

## Современный правоприменительный подход к квалификации отказа от права в договоре

И.Ю. Софонов,  
арбитражный управляющий, член Некоммерческого партнерства  
Саморегулируемая организация арбитражных управляющих  
субъектов естественных монополий топливно-энергетического  
комплекса (НП СРО "СЕМТЭК"),  
аттестованный налоговый консультант 2-й категории

Журнал "Право и экономика", N 3, март 2015 г.

Внесенные изменения в гражданское законодательство не могли не затронуть также и судебную практику. Одно из наиболее масштабных разъяснений ВАС, принятое незадолго до упразднения высшего суда, посвящено проблематике свободы договора - речь идет, разумеется, о [Постановлении](#) Пленума ВАС от 14.03.2014 N 16 "О свободе договора и ее пределах" (далее по тексту - Постановление N 16).

Толкование [ст. 421](#) ГК, выведенное на конкретных примерах, сформулированные принципы толкования закона, открывают совершенно новый вектор в развитии судебной практики, чрезвычайно необычный для нижестоящих судов: главным теперь для суда является вовсе не выяснение содержания конкретных слов и выражений нормы права, а тот сущностный смысл, который заложен в нее законодателем.

Таким образом, современный вектор судебного правотворчества в России вбирает в себя элементы англо-американского подхода, при котором суд может вынести решение исходя из собственного понимания политики права в гармонии со справедливостью и устоявшимися принципами - определенностью и согласованностью права в целом\*(1). Соответственно, определение целей законодательного регулирования теперь становится прерогативой суда, что открывает дорогу судам толковать норму вопреки ее буквальному содержанию (*contra legem*).

Отныне только через призму этих нововведений становится возможным рассматривать любую проблему обязательственного, договорного права: юристом (в неоднозначной правовой ситуации) изучается политико-правовой смысл, заложенный законодателем в принятую им норму, после чего "открытые" принципы регулирования соотносятся с конкретными обстоятельствами спора.

Одним из наиболее интересных вопросов, прямо затрагивающих институт свободы договора, являются пределы согласованного сторонами отказа от субъективного права. Может ли сторона в договоре заранее оговорить свое обязательство не взыскивать любые штрафные санкции с контрагента при любом стечении обстоятельств? Могут ли стороны указать в договоре точный срок поставки товара и исключить взыскание убытков за нарушение этого срока? Может ли принципал отказаться от самостоятельного осуществления предмета агентского договора? Подобного рода вопросы могут возникнуть при изучении абсолютно любого типа поименованных договоров [второй части](#) ГК.

Не говоря уже о так называемых "непоименованных" договорах, правовое регулирование которых теперь основывается исключительно на общей части обязательственного права ([п. 5](#) Постановления N 16). На все подобные вопросы ранее уже был найден ответ в судебной практике - [ч. 2 ст. 9](#) ГК РФ, которая устанавливает ничтожность любого договорного условия, нарушающего запрет на отказ от субъективного права.

Проблема состоит в том, что после принятия [Постановления](#) N 16 и ряда постановлений Президиума ВАС по договорной проблематике весь накопленный массив судебной практики больше не представляет особой ценности: суды начинают открывать принцип свободы договора

заново.

## 1. Теоретическое обоснование правила о недопустимости отказа от права.

По общему смыслу, заложенному в [ч. 2 ст. 9](#) ГК РФ, складывается впечатление, что законодатель намеренно ограничил управомоченных субъектов в реализации принадлежащих им прав. Понятно, что, с одной стороны, всякое осуществление права неизменно должно учитывать интересы других лиц ([ч. 3 ст. 17](#) Конституции РФ). Как своевременно было подмечено Грибановым В.П., беспредельная свобода в осуществлении права является произволом, который не имеет ничего общего с правом\*(2). Между тем понятие "пределы осуществления субъективного права" характеризует, главным образом, субъективные аспекты правореализации: они "определяются самим носителем субъективного права, который осуществляет его по своему усмотрению для достижения своего интереса"\*(3). Вмешательство же государства в индивидуальную частную сферу всегда должно быть ограничено неким разумным балансом интересов, на урегулирование которых такое вмешательство направлено. В противном случае, перефразируя Грибанова В.П., происходит следующее: беспредельная свобода в осуществлении правотворчества является произволом, который не имеет ничего общего с правовым государством.

