S. Op. cit.* P. 328–329.

мусульманского права зачастую заставляют мусульманских юристов отказаться от логики и рамок разумности, и они создают то, что иногда противоречит даже самой сути договора. Это продолжается со времен введения Маджаллы, разработчики которой делали упор на форму, а не на содержание. Боязнь вступить в противоречие с божественным законом иногда мешает мусульманским юристам создавать довольно эффективные инструменты даже при осознании ими отсутствия противоречий.

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

Использование римского права в качестве платформы для реформирования договорной отрасли мусульманского права решило бы многие проблемы. Оно могло бы способствовать решению этих проблем и ранее, когда мусульмане разрабатывали правила относительно *шурут* и когда была создана Маджалла, причем это даже бы не затронуло основ-

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

ные, незыблемые нормы и принципы мусульманского права, как полагают многие, но упростило бы задачу создания различных договорных инструментов, необходимых для проведения дозволенных с точки зрения шариата финансовых и банковских операций.

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

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

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

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

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

Заключение

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

Более того, одна из возможных причин, по которой считалось и считается, что свобода договора отсутствует в мусульманском праве, – это неспособность отделять понятие несправедливых условий в договоре от искусственных огра-

ничений. Возможно, если бы мусульманские юристы подобно английским разделяли понятия неисполнимых договоров, договоров, содержащих аннулирующий элемент, и договоров, недействительных по причине несоответствия публичному порядку, обвинений в ограничении свободы договора было бы значительно меньше. В классическом мусульманском праве не проведено четкое разграничение названных понятий по причине прежде всего несколько иного понимания природы договора. Если большинство историков склонны были считать, что римское право повлияло на мусульманское право, то договорное право подтверждает обратное.

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

А.А. Кот

Свобода договора в гражданском праве Украины

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

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

Право, в особенности гражданское, является отражени-

ем пути и направления преобразований, избираемых обществом и государством в отдельные моменты истории своего развития.

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

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

1. Становление идеи свободы договора

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

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

Однако наиболее широкое закрепление требование свободы договора получило, как и множество иных институтов частного права, во время проведения кодификационных работ. Отражение принципа свободы договора в период важнейших кодификаций XIX – XX вв. также напрямую зависело от характера объективных экономических и социальных изменений в обществе и государстве, на которые, безусловно, реагировала научная мысль и, таким образом, направляла законодателя при формировании норм законов.

Так, во время принятия ФГК были сильны идеи Великой

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

Напротив, в дальнейшем, когда романтизм политических изменений столкнулся с суровыми экономическими законами, постепенно начали проявляться все большие ограничения неразумной свободы, доходившей в отдельных случаях до экономического угнетения. Поэтому к моменту принятия ГГУ и ШОЗ было сформировано значительное количе-

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

ство норм и правил, которым не могли противоречить условия договора, прямо предписывающие заключение договора или ограничивающие лиц в возможности изменять условия договоров. Однако эти ограничения все равно обосновывались, как правило, с точки зрения общей направленности частного права, в частности защитой слабой стороны договора, поддержанием свободной конкуренции и т. д. В любом случае, несмотря на ограничения, свобода договора всегда оставалась основополагающим принципом экономического регулирования⁷³.

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

После революции изменение политико-экономических устоев общества наложило свой отпечаток на целые отрасли права, в том числе и право гражданское. В условиях гос-

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

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

подства плановой системы хозяйствования свобода договора откровенно потеряла свою центральную роль в частноправовых договорных отношениях. Здесь на первый план вышли содержательно иные категории, такие как договорная дисциплина и обусловленность заключения договоров актами планирования. В таких условиях договор занимал подчиненное положение в отношении плана, а в научной литературе подчеркивалось, что своевременное и надлежащее оформление договорных отношений служит надежной основой для успешного выполнения планов⁷⁵.

Вместе с тем было бы ошибкой утверждать, что в этот период истории концепция свободы договора совершенно канула в Лету. Как отмечает А.С. Довгерт, в реальной жизни все равно оставались хотя бы небольшие островки свободы, которые объективно требовали частноправового, а не публичного регулирования. Это была некая территория свободы человека, которую он имел, в частности, в сфере семейных отношений, товарооборота и т. д. А с 1985 г. происходит постепенное расширение этой территории свободы⁷⁶. В научной литературе того времени уже прямо подчеркивалось, что область заключения неплановых договоров между юридическими лицами, между ними и гражданами либо меж-

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

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

ду гражданами – это область «так называемой автономии, осуществление определенной свободы. Вступающим в договор юридическим и физическим лицам предоставляется возможность самим позаботиться об обеспечении своих интересов: инициатива и самодеятельность, личная заинтересованность должны привести к наибольшему (с общественных позиций) результату»⁷⁷.

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

Таким образом, и в период плановой экономики принцип свободы договора полностью не исчезал с горизонтов гражданского права. В конце концов, и ГК УССР предусматри-

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

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

вал отдельные составляющие данного принципа, закрепляя, к примеру, в ст. 4 возможность возникновения гражданских прав и обязанностей как из сделок, предусмотренных законом, так и из сделок, хотя и не предусмотренных законом, однако не противоречащих ему.

