

Прежде чем говорить о пределах свободы договора, хорошо бы этой свободой обладать

АВТОР ИССЛЕДУЕТ ПРИЧИНЫ И ПОСЛЕДСТВИЯ ФЕНОМЕНА СЖАТИЯ ДОГОВОРНОЙ СВОБОДЫ В РОССИЙСКОЙ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКЕ И С УЧЕТОМ ПРИНЯТОГО НЕДАВНО ПОСТАНОВЛЕНИЯ ПЛЕНУМА ВАС РФ «О СВОБОДЕ ДОГОВОРА И ЕЕ ПРЕДЕЛАХ» ОТМЕЧАЕТ НЕОБХОДИМОСТЬ В ПРИУМНОЖЕНИИ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ, ПООЩРЯЮЩИХ ДОГОВОРНУЮ СВОБОДУ, В БЛИЖАЙШЕМ БУДУЩЕМ. ОДНОВРЕМЕННО ПРИВОДИТСЯ РЯД КРИТИЧЕСКИХ КОММЕНТАРИЕВ ПО ПОВОДУ ПОЗИЦИЙ ВЫСШЕЙ СУДЕБНОЙ ИНСТАНЦИИ.



Дмитрий Иванович СТЕПАНОВ,
партнер Адвокатского бюро
«Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»,
кандидат юридических наук

Ключевые слова: свобода договора, предпринимательская свобода, автономия воли, принцип диспозитивности, императивные нормы, патернализм в частном праве, толкование договоров

Бесспорно, разработка и принятие Постановления Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 №16 «О свободе договора и ее пределах» — знаковое событие, можно сказать, начало новой эпохи в развитии российского договорного права. То, чего не было сделано в рамках проводимой в последние годы реформы Гражданского кодекса РФ, довольно оперативно и при этом предельно детально было закреплено высшей судебной инстанцией в Постановлении, которое целиком посвящено только одному вопросу — свободе договора и тому, как она должна пониматься в ходе применения гражданско-правового закона.

Сейчас сложно предсказать, какая судьба ждет это Постановление в будущем. И дело тут вовсе не в сегодняшних трагических событиях вокруг ВАС РФ как института судебной системы и одного из немногих ярких достижений постсоветской российской государственности. Проблема скорее в том, что нередко судебные разъяснения самого общего порядка со временем теряются: суть содержащихся в них суждений начинает казаться банальной, самоочевидные и вроде бы азбучные истины повторять не стоит, а потому и вспоминать, ссылаться — в судебном ли акте или юридической публикации — на такие разъяснения и постановления нет нужды.

Однако возможен и другой вариант — когда судебное разъяснение самого общего порядка со временем не только не превращается во что-то занушенное и тривиальное, а, напротив, обростает на практике и в юридической литературе новыми смыслами, превращая самые абстрактные на первый взгляд нормы-принципы в предельно конкретные юридические построения. Очень хотелось бы надеяться, что Постановлению о свободе договора уготована именно такая долгая и благополучная жизнь.

Вместе с тем хотелось бы высказать несколько критических соображений, которые имеют принципиальное значение для дальнейшего развития политики права в данном вопросе.

СТРАННО, ЧТО ПРОГРАММНОЕ ПОСТАНОВЛЕНИЕ НЕ СНИМАЕТ ИЛИ РАЗДВИГАЕТ ПРЕДЕЛЫ СВОБОДЫ ДОГОВОРА, А РАССУЖДАЕТ, ГДЕ ОНИ НАХОДЯТСЯ

Пределов — или ограничений — свободы (не только свободы договора) в нашем праве предостаточно. Поэтому, мягко говоря, странно, что программное во всех смыслах Постановление Пленума говорит преимущественно не о свободе договора как таковой, не снимает или раздвигает эти самые

пределы, а скорее довольно беспристрастно обсуждает, где они находятся. Не только у автора настоящих заметок, но и, по-видимому, у многих цивилистов по прочтении возникает чувство, что документ, посвященный свободе договора, мало что этой свободе дает.

Да, свобода договора не бесконечна, она может быть ограничена ради достижения неких благих целей. Но когда на самом деле свобода договора — это скорее общие слова, а на практике она оказывается пустым звуком, сложно всерьез говорить о такой свободе в рамках российского гражданского права.