В комментариях к [ч. 2 ст. 9](#) ГК не раскрывается теоретическая подоплека введения указанной нормы в данном виде, основной акцент сделан на разграничении отказа от осуществления права и негативного обязательства (обязательства по воздержанию от совершения определенных действий, [ст. 307](#) ГК): "отказ от осуществления права, о котором идет речь в комментируемой норме, по существу, является отказом от самого субъективного гражданского права, поскольку последнее не может существовать при невозможности его осуществления"\*(4).

Если обобщить взгляды ученых на данный институт, его ключевыми признаками являются следующие: безвозмездность, односторонность, реальность (субъект должен уже обладать правом на момент отказа)\*(5).

При отсутствии данных элементов правоотношение является либо негативным обязательством, либо предусмотренными законом формами отказа от права (например, прощение долга).

Но рассматриваемую ситуацию следует также отличать от смежной, при которой стороны в договоре формулируют основания для освобождения от ответственности при несоблюдении определенных условий договора: здесь отсутствует почва для применения [ч. 2 ст. 9](#) ГК, поскольку сторонами реализовано право, прямо предоставленное [ст. 401](#) ГК по определению оснований ответственности (**Определение** ВАС РФ от 07.11.2008 N 14198/08 по делу N А51-3375/2007-15-33 В).

Таким образом, стороны могут договориться не взыскивать неустойку на протяжении определенного времени, установив негативное обязательство по [ст. 307](#) ГК (не отказываясь от своего права в целом), но не могут прямо прекратить субъективное право посредством отказа от него на будущее (в непредусмотренных законом случаях). Подобное ограничение не сказывается на изобретательности участников оборота.

Предположим, в смешанном договоре стороны согласовали условие, что при нарушении обязательств любой из сторон претензии по [ст. 395](#) ГК РФ предъявлено не будет: одна сторона выполняет работы, другая оказывает услуги для достижения общего результата (на примере договора простого товарищества). При этом обе стороны обладают абсолютно равными переговорными возможностями (отсутствует понятие слабой стороны), не зависимы друг от друга (отсутствует контроль над принятием решений, заведомая кабалность сделки), осуществляют предпринимательскую деятельность (неприменимы ограничения законодательства о защите прав потребителей)\*(6).

Для сторон обоснование подобного условия предельно понятно:

- установление взаимного контроля над непредвиденными финансовыми рисками, связанными с нарушением обязательства другой стороной - арест счетов и имущества стороны договора на основании решения суда о взыскании суммы санкций и т.д.;

- сохранение права на расторжение договора и взыскание суммы причиненных убытков при существенном нарушении обязательств другой стороной.

С формальной точки зрения рассмотренное условие является классическим негативным обязательством: здесь пока нет элементов **ч. 2 ст. 9 ГК** - конкретное субъективное право (например, на взыскание неустойки в размере 1000 руб.) еще не возникло. Стороны лишь обязались воздерживаться от взыскания неустойки на будущее в порядке **ст. 307 ГК**.

Но каков будет ответ, если период этого "воздержания" стороны согласуют "в течение 3 лет с даты окончания периода, в котором возникло основание для начисления процентов по **ст. 395 ГК**"? Очевидно, что такого рода "воздержание" уже приведет к отказу от права, поскольку будет пропущен срок исковой давности на взыскание санкций (**ст. 196 ГК**). Подобного рода попытки перевести негативное обязательство на будущее в отказ от права в целом - довольно часто можно встретить в договорной практике: происходит сливание двух правовых институтов. К сожалению, пока барьер **ч. 2 ст. 9 ГК** пробить не удавалось: суд будет признавать такое условие недействительным.

