

ДОКТРИНА ОТКАЗА ОТ ДОГОВОРНЫХ ПРАВ в России и странах общего права



Теймур Гусейнов

магистр юриспруденции (РШЧП),
юрист адвокатского бюро
«Егоров, Пугинский,
Афанасьев и партнеры»

В РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ ДОКТРИНЕ НЕ ВЫРАБОТАНО СПЕЦИАЛЬНЫХ ИНСТИТУТОВ, ПОЗВОЛЯЮЩИХ ЗАЩИТИТЬ ДОБРОСОВЕСТНУЮ СТОРОНУ ОТ НЕПРЕДСКАЗУЕМОГО ПОВЕДЕНИЯ КОНТРАГЕНТА. В СТРАНАХ ОБЩЕГО ПРАВА ОДНИМ ИЗ СПОСОБОВ РЕШЕНИЯ УКАЗАННОЙ ЗАДАЧИ ЯВЛЯЕТСЯ ДОКТРИНА ОТКАЗА ОТ ПРАВА WAIVER. КАКОВЫ ЖЕ ПЕРСПЕКТИВЫ ЕЕ ПРИМЕНЕНИЯ В НАШЕЙ СТРАНЕ?

Страны общего права

Доктрина отказа от права нашла свое отражение почти в каждой отрасли и связана практически с каждым субъективным правом¹. Эта доктрина применяется не только в гражданском, страховом, трудовом, но и уголовном, административном, конкурентном праве.

Хрестоматийным считается определение отказа от права, данное в т. ч. Верховным судом США в деле *Johnson v. Zerbst* в 1938 г. относительно отказа от права на адвоката. Так, Верховный суд США указал, что отказ от права – это преднамеренный отказ от известного права. В других делах суды определяли отказ от права как свободный, осознанный отказ, освобождение от известного существующего права.

Преднамеренность и независимость волеизъявления означает, что лицо должно проявить

• «WAIVE» (глагол) – отказываться, отрешаться или сдавать (право, привилегию и т. д.) свободно.

Black's Law Dictionary

¹ См.: *Rubin E. Towards a General Theory of Waiver*, 28 *UCLA L. Rev.* 478 1980–1981. P. 478.

Совершение отказа от права

Как правило, это односторонняя сделка, для которой необходимо только волеизъявление лица, отказывающегося от права.

Такое волеизъявление должно быть:

- совершено преднамеренно и независимо;
- выражено определенным недвусмысленным образом.

Виды отказа от права:

- отказ от права путем выбора (waiver by election);
- чистый отказ от права (pure waiver);
- абсолютный отказ от права (total waiver).

Право, от которого отказывается лицо, должно:

- существовать (лицо не может отказаться от прав, которые появятся у него в будущем);
- лицо должно знать о его существовании¹.

свою волю на отказ от права таким образом, чтобы другая сторона сделки могла полагаться на такой отказ. То есть поведение лица, отказывающегося от права, должно обладать свойствами определенности и однозначности.

Отказ от права может быть выражен как устно, так и письменно. Он также может следовать из поведения лица, отказывающегося от права, включая бездействие такого лица. Для признания отказа от права суду необходимо будет установить, полагалось ли другое лицо на такое поведение.

Оценку допустимости отказа от любого права всегда дает только суд. Поэтому условие об отказе от права может быть включено в договор, но в каждом конкретном случае оно будет объектом внимания суда. О действительности отказа от права суд будет судить исходя из общих начал контрактного права².

Прежде всего необходимо вести речь о равных переговорных возможностях. В ситуации неравных переговорных возможностей суды отказываются в действительности отказа от права, считая его несправедливым³.

Кроме того, перед принятием решения суды должны оценить положения договора, и в случае если они будут признаны аморальными, противоречащими публичным интересам или незаконными, отказ от любого права по такому договору будет недействительным.

Э. Рубин выделяет также требование «открытости» отказа от права, т. е. другая сторона договора должна быть уведомлена о совершении отказа от права независимо от того, что возможность такого отказа прописана в договоре. Кроме того, указанное условие должно обсуждаться при его заключении, т. е. оно не может автоматически включаться в бланк договора⁴.

Отказ от права может быть признан недействительным, если лицо, отказывающееся от права, не извлекает из него пользы или выгоды. Особое значение данное условие имеет в случае неравных переговорных возможностей сторон, когда экономически более сильная сторона может понудить слабую сторону отказаться от права, при этом такой отказ будет ухудшать положение последней.