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

2. Истоки и сущность идеи свободы договора

В основе требования свободы договора, как представляется, находятся общесоциальные и общеправовые идеи свободы человеческой личности и равенства сторон, пронизывающие все современное частное право. Как отмечал еще И.А. Покровский, труды которого продолжают оказывать огромное влияние на современные процессы развития частного права, гражданское право исконно и по самой своей структуре было правом отдельной человеческой личности, сферой ее свободы и самоопределения. Здесь впервые зародилось представление о человеке как субъекте прав, т. е. пред-

ставление о личности как о чем-то юридически самостоятельном и независимом даже по отношению к государству и его властям⁷⁹. Если публичное право есть система субординации, то гражданское право – система координации; если первое представляет собой область власти и подчинения, то второе – область свободы и частной инициативы⁸⁰.

В подобном ключе высказывался и С.С. Алексеев, утверждавший, что частное право – это суверенная территория свободы на основе права⁸¹, оно является носителем цивилизованной свободы, если угодно ее исконной, первородной обителью, не имеющей в ряде областей жизни общества альтернативы⁸².

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

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

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

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

⁸² Там же. С. 360.

⁸³ *Агарков М.М.* Ценность частного права // *Он же.* Избранные труды по гражд-

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

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

Как отмечал И.А. Покровский, всякий договор является осуществлением частной автономии, осуществлением той

данскому праву: В 2 т. Т. 1. М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. С. 105.

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

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

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

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

Какими бы общими и абстрактными ни казались изложенные выше высказывания правоведов и их выводы, в действительности это не так. Они играют (и должны играть!) значительную роль на любой стадии жизни нормы права. Истоки данной идеи, находящиеся в недрах частного права как

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

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

такового, должны приниматься во внимание в первую очередь в правоприменительной практике при возникновении ситуаций, прямо не урегулированных нормами закона. Между тем это не самое главное. Гораздо более важным представляется то, что все легальные ограничения требования свободы договора должны рассматриваться и применяться исключительно через призму самого этого требования, являющегося частичкой сущности частного права. Учитывая указанный характер идеи свободы договора, ее ограничения должны быть сформулированы не просто так, не потому, что того требует пресловутая защита интересов государства (а скорее, конкретных представителей власти), которое традиционно норовит во всех без исключения случаях поставить свои интересы выше интересов отдельного человека не потому, что так захотелось в тот или иной период законодателю. Напротив, любое ограничение свободы договора должно выводиться в рамках компромисса с постулатами не менее общего и всеохватывающего принципа частного права. Именно в этом ключе, как свидетельствует история, были разработаны ограничения свободы договора – исходя из защиты слабой стороны в договоре, недопущения попрания «вышестоящих» принципов добросовестности, разумности и справедливости и т. д. Только в этом случае принципы гражданского права действительно получают свою наиболее полную реализацию, а само гражданское право превратится в действенный инструмент развития экономики в целом.

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

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

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

Основным регулятором общественных отношений частного характера выступает гражданское право. Именно его нормы сопровождают человека от рождения до ухода в мир иной, а временами они захватывают и больший период (права nasciturуса в наследственном праве, авторское право и др.). Гражданский кодекс является не только основным актом гражданского законодательства, но и основой для всей системы частного права, кодексом жизни всего гражданско-

го общества⁸⁸. Поэтому, если идея свободы договора и должна была получить прямое нормативное признание, то это должно было, несомненно, произойти в рамках норм нового ГК Украины.

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

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

В целом такая характеристика положений ст. 3 ГК Украины коррелирует с традиционным пониманием принципов

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

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

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

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

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

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

⁹² *Бервено С.М.* Проблеми договірного права України: Монографія. Киев:

но согласиться, поскольку при указанном подходе упускается из виду несколько важных моментов.

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

Юрінком Інтер, 2006. С. 118.

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

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

договора, как уже упоминалось ранее, должно иметь в своей основе не менее общий принцип права.

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

Пожалуй, именно ст. 6, а точнее, ч. 3 этой статьи, вызвала наибольшие дискуссии в научной литературе после вступления в силу нового ГК Украины. К примеру, требующей должного внимания представляется позиция М.Н. Сибилева, который позитивно оценивает направленность ч. 3 ст. 6 ГК Украины, но не соглашается с указанием в этой норме на невозможность отступления от положений актов гражд-

данского законодательства по причинам, проистекающим из содержания или из существа отношений между сторонами⁹⁵.

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

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

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

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

представления «хозяйственников» об общих началах «правового хозяйственного порядка», закрепленного в ст. 5 Хозяйственного кодекса Украины»⁹⁷.

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

Третьим уровнем нормативного закрепления идеи свободы договора является ст. 627 ГК Украины: в соответствии со ст. 6 настоящего Кодекса стороны свободны в заключении договора, выборе контрагента и определении условий договора с учетом требований этого Кодекса, иных актов гражданского законодательства, обычаев делового оборота, требований разумности и справедливости. В договорах с уча-

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

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

стием физического лица – потребителя учитываются требования законодательства о защите прав потребителей.