С точки зрения правовой позиции, изложенной в **п. 2** Постановления Пленума ВАС N 16, всякая императивная норма может толковаться ограничительно: "в частности, суд может признать, что данный запрет не допускает установление сторонами только условий, **ущемляющих охраняемые законом интересы той стороны, на защиту которой эта норма направлена (выделено автором)**". Понятно, что приводимые правовые позиции Пленума посвящены регулированию договорных условий, основанных на нормах **части второй ГК** во взаимосвязи с общей частью обязательственного и договорного разделов **части первой ГК**. Тем не менее, оценка императивности **ч. 2 ст. 9 ГК** также должна основываться на подходе, изложенном в Постановлении N 16, поскольку реализация любого права (пусть даже путем отказа от него) в рамках договора стороной безусловно связывает применение **ч. 2 ст. 9 ГК** с конкретными условиями заключения и исполнения конкретной сделки: невозможно обезличенно применять общий принцип **ч. 2 ст. 9 ГК** изолированно от конкретных обстоятельств.

Круг возможных ценностей, на защиту которых направлена та или иная норма, выводится в **п. 3** Постановления Пленума ВАС N 16:

- защита особо значимых охраняемых законом интересов (интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов и т.д.),

- недопущение грубого нарушения баланса интересов сторон.

Установление наличия первой группы элементов императивности, на защиту которых может быть нацелена **ч. 2 ст. 9 ГК РФ**, как правило, не составляет особого труда: речь идет о неравных переговорных возможностях (арендатор и профессиональный арендодатель, банк и заемщик и т.д.), ущемлении прав третьих лиц (кредиторов при банкротстве, лишившихся в результате оспариваемого договорного условия дополнительных поступлений в конкурсную массу), либо о злоупотреблениях в договорах со значительной долей публичного регулирования (например, противоречие цены договора устанавливаемым тарифам).

Сложнее представляется выяснить "грубое" нарушение баланса интересов сторон.

В рассмотренном выше примере первая группа элементов императивности отсутствует. Остается выяснить соблюдение баланса интересов сторон. В **п. 3** Постановления N 16 рассмотрен пример такого грубого нарушения баланса интересов: если по договору купли-продажи стороны исключают право покупателя расторгнуть договор при неисполнении продавцом обязанности передать товар - подобное условие недействительно, поскольку ущемляет права покупателя на защиту и "нарушает баланс интересов". В данном примере под "нарушением баланса интересов" подразумевается возможность стороны обеспечить защиту своих интересов - покупатель лишается эффективной судебной защиты своих прав. Стоит также отметить, что сам покупатель, исходя из

описанной ситуации, не получает никакого встречного предоставления со стороны продавца в обмен на данный отказ от реализации права - речь идет, по сути, о лишении покупателя основного способа защиты от неправомерных действий другой стороны сделки.

Если исходить из содержания данного примера, логику суда можно истолковать следующим образом: в случае, когда законом устанавливается право стороны (например, на взыскание процентов по [ст. 395 ГК](#)), данное право может быть исключено в ситуации, когда сторона обладает альтернативными способами защиты своих прав (требовать расторжения договора при его существенном нарушении либо на согласованных сторонами условиях, взыскания убытков) и при этом получает равноценное встречное обязательство другой стороны (например, аналогичное условие): баланс интересов здесь не может быть нарушен, поскольку установление подобного рода условий экономически оправданно для сторон.

При этом выяснить точную нацеленность регулирования [ч. 2 ст. 9 ГК](#) затруднительно: какие-либо аналоги данной нормы в ГК стран континентальной правовой традиции отсутствуют. Для целей защиты слабой стороны, а также потребителей используется принцип недопустимости злоупотребления правом, а также выводится специальное законодательство о защите прав потребителей, устанавливающего собственные принципы регулирования (например, Consumer Protection Act 1987 в Англии; аналогичные законы действуют в Германии, Франции и др. странах). Более того, в странах англо-американской правовой семьи применяется диаметрально противоположный подход: в судебной практике выведен запрет на ограничение сторон сделки в изъятии отказа от права.