Таким образом, суд будет оценивать действительность отказа от права по двум основаниям:

- содержатся ли в договоре положения, противоречащие публичным интересам государства;
- каким был переговорный процесс между сторонами договора.

Важно отметить, что, совершив отказ от права, лицо теряет такое право навсегда.

Отказ от права в российском праве

В современной российской науке гражданского права не существует единого понятия «отказ от права».

В ГК РФ термин «отказ» употребляется в различных значениях.

¹ Segrest Philip R. Waiver and Estoppel. 53 Ind. L. J. 601. 1977. P. 332.

² Rubin E. Towards a General Theory of Waiver, 28 UCLA L. Rev. 478 1980–1981. P. 512.

³ Ibid. P. 518.

⁴ Ibid. P. 523.

Так, ст. 236 ГК РФ посвящена отказу от права собственности на имущество, ст. 250 ГК РФ – отказу от преимущественного права покупки доли в общей долевой собственности, ст. 310 ГК РФ – одностороннему отказу от исполнения обязательства, п. 3 ст. 450 ГК РФ – одностороннему отказу от исполнения договора, ст. 1158 ГК РФ – отказу от наследства или его части.

Как видим, это абсолютно различные конструкции, и объединить их одной общей теорией вряд ли возможно.

В дореволюционной литературе в качестве одного из способов прекращения прав фигурирует отречение от права.

Для отречения от права необходимы определенные условия.

1. Лицо, желающее отречься от права, должно обладать правоспособностью и дееспособностью в полном объеме.
2. Воля лица должна быть направлена на такое отречение, и должны отсутствовать любые пороки воли.
3. Право должно быть «способно» к отречению – не от всех прав можно отречься.

Г.Ф. Шершеневич отмечает, что нельзя отречься от прав мужа, опекуна, отца, от присвоенной лицу по закону дееспособности, от права вступить в договоры, а также от права прибегать к судебной защите¹. Бесспорна возможность отречения от имущественных прав, но условия такого отречения отличаются в зависимости от вида права: при одних условиях прекращаются по отречению права на вещи, при других – права из обязательств².

При всем разнообразии предмета отречения, которым служат различные права, полномочия, привилегии, возможности приобретения, этим предметом могут быть только выгоды и преимущества, но не обязанности и долги, и не такие

юридические состояния, с которыми связаны одновременно права и обязанности.

Действие отречения от права состоит в прекращении этого права для лица, которому оно принадлежало, а также, если право сопровождается каким-либо вытекающим из него обязательством, то и в прекращении такого обязательства. Так, с отречением от права на наследство прекращается обязательство уплачивать долги за наследодателя.

Современное российское гражданское право в отличие от дореволюционного не уделяет достаточного внимания теме отказа от права.

Согласно действующим положениям ГК РФ отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет их прекращения, за исключением случаев, предусмотренных законом (п. 2 ст. 9 ГК РФ).

Содержание данной нормы является дискуссионным. Большинство авторов отмечают, что в ней не устанавливается ограничение на отказ от права, а говорится о том, что неосуществление лицом права не прекращает его, за исключением случаев, предусмотренных законом³. Другие авторы считают, что указанная формулировка не позволяет провести четкой границы между отказом от права и отказом от осуществления прав⁴. Кроме того, А.Г. Деденко приходит к выводу о том, что отказ от осуществления прав равнозначен неосуществлению права.

Следует согласиться с А.Г. Карапетовым в том, что содержание п. 2 ст. 9 ГК РФ серьезно ограничивает свободу сторон в выборе гибких механизмов структурирования сделок, поскольку отечественное законодательство четко не определяет, от осуществления каких прав отказаться можно, а от каких нет⁵.

³ Ершов В.А., Кайль А.Н., Сулягин А.В. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс», 2009; Авилев Г.Е., Безбах В.В., Брагинский М.И. и др. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: части первой (постатейный) / под ред. О.Н. Садикова. М.: Контракт, ИНФРА-М, 1997.

⁴ Деденко А.Г. Об утрате гражданских прав. Основные проблемы частного права: сб. ст. / отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010.

⁵ Карапетов А.Г. Правовая природа и последствия нарушения ковенантов в финансовых сделках // Частное право и финансовый рынок: сб. ст. / отв. ред. М.Л. Башкатов. М.: Статут, 2011. Вып. 1.

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Статут, 2005. Т. 1. С. 103.

² Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1 (по изд. 1902 г.). М.: Статут, 1997. С. 275.