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

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

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

4. Содержание принципа свободы договора в гражданском праве Украины

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

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

Разумеется, многие из указанных в научной литературе дополнительных проявлений свободы договора могут в той или иной мере мыслиться и в рамках основного содержа-

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

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

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

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

ния принципа свободы договора, закрепленного в ст. 627 ГК Украины. Тем не менее все же представляется нецелесообразным ограничение указанного принципа только лишь положениями ст. 627 ГК Украины. Наоборот, с учетом всеобъемлющего характера идеи свободы договора для частного права, который воспринят украинским правом порядком уже в силу факта закрепления этой идеи среди общих начал гражданского законодательства (ст. 3 Кодекса), любое ограниченное восприятие свободы договора как таковой не отвечает общей направленности, общему стержню современного гражданского права. Тем не менее, если вести речь об основных элементах, направлениях действия этого принципа, становится понятным, что они как раз и изложены в ст. 627 ГК Украины.

Так, к примеру, важнейшее значение имеют предписания о том, что **стороны свободны в заключении договора**. Как справедливо отмечает Т.В. Боднар, законодательная техника закрепления правила поведения в норме закона в данном конкретном случае страдает изъянами, поскольку в буквальном смысле сторонами договора физические или юридические лица станут уже после его заключения¹⁰³. Впрочем, при этом вовсе не становится неясным содержание этого правила, смысл, вложенный в эти слова законодателем. Эта норма явно предполагает дальнейшую реализацию в рамках

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

договорной сферы положений указанной выше ч. 1 ст. 19 Конституции Украины, а также ч. 2 ст. 14 ГК Украины, по смыслу которой лицо не может быть принуждено к действиям, совершение которых не является для него обязательным. Исходя из этого ст. 627 ГК Украины разрешает лицу по своему усмотрению сделать выбор, вступить или не вступить в договорные отношения, одновременно запрещая всем иным участникам гражданских правоотношений препятствовать реализации любого выбранного лицом варианта поведения, равно как и влиять на сам выбор недозволенными способами.

В качестве примера практической реализации указанной нормы можно привести следующий случай. Решением исполнительного комитета Харьковского городского совета от 28 декабря 2011 г. № 940 «Об определении исполнителем услуг по вывозу бытовых отходов в городе Харькове» исполнителем услуг установлено ООО «Харьков Экоресурс». Во исполнение требований ст. 35-1 Закона Украины от 5 марта 1998 г. № 187/98-ВР «Об отходах», ст. 20 и 21 Закона Украины от 24 июня 2004 г. № 1875-IV «О жилищно-коммунальных услугах» общество направило ответчику для оформления проект договора о предоставлении услуг по вывозу бытовых отходов, подписанный директором и скрепленный печатью общества, приложение к договору, а также тарифы на предоставление услуг, правила предоставления услуг, перечень категорий лиц, имеющих льготы по оплате жилищ-

но-коммунальных услуг. Тем не менее ответчик каких-либо действий по принятию условий не совершал, в связи с чем истец обратился в суд, требуя обязать ответчика заключить соответствующий договор. Отказывая в удовлетворении иска, Красноармейский районный суд г. Харькова в решении от 25 декабря 2012 г. указал, что основным принципом регулирования гражданских отношений среди прочих является принцип свободы договора (п. 3 ч. 1 ст. 3 ГК Украины). Содержание этого принципа в соответствии со ст. 627 ГК Украины состоит в том, что стороны свободны в заключении договора, выборе контрагента и определении условий договора с учетом требований Кодекса, других актов гражданского законодательства, обычаев делового оборота, требований разумности и справедливости. Исходя из вышеприведенного суд пришел к выводу, что никто не может быть принужден к заключению договора и принятию на себя соответствующих обязательств. Согласно п. 2 ч. 2 ст. 4 ГК Украины акты гражданского законодательства, в том числе и законы Украины, должны приниматься в соответствии с Конституцией Украины и ГК Украины. Таким образом, ГК Украины является актом специального действия в гражданско-правовых отношениях, который имеет высшую юридическую силу в системе правовых актов по сравнению с другими актами, которые должны соответствовать ГК Украины. Положения тех правовых актов, которые противоречат ГК Украины, применяться

не могут¹⁰⁴. Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел отказал истцу в возбуждении кассационного производства, поскольку счел, что судами первой и апелляционной инстанций не были допущены нарушения норм материального или процессуального права при принятии решений¹⁰⁵.

Не менее важной представляется и **свобода в определении своего контрагента** по договору. Так, в 2008 г. между заводом, банком и обществом был заключен договор факторинга, однако в дальнейшем завод обратился в хозяйственный суд с иском о признании данного договора недействительным. Оставляя без изменений решения хозяйственных судов предыдущих инстанций и опираясь на нормы о свободе договора, Высший хозяйственный суд Украины отметил, что согласно ч. 1 ст. 1079 ГК Украины сторонами договора факторинга выступают фактор и клиент. Однако нормы гражданского законодательства не содержат прямого запрета на заключение договора факторинга с участием третьей стороны – должника. Соответственно заключенный сторонами договор факторинга не противоречит нормам закона, поскольку не существует запрета на заключение трехсто-

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

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

ронного договора факторинга. Это не противоречит также и сущности договора факторинга, поскольку должник является участником факторинговых операций, а его права и обязанности определены в ст. 1082 ГК Украины, согласно которой должник обязан совершить платеж фактору¹⁰⁶.