Как верно отмечается Карпетовым А.Г. из-за подобного рода "барьеров" на пути к договорной свободе "зачастую важные и крупные сделки между профессиональными корпорациями, которые выгодны обеим сторонам и полезны для экономики страны в целом, не могут осуществляться в рамках российского права из-за наличия в нем тех или иных избыточных или вовсе ошибочных ex ante ограничений договорной свободы, при введении которых законодатель, например, подразумевал защиту интересов потребителя или иной слабой стороны договора, но не уточнил это в гипотезе нормы"\*[\(7\)](#).

Поэтому применительно к данной проблеме, в условиях отсутствия внятного обоснования и условий применения [ч. 2 ст. 9 ГК](#) участники оборота по-прежнему вынуждены "существенно ограничивать свою договорную свободу, в полной мере осознавая, что никаких серьезных политико-правовых резонансов для этого не существует"\*[\(8\)](#).

## 2. Соотношение правила [ч. 2 ст. 9 ГК](#) и принципа эстоппель

Одно из главных противоречий, с которым теперь неизбежно столкнется суд при применении [ч. 2 ст. 9 ГК РФ](#), заключается в действии принципа эстоппель.

Впервые этот принцип был сформулирован в [постановлении](#) Президиума ВАС N 13903/10 от 22.02.2011 по делу N А60-62482/2009-С7. В указанном деле Президиум рассматривал проблематику процессуального плана: имеет ли сторона право требовать с должника в отдельном судебном процессе уплаты неустойки, если она не была оговорена при заключении мирового соглашения. Президиум постановил: не может, поскольку отсутствие в мировом соглашении каких-либо дополнительных обязательств означает "соглашение сторон о полном прекращении гражданско-правового конфликта и влечет за собой потерю права сторон на выдвижение новых требований (эстоппель)".

В настоящий момент основной массив судебной практики вокруг применения данного принципа сконцентрирован именно в процессуальных вопросах: исключение доводов о неподведомственности ([постановление](#) Президиума ВАС РФ от 28.04.2009 N 13798/08)\*[\(9\)](#) неподсудности ([Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 23.04.2012 N 1649/13 по делу N А54-5995/2009) спора суду, спорные вопросы о надлежащем уведомлении стороны о наличии

судебного спора ([Постановление](#) Президиума ВАС РФ от 24.06.2014 N 1332/14 по делу N А65-30438/2012) и др.

Но применимость указанного принципа, сформулированного Президиумом в рамках процессуального права, и к материальному праву России отстаивается многими исследователями\*(10). Как отмечается учеными, для применения принципа эстоппель необходимо сочетание 4-х основных элементов:

1) наличие четко обозначенного и прямо выраженного волеизъявления стороны правоотношения, которое обусловило поведение и конкретные действия другой стороны по реализации имеющихся у нее прав;

2) фактическое осуществление конкретных действий лицом, добросовестно пожившимся на представлении первого субъекта;

3) наличие самого факта создания ситуации эстоппель, когда одна сторона существенно изменяет в последующем свою первоначальную позицию по определенному вопросу, относящемуся к одним и тем же фактам;

4) нанесение заявителю реального ущерба сложившейся ситуацией\*(11).

Для упрощения понимания этих элементов воспользуемся емкой формулировкой, использованной Тринадцатым арбитражным апелляционным судом: "Правило эстоппель запрещает судебную защиту требований, идущих вразрез с соглашениями, достигнутыми сторонами и соблюдаемыми ими длительное время" (выделено автором). ([Постановление](#) Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2014 N 13АП-27162/2014 по делу N А56-25901/2014).

Не без влияния научной доктрины практика судов начала изменяться. Суды уже начали постепенно и осторожно применять новый принцип не только к процессуальному, но и к материальному праву: по земельным спорам ([Постановление](#) Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 22.01.2015 по делу N А32-6342/2014), к спорам из договоров подряда ([Постановление](#) Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 08.01.2015 N 15АП-12063/2014 по делу N А32-6595/2014)\*(12), к корпоративным спорам ([Постановление](#) Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2014 N 13АП-27162/2014 по делу N А56-25901/2014) и т.д.