Правоприменительная практика

1. В Постановлении **Девятого арбитражного апелляционного суда** от 02.09.2004, 09.09.2004 по делу № 09АП-1205/04-ГК суд посчитал, что содержащееся в агентском договоре по взысканию задолженности обязательство принципала не заниматься самостоятельно деятельностью по возвращению задолженности с должника, указанного в договоре, в т. ч. не заключать с ним мировые и иные соглашения, а равно не заключать договоры с другими юридическими лицами о возвращении той же задолженности с того же должника противоречит п. 2 ст. 9 ГК РФ, поскольку предусматривает прямой отказ от указанных прав.
2. В Постановлении **ФАС Северо-Западного округа** от 20.05.2003 № А56-34120/02 обязанность принципала не совершать самостоятельных действий по сбору платежей за электрическую энергию, поставляемую по договорам энергоснабжения, признана допустимой, а ссылка стороны на положения п. 2 ст. 9 ГК РФ отклонена.
3. В Постановлении **ФАС Восточно-Сибирского округа** от 19.04.2006 № А58-3284/05-Ф02-1689/06-С2 признан недействительным отказ стороны договора от взыскания договорной неустойки, закрепленный в отдельном соглашении, поскольку такой отказ противоречит п. 2 ст. 9 ГК РФ.
4. Стороны заключили соглашение, в соответствии с которым собственник обязался не пользоваться паропроводом. Однако позднее он вскрыл пломбы и начал использование в нарушение договоренности. Суд признал указанные условия ничтожными, поскольку они нарушают п. 2 ст. 9 ГК РФ и отказал другой стороне во взыскании штрафа за пользование паропроводом (Постановление **ФАС Северо-Западного округа** от 26.02.2006 по делу № А13-7306/2005-16).
5. В Постановлении **ФАС Московского округа** от 30.05.2011 № КГ-А40/4971-11-П по делу № А40-140918/09-132-894 судом установлено, что условия соглашения участников ООО ограничивают их правоспособность и являются ничтожными согласно п. 3 ст. 22 ГК РФ.
6. В Постановлении **ФАС Северо-Западного округа** от 30.08.2011 по делу № А66-8547/2010 признано, что включение в договоры с использованием банковской карты условия о запрете осуществления операций, связанных с предпринимательской деятельностью, ограничивает правоспособность потребителя.

В судебной практике не выработаны четкие критерии квалификации и разграничения отказа от права, отказа от осуществления права, обязательства воздержаться от определенных действий, ограничения правоспособности, прощения долга. При этом норма п. 2 ст. 9 ГК РФ применяется достаточно активно, но бессистемно.

На наш взгляд, следует согласиться с выводом Т.С. Бойко о том, что суды применяют норму п. 2 ст. 9 ГК РФ в любой ситуации, где встречается хоть отдаленный намек на отказ от права или его ограничение¹.

Кроме того, ГК РФ содержит императивную норму, согласно которой полный либо частичный отказ гражданина от правоспособности или дееспособности и другие сделки, направленные на ограничение правоспособности или дееспособности, ничтожны, за исключением случаев, когда такие сделки допускаются законом (п. 3 ст. 22 ГК РФ).

Примеры из судебной практики указывают на необходимость скорейшей разработки сбалансированной и учитывающей зарубежный опыт доктрины отказа от права и критериев его отграничения от смежных правовых институтов.

Ближайшие перспективы

В последней редакции законопроекта № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – законопроект), находящемся на рассмотрении Госдумы, предложено решение проблемы применения п. 2 ст. 9 и п. 3 ст. 22 ГК РФ.

В законопроекте предлагается дополнить ГК РФ новой ст. 450.1, п. 3 которой устанавливает право стороны договора, осуществляющей предпринимательскую деятельность, при наступлении предусмотренных законом или договором обстоятельств, служащих основанием для осуществления определенного права по договору, заявлять отказ от осуществления

¹ Бойко Т.С. Отказ от права и воздержание от осуществления права: российский и англо-американский подходы // Закон. 2012. № 3.

этого права. В последующем осуществление этого права по тем же основаниям не допускается, если иное не предусмотрено законом или соглашением сторон.

Пункт 4 названной статьи устанавливает дополнительный способ отказа от прав, а именно: в случаях, установленных законом, правила п. 3 ст. 450.1 ГК РФ применяются при неосуществлении определенного права в срок, предусмотренный законом или договором.

Оценивая предложенную норму п. 3, следует отметить, что она действительно снимает проблемы с применением п. 2 ст. 9, п. 3 ст. 22 ГК РФ, устанавливая специальное правило для отказа от договорных прав.