Далее, участники гражданских правоотношений **свободны в определении типа договора**. В частности, они могут заключить как договор, предусмотренный законом, так и не предусмотренный актами гражданского законодательства. К примеру, в рамках одного из дел судами было установлено, что между сторонами был заключен договор рассрочки долга, по условиям которого истец возвращает долг на расчетный счет или наличными в кассу ответчика. Стороны в договоре определили порядок и сроки выполнения обязательств, а также ответственность сторон в случае неисполнения обязательств. В дальнейшем истец обратился в хозяйственный суд Николаевской области с иском о признании недействительным договора рассрочки долга. В обоснование исковых требований он ссылаясь на несоблюдение сторонами договора требований действующего законодательства при его заключении и неопределенность вследствие этого его правовой природы. Решением хозяйственного суда первой инстанции иск был удовлетворен, однако постановлением апелляционного хозяйственного суда было отменено решение хо-

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

зяйственного суда Николаевской области и принято новое решение об отказе в удовлетворении иска. Оставляя в силе постановление Одесского апелляционного хозяйственного суда, Высший хозяйственный суд Украины исходил из следующего: статья 6 ГК Украины и ст. 174 Хозяйственного кодекса (ХК) Украины предоставляют право сторонам на заключение договоров, не предусмотренных законом, стороны в договоре могут отступить от положений актов гражданского законодательства и урегулировать свои отношения по собственному усмотрению. Следовательно, исходя из положений вышеуказанных норм истец и ответчик обладают правом на заключение договора, который не предусмотрен законодательством и который не входит в число примерных и типовых договоров, установленных законодательством. Данный договор по общему правилу излагается в форме единого документа, подписанного сторонами и скрепленного печатями, сторонами согласованы предмет, цена и срок выполнения обязательств. Кроме того, как следует из материалов дела, истец согласился с условиями договора, признав долг полностью, и совершил банковские операции по переводу денежных средств в счет исполнения обязательств. Судом апелляционной инстанции правомерно отмечено, что действующее законодательство не предусматривает необходимости указания в договорах, заключение которых связано с результатами осуществления предыдущих хозяйственных операций, содержания этих операций, в частности наимено-

вания, количества товара, продукции, работ или услуг, оснований для возникновения определенной суммы долга, первичных документов в подтверждение осуществления хозяйственных операций сторонами¹⁰⁷.

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

В 2010 г. Верховный суд Украины рассмотрел дело о взыскании денежных средств и встречный иск о признании пункта договора недействительным. Судами было установлено, что в 2006 г. между истцом и ответчиком был заключен договор генерального подряда на строительство объектов. За нарушение сроков выполнения работ, предусмотренных дополнительными соглашениями по вине подрядчика, заказчик имел право начислить подрядчику договорную санкцию в размере 0,1 % от стоимости невыполненных или ненадлежащим образом выполненных работ за каждый день просрочки их выполнения. Обращаясь в Верховный суд Украины с заявлением о пересмотре постановления Высшего хозяйственного суда Украины от 3 марта 2010 г., истец указывал, что суд кассационной инстанции по данному делу, применив к спорным правоотношениям ст. 546, ч. 3 ст. 549 ГК Украины, пришел к выводу о том, что пункт договора генерального подряда о начислении договорной санкции в процентах от суммы неисполненного или ненадлежащим обра-

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

зом исполненного обязательства не соответствует действующему законодательству и противоречит определению понятия штрафа и пени, принципам разумности и справедливости договора, нарушает права и интересы ответчика. Вместе с тем в аналогичных делах при тех же обстоятельствах, применяя те же нормы материального права, Высший хозяйственный суд Украины делал противоположные выводы о том, что договорная санкция, которая начисляется в процентах за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств, соответствует требованиям закона. Удовлетворяя заявление и отменяя постановление Высшего хозяйственного суда Украины по данному делу, Верховный суд Украины исходил из следующего: право устанавливать иные, нежели предусмотренные ГК Украины, виды обеспечения исполнения обязательств определено ч. 2 ст. 546 ГК Украины, что согласуется со свободой договора, установленной ст. 627 ГК Украины. Таким образом, при заключении договора субъекты наделены законодателем правом обеспечения выполнения хозяйственных обязательств путем установления отдельного вида ответственности – договорной санкции за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств, в частности, предусмотренной п. 8.3 договора генерального подряда¹⁰⁸.

Изложенные выше элементы принципа свободы договора

¹⁰⁸ Постанова Верховного Суду України від 22.11.2010 року посправи № 3-24гс10 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/13485886>

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

Здесь же хотелось бы отдельно отметить **общее дозволение участникам гражданских отношений отступать от правил актов гражданского законодательства** безотносительно к стадиям и динамике договорных отношений. Достаточно количество число решений, вынесенных судами на основании только (либо среди прочего) этих положений ст. 6 ГК Украины¹⁰⁹. Тем не менее потенциал этой нормы раскрывается полнее в случае ее применения в системной связи с положениями ст. 4 ГК Украины, которая определяет перечень и иерархию актов гражданского законодательства. Это позволяет сформулировать следующее правило: сторо-

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

ны будущего договора могут не только отступать от предписаний актов гражданского законодательства, но и по общему правилу не обязаны учитывать положения актов законодательства, не относящихся к гражданским, которые не являются общеобязательными исходя из предписаний публичного права, однако в той или иной мере регулируют деятельность одной из сторон договора.