Практикующие юристы без труда приведут многочисленные случаи, когда смешанные или непоименованные договоры, в том числе заключенные между коммерсантами, оказываются лишены юридической силы полностью или в части (признаются недействительными сделками, незаключенными, допускающими освобождение от ответственности и т.д.); когда провозглашаются недействительными отдельные сформулированные сторонами условия поименованных в ГК договоров, если текст закона умалчивает, как должны регулироваться соответствующие отношения, либо закон описывает условие, но не дает однозначного ответа, какие санкции наступают за отступление от предписанной модели поведения. Наконец, при толковании условий договоров, даже если они заключены между субъектами предпринимательской деятельности, приоритет чаще всего отдается предельно консервативному пониманию, т.е. тому, которое ведет не к юридическому исцелению договора или соответствующего условия, а, напротив, к его аннулированию и освобождению от ответственности — как правило, недобросовестного должника. О том, чтобы всерьез обсуждать в таком случае еще более радикальные вещи — политико-правовую обоснованность тех или иных императивов и запретов в действующем договорном праве, — и вовсе говорить не стоит.

Чрезмерно консервативное отношение к самостоятельно сформулированным договорным условиям, направленное скорее на лишение юридической силы ранее достигнутых сторонами договоренностей, чем на установление истинных намерений

сторон при заключении договора и справедливое распределение коммерческих рисков при его исполнении, есть во многом следствие советского прошлого, где частного права как такового не существовало. Во многом в текущем положении вещей повинна первоначальная (и до сих пор действующая в значительной части) редакция ГК, разработчики которой, связанные историческим контекстом, не сделали того шага, который порвал бы с советским прошлым. При этом вытравливание автономии воли — сначала на уровне позитивного права, а вслед за ним в правоприменительной практике, закономерно привело к чудовищным последствиям: договорная свобода как базовый принцип частного права на практике превратилась в пустой звук, а те самые коммерсанты, которые по идее вольны в ее наиболее полном использовании, предпочитают обращаться к праву в иных юрисдикциях, где, очевидно, бизнесу в этом смысле дышится свободнее.

Феномен сжатия договорной свободы из-за чрезмерно императивного подхода законодателя и правоприменителей, т.е. способности сторон договора самостоятельно формулировать договорные условия, можно сравнить с тем, что происходит в экономике при увеличении ставки того или иного налога.

Тезис о том, что налоги и регулирование экономических отношений — это взаимозаменяемые или хотя бы взаимодополняющие вещи, в общем не нов в специальной литературе¹. Более интересна иная аналогия.

Общим местом в экономической теории является мысль о том, что при увеличении ставки налога объем налоговых поступлений в бюджет меньше, чем вред, причиняемый потребителям и производителям необходимостью платить большие налоги, а значит, меньше потреблять и производить (если раньше за 1000 руб. можно было купить 1000 единиц товара, то после введения 20%-ного налога на эти деньги можно приобрести (или продать) уже только 800 единиц товара). Интересно, что в силу особого соотношения спроса и предложения если государство вводит налог впервые, то сумма, полученная в бюджет, всегда меньше, чем то, насколько уменьшится потребление и производство товара или услуги, в связи с которыми введен налог (в указанном примере бюджет может получить 200 руб., но при этом общий объем потребления вполне может упасть, скажем, до 700 руб.; при этом разница в 100 руб. составит те самые невосполнимые потери² от налога). Однако, что более удивительно, при увеличении ставки налога поступления в бюджет увеличиваются на еще меньшую сумму, чем возрастают невосполнимые потери для участников оборота: увеличение налога приводит к невосполнимым потерям для потребителей и производителей в сумме, равной новому налогу в квадрате, т.е. при увеличении налога в два раза потери будут равны уже четырем, а при увеличении в три раза — аж девяти³. Подобное экспоненциальное соотношение между ростом налогов и возрастающими невосполнимыми потерями от налогообложения в экономической теории является азбучным примером того, что увеличение давления на экономических агентов оборачивается потерями куда большими, чем те блага, которые получает государство, а также прочие участники оборота.

¹ См., напр.: *Posner R.A.* Taxation by Regulation, 2 Bell J. Econ. & Manag't Sci. 22 (1971); *Idem.* Theories of Economic Regulation, 5 Bell J. Econ. & Manag't Sci. 335 (1974).

² В экономической англоязычной литературе подобный феномен обычно именуется *deadweight loss* и является одним из базовых концептов налоговой политики (ср.: *Hines J.R., Jr.* Three Sides of Harberger Triangles, 13 J. Econ. Persp. 167, 168–180 (1999)).

³ См.: *Mankiw N.G.* Principles of Economics 167 (5th ed., Cengage Learning, 2009).