Такой отказ возможен при соблюдении нескольких условий:

1. Сторона договора должна осуществлять предпринимательскую деятельность. На наш взгляд, законодатель не ограничил возможность отказа от права только сделками между предпринимателями. Отказ от права возможен также в сделках между предпринимателями и потреби-

телями, но право на отказ будет иметь сторона, которая сильнее т. е. предприниматель.

Отказ возможен только от существующих прав. На это указывает формулировка «при наступлении предусмотренных законом или договором обстоятельств, служащих основанием для осуществления определенного права по договору». Отказ от прав, которые появятся в будущем, невозможен.

3. Отказ должен быть выражен активными действиями. Это следует из специальной нормы п. 4 ст. 450.1. В то же время из буквального толкования п. 3 прямо не следует, что отказ от права возможен с помощью конклюдентных действий. В этом видится возможная проблема применения данной нормы в будущем. На наш взгляд, из буквального толкования п. 3 следует, что лицо, желающее отказаться от права, должно заявить отказ. Такой отказ может быть совершен устно или письменно, при этом письменный отказ, безусловно, имеет большую доказательственную силу.

4. Последствием отказа от права является невозможность его осуществления по тем же основаниям, если иное не предусмотрено законом или соглашением сторон.

Закрепленный в п. 3 предлагаемой ст. 450.1 ГК РФ институт отказа от права очень близок англо-американской модели отказа от права.

В пункте 4 ст. 450.1 указано на то, что неосуществление гражданского права в срок, определенный законом или договором, влечет отказ от него в случаях, предусмотренных законом. Сравним эту норму с п. 2 ст. 9 ГК РФ, согласно которому неосуществление гражданского права не влечет его прекращения, за исключением случаев, предусмотренных законом.

Представляется, что содержание норм существенно пересекается, что может привести к проблемам на практике. Как мы понимаем, вводя норму п. 4 предлагаемой ст. 450.1 ГК РФ, законодатель попытался выразить идею о возможности отказа от права посредством пассивного поведения субъекта, но выразил ее нечетко.

Как должен поступить суд в случае, если должник допустил просрочку, дающую кредитору право на взыскание неустойки, но кредитор принял исполнение с просрочкой, не предъявив никаких претензий, а по истечении долгого времени обратился в суд за взысканием неустойки

по причине той самой просрочки? По всей видимости, суд должен отказать кредитору в праве на взыскание неустойки, поскольку, приняв исполнение с просрочкой и не предъявляя требования о взыскании неустойки в течение длительного времени, он тем самым отказался от права на ее взыскание.

Согласно п. 4 предлагаемой ст. 450.1 ГК РФ неосуществление права на обращение в суд с требованием о взыскании неустойки будет означать отказ от этого права только в том случае, если подобное бездействие будет продолжаться в течение срока, установленного законом или договором, и если законом определено, что оно приводит к отказу от права. Но договором, заключенным в рассматриваемом случае, срок для обращения в суд за взысканием неустойки не установлен, закон также не предусматривает специального срока для прекращения права на взыскание неустойки. Следовательно, такое право не прекращается вовсе, если другая сторона не заявит в суде о пропуске срока исковой давности.

В пункте 4 предлагаемой ст. 450.1 ГК РФ указано на то, что он применяется в случаях, предусмотренных в законе. Пункт 2 ст. 9 ГК РФ по своему содержанию шире, поскольку касается осуществления любых прав, а не только договорных, однако, по нашему мнению, в нем идет речь в т. ч. и о тех же самых случаях, предусмотренных в законе.

Наш совет

На наш взгляд, п. 4 рассматриваемой статьи после принятия поправок к ГК РФ применяться не будет до вступления в силу специальных законов, предусматривающих возможность отказа от права в исключительных случаях.

Принимая во внимание тот факт, что отказ от права возможен только для лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, такое ограничение применения п. 4 предлагаемой ст. 450.1 ГК РФ представляется нецелесообразным. Поэтому, по нашему мнению, стоило предложить другую формулировку указанного пункта: «Правила пункта 3 настоящей статьи применяются при неосуществлении определенного права в срок, предусмотренный договором, или иной разумный срок, если законом такой отказ прямо не запрещен».

Такая формулировка отвечает требованиям установления определенности в отношениях между сторонами. Оценочная категория «разумный срок» позволит суду оценить добросовестность стороны в реализации принадлежащих ей прав. В то же время критерии разумности отдельных сроков, на которые стороны могли бы ориентироваться, будут установлены судебной практикой, на что потребуется некоторое время.