В этом смысле интересным представляется одно из дел, рассмотренных Верховным Судом Украины. По обстоятельствам дела между банком и адвокатским объединением был заключен договор о предоставлении правовой помощи, которая заключалась, в частности, во взыскании просроченной задолженности в пользу банка, включая досудебное урегулирование, судебные процедуры, представительство интересов в исполнительном производстве и т. д. По условиям договора банк обязался выплатить адвокатскому объединению гонорар исключительно за достижение конечного результата: при зачислении денежных средств заемщика на счет банка – 10 % от фактически полученных банком средств; в случае принятия банком на баланс заложенного имущества или получения банком любых других активов в счет погашения задолженности – 8 % от оценочной стоимости заложенного имущества или активов; в случае реструктуризации обязательств заемщика – 1 % от размера реструктуризированного обязательства. По мнению банка, условия договора в части выплаты гонорара противоречили требованиям ч. 1 ст. 901,

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

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

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

Пересматривая решения судов в данном деле, Верховный суд Украины также согласился с изложенными выводами, однако среди прочего добавил, что Правила адвокатской эти-

ки распространяются исключительно на адвокатов и виды их профессиональной деятельности и не являются актом гражданского законодательства в понимании ст. 4 ГК Украины, в связи с чем не усматривались основания для признания договора недействительным¹¹⁰. В дальнейшем данная правовая позиция была повторно озвучена в письме Верховного суда Украины от 1 апреля 2014 г. «Анализ практики применения судами ст. 16 Гражданского кодекса Украины»¹¹¹.

5. Ограничения принципа свободы договора в гражданском праве Украины

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

¹¹⁰ Постанова Верховного Суду України від 28.11.2011 року по справі № 6-55цс11 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/19848663>

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

ничениям.

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

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

Как подчеркивалось ранее, согласно ч. 3 ст. 6 ГК Украины стороны в договоре могут отступить от положений актов гражданского законодательства и урегулировать свои отношения по собственному усмотрению. Стороны в договоре не могут отступить от положений актов гражданского законодательства, если в этих актах прямо указано на это, а также в случае, если обязательность для сторон положений актов гражданского законодательства проистекает из их содержания или из существа отношений между сторонами. Из сказанного следует, что реализация идеи свободы договора в рамках конкретных правоотношений ограничена не любым предписанием акта гражданского законодательства, а только императивными нормами, хотя эти положения и не названы императивными в тексте ст. 6 ГК Украины.

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

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

Буквально шквал критики обрушил на предписания ч.

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

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

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

К пониманию свободы договора в доктрине хозяйственного права, представителем которой является О.П. Подцерковний, целесообразно обратиться отдельно. Здесь же вполне уместно отметить, что призывы к тотальному запрету в

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

договорной сфeрe всего, что прямо не дозволено законом, нельзя назвать иначе как попыткой повернуть вспять логику развития цивилистической мысли.

В то же время заслуживают внимания аргументы о возможных практических проблемах разграничения диспозитивных и императивных норм, в первую очередь для рядовых участников гражданских отношений. Возможные практические проблемы обусловлены скорее непоследовательностью или несовершенством самого ГК Украины, который лишь в незначительном числе норм прямо указал на их императивность, тем не менее это следует воспринимать как данность, а задача доктрины и судебной практики заключается в раскрытии и обосновании избранного критерия применительно к отдельным нормам гражданского законодательства.

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

Гораздо сложнее определить, является ли норма импе-

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

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

Во-вторых, императивность норм может быть выведена из того, какие правовые последствия следуют за несоблюдением нормы. К примеру, согласно абз. 1 ч. 1 ст. 739 ГК Украины плательщик бессрочной ренты имеет право отказаться от договора ренты. Стороны не могут изменить это правило в договоре, поскольку в силу предписаний абз. 2 ч. 1 ст. 739 ГК Украины условие договора, по которому плательщик

бессрочной ренты не может отказаться от договора ренты, является ничтожным. Аналогичный прием был использован законодателем при регулировании формы сделки об обеспечении исполнения обязательств. Так, в ч. 1 ст. 547 ГК Украины указано, что сделка об обеспечении исполнения обязательств совершается в письменной форме. По общему правилу, закрепленному в ч. 1 ст. 218 ГК Украины, несоблюдение сторонами письменной формы сделки, установленной законом, не имеет последствием ее недействительность, кроме случаев, предусмотренных законом. Поэтому потребовалось отдельное указание в ч. 2 ст. 547 ГК Украины на то, что несоблюдение письменной формы сделки об обеспечении исполнения обязательства влечет ее ничтожность, чтобы придать императивный характер норме ч. 1 ст. 547 ГК Украины.

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

ношений не подразумевает возможность уступки указанных прав, что подтверждается и в специальных исследованиях¹¹⁶.

Собственно, даже норма, сформулированная как запрет, не всегда может считаться императивной. В качестве примера можно привести положения ч. 2 ст. 17 Закона Украины от 2 октября 1992 г. № 2654-ХІІ «О залоге», согласно которым залогодатель может отчуждать заложенное имущество только с согласия залогодержателя. Хотя вопрос о последствиях нарушения этого предписания остается дискуссионным как в литературе, так и в судебной практике, тем не менее есть основания полагать, что сформулированный в Законе запрет на распоряжение заложенным имуществом по собственному усмотрению залогодателя не должен влечь за собой оспоримость соответствующего договора. Залог имущества не должен препятствовать собственнику распоряжаться своим имуществом¹¹⁷. Как писал еще Г.Ф. Шершеневич, нет оснований преграждать залогодателю возможность продавать, дарить заложенные вещи, поскольку залоговое право как вещное всюду следует за вещью¹¹⁸. Таким образом, запрет залогодателю распоряжаться предметом залога не составляет сущности залогового права, которая сводится к воз-

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

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

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

возможности удовлетворить свои требования из стоимости вещи, на что не влияет личность собственника. Принимая во внимание изложенное, нарушение залогодателем указанного запрета и заключение договора продажи заложенной вещи не должны считаться основанием для признания такого договора недействительным.