Ровно то же происходит и в регулировании предпринимательской свободы, в том числе при ущемлении договорной свободы: сторона, вступающая в договорное отношение и формулирующая то или иное договорное условие, показывает спрос на юридические построения, *спрос на право*, точнее, на будущую защиту со стороны государства тех контрактных отношений, которые были заданы сторонами при заключении договора. Ожиданиям одной стороны в таком случае противостоят возможности другой, *предложение того права*, которое реально сработает в будущем. Там, где государство дает неограниченную защиту договоренностям сторон, спрос уравнивается предложением, а потому стороны гипотетически могут описать все возможные модели поведения в своем контракте. Однако в реальной жизни государство в силу различных политико-правовых соображений вынуждено ограничивать свободу договора — ровно по тем же соображениям, по которым ему приходится вводить налоги: чтобы обеспечивать общие блага максимального широкого круга участников оборота. Однако государство, вторгаясь в сферу автономии воли двух сторон (их «идеального рынка», как сказали бы экономисты), средствами позитивного права (закона, что-либо не дозволяющего) или отказом в судебной защите контракта фактически делает то же самое, как в ситуации, когда вводит корректирующий налог. Императив, введенный государством, вроде бы имеет некие благие политико-правовые цели (защитить чьи-либо интересы), но ценность такой защиты оказывается для оборота меньшей, чем потенциальные потери сторон этого и многих иных договоров.

Не допустив сегодня один договор или не обеспечив его судебной защитой полностью или в части его наиболее чувствительных коммерческих условий, завтра мы получаем целый веер договорных отношений, лишенных правовой определенности и защиты. Недоверие участников оборота к праву растет, постепенно приходит понимание, что «не обманешь — не продашь», и далее эта спираль раскручивается в дурной бес-

конечности. В итоге договорная свобода еще больше попирается государством, чтобы хоть как-то остановить беспредел и жульничество. При этом ценности частного права и справедливости вымываются, на их место заступает публичное право, а регулирование имущественных отношений в итоге перемещается в сферу права уголовного (что, собственно, мы и наблюдаем в последние годы).

**НЕ ДОПУСТИВ СЕГОДНЯ ОДИН ДОГОВОР
ИЛИ НЕ ОБЕСПЕЧИВ ЕГО СУДЕБНОЙ
ЗАЩИТОЙ, ЗАВТРА МЫ ПОЛУЧАЕМ
ЦЕЛЫЙ ВЕЕР ДОГОВОРНЫХ ОТНОШЕНИЙ,
ЛИШЕННЫХ ПРАВОВОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ
И ЗАЩИТЫ**

Однако если в данном случае уместна параллель между регулированием и налогами, то та же экономическая теория может дать решение проблемы для сферы регулирования договорной свободы. Росту налогов есть объективный предел, после которого их либо не повышают, либо — в идеале — начинают снижать. Примерно то же следует сделать в области правового регулирования: чтобы остановить раскручивание безумной спирали императивности и сжатие предпринимательской свободы, необходимо целенаправленно устранять из материи гражданского права всевозможные запреты и ограничения, позволяя автономии воли возвращаться к жизни.

Следует отметить, что ВАС РФ за последние несколько лет проделал огромнейшую работу, решая сугубо частные вопросы, возникающие в обязательно-правовых

спорах, с тем чтобы лишать неоплатных должников уловок, позволяющих через ссылки на формальное противоречие нормам закона аннулировать прежние договоренности и тем самым уходить от юридической ответственности⁴. Однако если речь идет о постановлении общего порядка, посвященном свободе договора как принципу, то этот принцип должен быть проведен максимально широко. Что это означает на деле?

Если сейчас мы наблюдаем одну крайность, т.е. предельно консервативное, запретительное отношение к свободе договора, даже в отношениях между коммерсантами, то для преодоления этой ситуации нам необходимо, пусть на некоторое время, удариться в другую крайность — допустить предельно либеральное отношение судов к договоренностям коммерсантов. Поскольку арбитражные суды по определению занимаются преимущественно коммерческими спорами, то в рамках арбитражной системы подобный подход вполне реализуем. Любые полумеры и робкие шаги по либерализации договорного права ничего не изменят, а бизнес и дальше будет голосовать ногами, перенося заключение наиболее важных контрактов в иностранные юрисдикции.

Тезис о том, что лучше «пережать, чем недожать», применительно к либерализации договорного права прекрасно иллюстрируется идеей критической массы.

В обыденной речи мы часто используем этот оборот, имея в виду образ (довольно смутный) из школьного курса физики — количество делящегося вещества, которое нужно, чтобы был запущен механизм так называемой самоподдерживающейся цепной реакции. Однако критическая масса — это термин не только из ядерной физики. Аналогичные по сути процессы наблюдаются и в социальной сфере, в том числе в праве.