Таким образом, способы защиты договорной свободы в настоящий момент существенно расширились. Более того, на недопустимость злоупотребления свободой договора, основанной, в том числе, и на манипулировании императивными нормами, указано в п. 8 Постановления Пленума ВАС N 16: в этом случае суд "с учетом характера и последствий допущенного злоупотребления отказывает этой стороне в защите принадлежащего ей права полностью или частично либо применяет иные меры, предусмотренные законом ([пункт 2 статьи 10 ГК РФ](#))".

Возникает проблема соотношения положений [ч. 2 ст. 9 ГК](#) и принципа эстоппеля.

Ведь с точки зрения императивности заложенного в указанной норме смысла, любой непоименованный в законе отказ от права недействителен вне зависимости от обстоятельств его совершения: отказ от взыскания неустойки по договору ([Постановление](#) ФАС Московского округа от 24.02.2012 по делу N А40-71837/11-58-398; [Определение](#) ВАС РФ от 15.05.2012 N ВАС-5922/12 по делу N А40-71837/11-58-398), отказ от осуществления принципалом предмета агентского договора ([Постановление](#) ФАС Дальневосточного округа от 24.12.2012 N Ф03-5475/2012 по делу NA24-783/2012), отказ покупателя земельного участка от претензий к продавцу ([Постановление](#) Седьмого арбитражного апелляционного суда от 02.06.2014 по делу N А45-24039/2013) и т.д.

Любопытно отметить, что в большинстве случаев суды смешивают негативное обязательство и отказ от права, не понимая, как применять соответствующие нормы. Подобное положение дел неудивительно: даже в научной доктрине исследователи не всегда в состоянии провести разграничение указанных правовых институтов\*(13).

Но весь массив судебной практики по применению [ч. 2 ст. 9 ГК](#) сформировался в течение периода, предшествующему появлению в гражданском праве эстоппеля. Соответственно, теперь стороны договора обладают достаточно действенной защитой против указанной нормы, благодаря

разъяснениям, изложенным в [Постановлении](#) Пленума ВАС N 16, и применению к отношениям названного принципа.

Следует отметить, что изначальная конструкция [ч. 2 ст. 9 ГК](#) (в том виде, в котором она изложена) приводила к стимулированию всевозможных злоупотреблений в обороте - какими бы ни были взаимные договоренности сторон, любой отказ (даже взаимный) от осуществления субъективного права признавался ничтожным.

Представляется сомнительным, что изначальной целью заключения сделки между предпринимателями является ее последующее нарушение сторонами. Наверное, цель здесь все-таки преследуется в извлечении прибыли ([ст. 2 ГК РФ](#))\*(14). И если стороны сделки действительно управомочены самостоятельно выбирать способы реализации принадлежащих им прав ([ст. 1 ГК](#)), то отсутствуют всякие разумные причины ограничивать их в этом при соблюдении ряда упомянутых выше условий.

Никто не лишает сторону права требовать расторжения договора, предъявлять иск о взыскании убытков. Но в условиях абсолютно равных переговорных возможностей дальнейшее применение [ч. 2 ст. 9 ГК](#) должно быть заблокировано в судебной практике принципом эстоппеля и разъяснениями [п. 8](#) Пленума ВАС N 16.

Таким образом, судебная практика должна воспринять качественно новый подход в применении [ч. 2 ст. 9 ГК](#). Представляется разумным расширить перечень законных оснований, которыми устанавливаются исключения на применение [ч. 2 ст. 9 ГК РФ](#) - это состав злоупотребления правом ([ст. 10 ГК](#)). В условиях, когда сторона в полной мере обладала переговорными возможностями для согласования текста договора (отсутствуют критерии слабой либо зависимой стороны, не ущемляются интересы третьих лиц, не нарушается баланс интересов в целом), имеется эквивалент встречного предоставления в обмен на данную реализацию права, волеизъявление стороны имеет юридическую силу. Утверждение стороны сделки впоследствии об ином указывает на недопустимое злоупотребление правом: контрагент добросовестно полагался на согласованные и исполненные сторонами условия сделки. Защита контрагента может выстраиваться на одновременном применении [ст. 10 ГК РФ](#) и [разъяснений](#) Пленума ВАС N 16 во взаимосвязи с принципом эстоппель.