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

В другом деле перевозчик обратился к местному совету с иском о взыскании компенсации за убытки, причиненные льготным проездом некоторых категорий лиц. В рамках рассмотрения дела было установлено, что по условиям договоров между советом и перевозчиком последний выделяет не менее 30 % мест транспортного средства для бездотационной перевозки льготных категорий граждан при наличии свободных мест. Несмотря на наличие указанных условий в договорах, хозяйственный суд первой инстанции удо-

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

влетворил иск на основании норм Закона Украины от 5 апреля 2001 г. № 2344-III «Об автомобильном транспорте» и постановления Кабинета Министров Украины от 18 февраля 1997 г. № 176 «Об утверждении Правил предоставления услуг пассажирского автомобильного транспорта», которые предусматривают полную компенсацию соответствующих убытков перевозчика за счет средств местного бюджета. Тем не менее Высший хозяйственный суд Украины с выводами местного хозяйственного суда не согласился и указал, что согласно ст. 6 ГК Украины стороны в договоре могут отступить от положений актов гражданского законодательства и урегулировать свои отношения по собственному усмотрению. Стороны в договоре не могут отступить от положений актов гражданского законодательства, если в этих актах прямо указано об этом, а также в случае, если обязательность для сторон положений актов гражданского законодательства вытекает из их содержания или из сути отношений между сторонами. В Законе Украины «Об автомобильном транспорте» и постановлении Кабинета Министров Украины «Об утверждении Правил предоставления услуг пассажирского автомобильного транспорта» не указано, что стороны не имеют права отступить от их положений о компенсации убытков. При таких обстоятельствах стороны должны руководствоваться условиями своих договоров, в частности условиями, по которым истец обязался предоставить услуги для бездотационной перевозки льготных категорий гражд-

дан¹²⁰.

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

Вышеизложенное позволяет утверждать, что ч. 3 ст. 6 ГК Украины среди прочего может устранять недостатки законодательной техники при формировании законов. В частности, с помощью этой нормы частное право Украины отходит от так называемого традиционного понимания императивной нормы, выраженной в категорических предписаниях. И как видно из приведенных примеров, суды активно используют ч. 3 ст. 6 ГК Украины. Поэтому упрекнуть ГК Украины можно лишь в том, что нормы с прямым указанием на императивность составляют незначительную часть от общего числа

¹²⁰ Постанова Вищого господарського суду України від 13.11.2007 року по справі № 24/329/06 // http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_1758890.html

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

императивных норм в гражданском законодательстве на данный момент. Однако, как представляется, это отнюдь не повод изменять сам подход, заложенный в ст. 6, 627 ГК Украины. Скорее, речь идет о возможных сложностях при ответе на вопрос об императивности той или иной нормы среднестатистическим человеком. Иными словами, данная ситуация напоминает известное сравнение ГГУ как написанного для юристов и ФГК как созданного для простых людей. В то же время это никак не влияло на прогрессивность положений ГГУ.

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

Еще одним ограничением действия принципа свободы договора в ст. 627 ГК Украины названы **требования разумности и справедливости**. В данном случае речь идет о предоставлении приоритета закрепленному в п. 6 ч. 1 ст. 3 ГК Украины принципу справедливости, добросовестности и разумности над принципом свободы договора. Это позволяет сделать два вывода. Во-первых, в рамках закрепленных положениями ст. 3 ГК Украины основных начал гражданско-

го законодательства существует внутренняя иерархия. Во-вторых, отсутствие в ст. 627 ГК Украины указания на добросовестность как ограничитель действия свободы договора не должно пониматься буквально: добросовестность применительно к свободе договора имеет такое же действие и значение, какое имеют справедливость и разумность. В частности, это подтверждается и позицией Конституционного суда Украины.

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

дит из того, что требование о начислении и уплате неустойки по договору потребительского кредита, которая является явно завышенной, не соответствует предусмотренным в п. 6 ст. 3, ч. 3 ст. 509 и ч. 1 и 2 ст. 627 ГК Украины принципам справедливости, добросовестности и разумности как составляющим элементам общего конституционного принципа верховенства права. Наличие у кредитора возможности взимать с потребителя чрезмерные денежные суммы в качестве неустойки искажает ее действительное правовое назначение, так как из средства разумного стимулирования должника выполнять основное денежное обязательство неустойка превращается в несправедливо непомерный груз для потребителя и источник получения неоправданных дополнительных доходов кредитором. Конституционный суд Украины считает, что, учитывая предписания ч. 4 ст. 42 Конституции Украины, участие в договоре потребителя как слабой стороны, подлежащей особой правовой защите в соответствующих правоотношениях, сужает действие принципа равенства участников гражданско-правовых отношений и свободы договора, в частности, в договорах о предоставлении потребительского кредита по уплате потребителем пени за просрочку в возврате кредита. Пределы действия принципа свободы договора определяются законодательством с учетом критериев справедливости, добросовестности, пропорциональности и разумности. При этом государство должно поддерживать на принципах пропорциональности разумный

баланс между публичным интересом эффективного перераспределения денежных накоплений, коммерческими интересами банков по получению справедливой прибыли от кредитования и правами и охраняемыми законом интересами потребителей их кредитных услуг. Таким образом, Конституционный суд Украины пришел к выводу о том, что условия договора потребительского кредита, его заключение и исполнение должны подчиняться таким принципам, согласно которым личность потребителя считается слабой стороной в договоре и подлежит особой правовой защите с учетом принципов справедливости, добросовестности и разумности¹²².