Так, впервые подобные цепной реакции процессы применительно к социальным связям описал нобелевский лауреат Томас Шеллинг: все мы в поведении ориентируемся на окружающих, предпочитая не делать что-либо, пока другие не делают того же самого, и наоборот — не желаем первыми прекращать делать то, что делают все вокруг⁵. Можно привести сотни примеров критической массы из повседневной жизни, когда мы меняем свое поведение кардинально лишь тогда, когда «все вокруг» начинают поступать определенным образом. После холодной зимы мы еще долго носим теплую одежду, хотя на улице уже которую неделю весна, а осенью до последнего ходим в летнем, и одеваемся по сезону только когда так уже одето большинство. Мы запросто перебегаем на красный свет, если так в этот же момент делают многие, но предпочитаем подождать, если рядом сознательные граждане, смиренно ожидающие зеленый. Общее здесь не столько повторение того, что делают другие, этакая социальная мимикрия, а момент, по достижении которого мы меняем свое поведение: один случай или один человек — не повод для подражания, два или три — тоже, но вот некоторое множество или большинство уже подвигает нас поступать как все, меняя свою прежнюю модель поведения на прямо противоположную. Иными словами, в любом социальном процессе мы можем наблюдать достижение той самой критической массы, после которой одна модель поведения меняется на другую.

⁴ Можно вспомнить многочисленные примеры из области кредитных отношений, облигационных займов, лизинга и др., когда ВАС РФ проявлял известную гибкость в толковании условий ранее заключенных договоров и непримиримость к юридическому жульничеству, когда под видом ссылки на противоречие нормам закона должники пытались уйти от ответственности.

⁵ См.: *Schelling T.C. Micromotives and Macrobehavior*, 91–99 (Rev. ed.: N.Y.: W.W. Norton and Company, 2006).

Именно такой критической массы нам необходимо достигнуть в деле принятия и соблюдения договоренностей сторон, особенно если это коммерсанты. До той поры, пока свобода договора будет уважаться скорее в редких, исключительных случаях, а общей

**КОГДА КОЛИЧЕСТВО ДЕЛ,
В КОТОРЫХ СУДЫ БУДУТ ВСЕМЕРНО
ПОДДЕРЖИВАТЬ РАНЕЕ СОГЛАСОВАННЫЕ
ДОГОВОРЕННОСТИ, ДОСТИГНЕТ
КРИТИЧЕСКОЙ МАССЫ, СЛУЧИТСЯ
ИЗМЕНЕНИЕ МАТРИЦЫ ПРАВОВОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ**

позицией арбитражных судов будет все тот же предельный консерватизм и стремление к аннулированию юридического эффекта ранее достигнутых договоренностей, модель поведения участников оборота и всего договорного права останется прежней, сугубо советской по сути, не допускающей никакой автономии воли. Напротив, когда количество дел, в которых при рассмотрении самых узких, частных вопросов исполнения договорных обязательств

суды будут всемерно поддерживать ранее согласованные договоренности, достигнет некоторой критической массы, тогда и случится изменение матрицы правового регулирования. В той, будущей действительности, где свобода договора станет реальностью, можно будет начать предметное обсуждение, где и как следовало бы ее ограничивать. При этом неважно, какими средствами такие ограничения будут проводиться в жизнь — законом или через судебное толкование и судебное нормотворчество. Однако до той поры свободу договора нужно не ограничивать, а только приумножать.

Предвижу возражения коллег: судьи никаким «творчеством» не занимаются — у них не только нет времени — в силу нечеловеческой нагрузки — на нормотворчество, но и сама суть правоприменения предполагает, что судьи при рассмотрении конкретных дел право просто применяют. Если имеющееся право — выраженное в законе или в прецедентах высшей судебной инстанции — не допускает этой самой свободы договора в хоть сколько-нибудь широком объеме, то судьям, разрешающим отдельные споры, в рамках применения такого права просто ничего другого не остается, как следовать тому, что идет свыше.

Все верно. Но вернемся к идее критической массы и того, как она проявляется в социальных процессах: там, где сначала меньшинство, потом половина, а потом большинство ведут себя определенным образом, остальным не остается ничего другого, как следовать той же модели поведения. Так и здесь: судьи, пусть и находящиеся пока в меньшинстве, но показывающие своим примером при разрешении конкретных споров, что договоренности сторон гражданско-правового договора должны всемерно поддерживаться, со временем станут большинством. Поэтому несколько судей-активистов, продвигающих идею автономии воли здесь и сейчас, способны изменить наше право самым кардинальным образом.