### Список литературы

1. Summers R.S. Precedent in the Unites States (New York State) // *Interpreting Precedents: a comparative study* / Ed. By D.N. MacCormick and R.S.Summers.1997. P. 500.
2. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М. 2000. 411 с.
3. Малиновский А.А. Пределы субъективного права // [Журнал российского права](#). 2005. N 11. С. 95-100.
4. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу, части первой / под ред. Крашенинникова П.В. (автор комментария Щербаков Н.Б.). Статут. 2011.
5. Отказ от субъективных гражданских прав: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.03 / Суханова Юлия Владимировна; [Место защиты: ГОУ ВПО Самарский государственный экономический университет]. Самара. 2008. 170 с.
6. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: В 2 т. Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве (том 2) / Статут. 2012.
7. Джермакян В.Ю. Доктрина эстоппель в спорах о нарушении патентов // *Патенты и лицензии*. 2011. N 6.
8. Николаев А.В. Эстоппель в российском праве: проблемы и перспективы практического применения // *Международное публичное и частное право*. 2014. N 4.
9. Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации // Статут. 2014.

10. Скловский К.И. Сделка и ее действие. М: Статут. 2013.

### Аннотация

В статье автор рассматривает существующие подходы в судебной практике к квалификации отказа от права в соотношении со свободой договора и принципом эстоппель.

---

\*(1) Summers R.S. Precedent in the Unites States (New York State) // Interpreting Precedents: a comparative study / Ed. By D.N. MacCormick and R.S.Summers.1997. P. 366-367.

\*(2) Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М. 2000. С. 44.

\*(3) Малиновский А.А. Пределы субъективного права // [Журнал российского права](#). 2005. N 11. С. 95-100.

\*(4) Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу, части первой / под ред. Крашенинникова П.В. (автор комментария Щербаков Н.Б.). Статут. 2011.

\*(5) Отказ от субъективных гражданских прав: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.03 / Суханова Юлия Владимировна; [Место защиты: ГОУ ВПО Самарский государственный экономический университет]. Самара. 2008. С. 63.

\*(6) Подробнее о критериях допустимости договорной свободы см. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода договора и ее пределы: В 2 т. Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве (том 2) / Статут. 2012.

\*(7) Карапетов А.Г., Савельев А.И. Там же.

\*(8) Карапетов А.Г., Савельев А.И. Там же.

\*(9) В этом раннем деле Президиум ВАС предпочел сослаться на соблюдение принципа правовой определенности вместо эстоппеля. Тем не менее, нижестоящие суды восприняли данную правовую позицию именно через призму принципа эстоппеля, что, безусловно, является верным (см. [Постановление](#) Четвертого арбитражного апелляционного суда от 10.10.2014 по делу N А58-3351/2014; [Постановление](#) Арбитражного суда Уральского округа от 11.02.2015 N Ф09-9903/14 по делу N А60-27960/2014).

\*(10) Джермакян В.Ю. Доктрина эстоппель в спорах о нарушении патентов // Патенты и лицензии. 2011. N 6.

Николаев А.В. Эстоппель в российском праве: проблемы и перспективы практического применения // Международное публичное и частное право. 2014. N 4.

Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации // Статут. 2014.

\*(11) Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Там же.

\*(12) В указанном деле апелляционный суд предпочел использовать термин "процессуальный эстоппель" применительно к материально-правовой норме [ч. 2 ст. 782 ГК РФ](#).

\*(13) О данных противоречиях в доктрине см. Седова Ж.И., Зайцева Н.В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации / Статут. 2014.

\*(14) Или, как указывает Скловский К.И., определенного "жизненного блага". (Скловский К.И. Сделка и ее действие. М: Статут. 2013. С. 10).