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

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

справедливости, добросовестности и разумности.

Тем не менее даже при анализе «классических ограничений» договорной свободы следует отметить, что в ГК Украины порой сделан выбор в пользу придания большей автономии договаривающимся сторонам. К примеру, по смыслу ч. 1 ст. 635 ГК Украины предварительным договором устанавливается обязанность сторон заключить в определенный срок основной договор. Эта норма не просто «сформулирована категорично», а предполагает указанную обязанность как основную цель заключения предварительного договора. В то же время ГК Украины прямо не предписывает возможности принудительного заключения основного договора во исполнение предварительного договора. В одном из рассмотренных дел Верховный суд Украины указал, что одним из основополагающих принципов частноправового регулирования является закрепленный в п. 3 ч. 1 ст. 3 и ст. 627 ГК Украины принцип свободы договора, согласно которому заключение договора носит добровольный характер и никто не может быть принужден к вступлению в договорные отношения. Согласно этому принципу ни ст. 611, ни ст. 635 ГК Украины не предусматривают такого правового последствия нарушения взятого на себя в предварительном договоре обязательства по заключению основного договора, как понуждение к его заключению в судебном порядке. Поэтому вывод судов предыдущих инстанций о том, что спорным договором купли-продажи нарушаются права истца на заключение ос-

новного договора при отсутствии на то воли контрагента, и о восстановлении такого права истца путем признания спорного договора недействительным является ошибочным¹²³. В дальнейшем эта правовая позиция получила подтверждение в письме Верховного суда Украины от 1 апреля 2014 г.¹²⁴

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

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

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

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

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

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

Сравнительное исследование действия принципа свободы договора через призму норм ГК Украины и ХК Украины провела Е.А. Беляневич. В частности, ею был сделан вывод о том, что провозглашенная в ГК Украины свобода договора в значительной степени выступает данью цивилистической традиции, основанной западноевропейским законодателем в начале XIX столетия, поскольку в тексте ГК содержится целый ряд императивных ограничений свободы договора. Более того, одним из общих требований, соблюдение которых необходимо для действительности сделки, является правило ч. 1 ст. 203 ГК Украины о том, что содержание сделки не может противоречить этому Кодексу, иным актам законодательства, моральным устоям общества. Поэтому в идеальной ситуации стороны при заключении догово-

ров создают «право для себя» в допустимых законодательством пределах и на установленных им принципах. Если договор как волевой акт направлен на достижение определенного правового результата, то этот результат должен соответствовать не только собственным интересам контрагентов, но и публичным интересам (по крайней мере не противоречить им), причем независимо от того, осознают сами субъекты необходимость этого или нет. В рафинированном виде принцип свободы договора может применяться только к частноправовым (в понимании ГК Украины) договорным отношениям. Публичная, социальная направленность договоров, отягощенных публично-правовым компонентом (контракты на поставку продукции для государственных нужд, договоры купли-продажи объектов приватизации, аренда государственного имущества), и участие государства в них не позволяют применять к ним в чистом виде нормы-принципы ГК Украины. В договорных отношениях с участием государства принцип свободы договора действует неравномерно и среди прочего исключается для государственных органов, которые выполняют соответствующие функции в договорных отношениях (продавца государственного имущества, арендодателя, государственного заказчика) в пределах своей компетенции, определенной законодательством¹²⁶.

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

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

Обоснованность таких доводов целесообразно проиллюстрировать примерами развития ситуации относительно рас-

поряжения органами государственной власти и местного самоуправления землями государственной и коммунальной собственности. Верховным Судом Украины такие правоотношения последовательно признаются частноправовыми¹²⁷, к которым применяются нормы ГК и ХК Украины. При этом они «отягощены» участием властных органов, поэтому пример представляется вполне уместным.

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

В силу особой ценности земли как национального богатства и основного ресурса общества совершенно естественным представляется среди прочего установление специального порядка приобретения права пользования земельными участками частными лицами. Учитывая тот факт, что во времена СССР земля находилась в социалистической (государ-

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

ственной) собственности, после перехода к рыночным методам хозяйствования частные лица могли получать права на земельные участки только производным способом при распоряжении землями государственными органами и органами местного самоуправления с учетом распределения между ними компетенции. Сам порядок получения земельного участка в пользование изначально предполагал достаточно длинный путь – начиная с выбора места размещения объекта, получения разрешения на разработку землеустроительной документации по передаче земельного участка в аренду, разработки такой документации, получения значительного числа согласований разнообразных органов и организаций, принятия уполномоченным органом решения о передаче земельного участка в аренду до подписания соответствующего договора и его государственной регистрации.

На практике нередки случаи, когда заинтересованное лицо согласовывало место расположения объекта, получало разрешение на разработку проекта отвода участка в аренду, обеспечивало разработку этой документации, получало все необходимые согласования, обеспечивало прохождение государственной экспертизы землеустроительной документации и, пройдя столь долгий путь, в итоге получало либо отказ уполномоченного органа власти в передаче земельного участка в аренду, либо соответствующий орган вообще уклонялся от рассмотрения данного вопроса и принятия какого-либо решения. Естественно, после существенных вре-

менных и денежных затрат физические и юридические лица считали свои права и законные интересы нарушенными, а себя обманутыми. Поэтому указанные лица, следуя порядку заключения договора, установленному в ЖК Украины, направляли органу власти предложение заключить договор и проект договора и, не получив ответ в течение определенного срока, обращались в суды с исками, в которых просили суд признать договор аренды земельного участка заключенным на условиях, отвечающих типовому договору и предложенному проекту договора.

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

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

позиции и возражений против иска ссылались среди прочего на нормы ст. 627 ГК Украины о свободе договора¹²⁹.

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

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

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

Однако перипетии «арендаторов» на этом не заканчива-

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

лись. Предположим, желанный договор аренды был заключен, но со временем истек срок его действия. В соответствии со ст. 764 ГК Украины если наниматель продолжает пользоваться имуществом после истечения срока договора найма, то при отсутствии возражений наймодателя в течение месяца договор *считается возобновленным* на срок, который был ранее установлен договором. Эти положения полностью вписываются в рамки свободы договора, поскольку согласно ч. 3 ст. 205 ГК Украины в случаях, установленных договором или законом, воля стороны к совершению сделки может выражаться ее молчанием. Иными словами, своим молчанием на протяжении месяца после прекращения договора арендодатель выражает согласие на продление договора. Никакого принуждения к заключению договора здесь нет и в помине.

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

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

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

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

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

¹³⁰ См.: Постановва Верховного Суду України від 06.11.2012 року по справі № 21-228a12 // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/27760572>; Постановва Верховного Суду України від 01.10.2013 року по справі № 21-345a13 // <http://reyestr.court.gov.ua/Review/35669789>.

ли предусмотрены договором. Таким образом, редакция ст. 33 указанного Закона была приведена в соответствие со ст. 764 ГК Украины и с этих пор к продлению договоров аренды земельных участков применимы указанные выше положения о воле на продление договора, выраженной молчанием.

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

Впрочем, как и ожидалось, органы власти и теперь нередко отказывают в подписании необходимого дополнительного соглашения. Но в данном случае уже Верховный суд Украи-

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

Таким образом, необходимость учета и удовлетворения общественных интересов, несомненно, является важной задачей права. Вместе с тем отнюдь не во всех правоотношениях, отягощенных публичным элементом, действие принципа свободы договора ограничено. Наоборот, иногда именно свобода договора обеспечивает защиту интересов частных лиц от подавления со стороны органов власти. Поэто-

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

му в рамках частнопровых отношений, в которых отсутствуют в чистом виде правовые связи власти и подчинения, принцип свободы договора никогда не будет лишь данью цивилистической традиции.

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

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

И.В. Спасибо-Фатеева

Некоторые аспекты свободы договора в законодательстве и судебной практике Украины

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

Свободе договора уделяется много внимания в украинской, равно как и в российской, цивилистике¹³². Об этом свидетельствуют большое количество комментариев ГК Украины, многочисленные статьи, главы в монографиях и защищенные диссертации¹³³. Представляется излишним в насто-

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

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

ящей работе в очередной раз приводить вариации понимания свободы договора, ибо их достаточно много – от лаконичных до неоправданно детализируемых. Премного проведено и сравнительных исследований свободы договора в отечественной и зарубежной цивилистике, конечно, весьма важных; прослежено становление этого принципа в историческом аспекте и многое другое. Тем не менее эта тематика продолжает сохранять свою актуальность, и, наверное, для этого есть серьезные основания, потому в рамках настоящей статьи будет уделяться внимание как общезначимым вопросам свободы договора, так и действенности этого принципа при руководстве им сторонами договора и судебными инстанциями.

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

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

воотношениях (в ракурсе ответственности за его нарушение).

Свобода договора и его значение как регулятора отношений

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

Договор сам по себе рассматривается многими украинскими цивилистами как источник права¹³⁴. Поэтому важнейшим фактором при его формировании является свобода сторон: формулируя для себя и согласовывая между собой те правила, которыми они будут руководствоваться, стороны связывают себя ими на определенный промежуток времени.

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

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

лирования, которым в гражданском праве, как известно, является диспозитивность, присущая его нормам.

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

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

Второй уровень предполагает среднюю степень универсальности: стороны имеют право урегулировать в договоре, предусмотренном актами гражданского законодательства, свои отношения, не урегулированные этими актами. Тем самым устанавливается подход к формированию источ-

ника права для сторон по остаточному принципу – они могут дополнить соответствующие законодательные нормы.

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

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

законодательства следует искать противоположные выражения о том, что стороны не вправе делать того-то и того-то (или подобные).

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

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

отношений. Именно это и явилось одной из причин появления учения о хозяйственных договорах как особых, отличных от гражданских¹³⁵

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

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.