**НЕСКОЛЬКО СУДЕЙ-АКТИВИСТОВ,
ПРОДВИГАЮЩИХ ИДЕЮ АУТНОМИИ
ВОЛИ ЗДЕСЬ И СЕЙЧАС, СПОСОБНЫ
ИЗМЕНИТЬ НАШЕ ПРАВО САМЫМ
КАРДИНАЛЬНЫМ ОБРАЗОМ**

Соответственно, общая направленность развития договорного права должна какое-то время идти в сторону намеренно артикулированного стремления наделять правовой защитой максимально возможное число договоров и договорных условий, по

крайней мере там, где речь идет об отношениях между субъектами предпринимательской деятельности. К великому сожалению, Постановление о свободе договора в этом смысле лишено какой-либо тональности: ВАС РФ лишь довольно отстраненно задал критерии того, как судам следует различать нормы императивные и диспозитивные, но не дал никаких установок — следует ли им быть более либеральными в вопросе защиты ранее заключенных договоров или, напротив, придерживаться прежней, преимущественно запретительной практики.

Соответственно, поскольку Постановление Пленума отличает довольно нейтральная интонация, в завершение хотелось бы высказать ряд критических комментариев по его отдельным позициям.

1. Поскольку отныне арбитражные суды должны подходить к толкованию норм договорного права телеологически, т.е. исходя из целей правового регулирования (абз. 3 п. 1 Постановления), причем могут делать это в обоих направлениях — толковать ограничительно как императивные нормы (если в них нет, конечно, однозначного ориентира — например, указания на ничтожность соглашения об ином варианте), так и диспозитивные (ср. п. 2 и абз. 2 п. 3 Постановления), необходимо все же установить некие ориентиры, где подход к подобному толкованию может быть более либеральным, а где — более ограничительным, патерналистским. Тем более что суды отныне обязаны в силу прямого указания Постановления (абз. 3 п. 3) приводить мотивы, почему та или иная норма должна признаваться императивной. Соответственно, в практике необходимо придерживаться некоторой градации императивности/диспозитивности, хотя бы в зависимости от круга субъектов договорных отношений. Такой градации на уровне общего подхода в Постановлении не проводится, хотя в абз. 4 п. 2, где обсуждается пример из ст. 310 ГК (право из договора на одностороннее изменение или односторонний отказ от договора, но только в случаях, когда договор заключается в связи с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности), можно увидеть намек на то, что уровень императивности в применении одной и той же нормы может различаться в зависимости от того, обе или одна из сторон договора осуществляют предпринимательскую деятельность. Из приведенного в Постановлении примера можно сделать вывод, что то, что дозволено, когда обе стороны договора — коммерсанты, может быть дозволено и когда одна сторона — коммерсант (лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность), а другая — обычное физическое лицо, если модель поведения (договорное условие) не нарушает прав и законных интересов слабой стороны. Иными словами, если такое условие — во благо физического лица, запрета на его применение в подобном договоре как бы и нет, если во вред — оно недопустимо как противоречащее императивной норме закона.

**ДЛЯ ВСЕХ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКИХ
ДОГОВОРОВ НОРМА ВСЕГДА
ПРИЗНАЕТСЯ ДИСПОЗИТИВНОЙ, ЕСЛИ
ИЗ ЕЕ СОДЕРЖАНИЯ ИЛИ ПРЕДЕЛЬНО
ОГРАНИЧИТЕЛЬНОГО ТЕЛЕОЛОГИЧЕСКОГО
ТОЛКОВАНИЯ НЕ СЛЕДУЕТ ИНОГО**

Таким образом, можно предложить общее правило: для всех предпринимательских договоров норма всегда признается диспозитивной, если из ее содержания или предельно ограничительного телеологического толкования не следует иного. Более того, в предпринимательских договорах сторона, которая в рамках судебного спора ссылается на то, что соответствующая

норма является императивной исходя из целей ее введения, когда из буквального содержания нормы не следует иного, должна обосновать цели, ради которых такая норма подлежит квалификации как императивная.

Для двух других категорий договоров — договоров между гражданами (всеми сторонами которого являются граждане, не преследующие при этом предпринимательских целей) и потребительских договоров (договоров, одной стороной в которых выступает гражданин с целью удовлетворения его бытовых потребностей) — арбитражный суд может по своему усмотрению установить целеполагание, заключенное в такой норме, и применить соответствующие последствия в отношении договора или его отдельных условий.

2. Чрезвычайно опасно, по крайней мере для коммерческих контрактов, давать нижестоящим судам право толковать явно диспозитивные нормы как императивные. Если такое право у судов и должно быть, то только на уровне кассационной инстанции. Так, в абз. 2 п. 3 Постановления указывается, что даже если норма содержит прямое указание на возможность предусмотреть иное соглашением сторон, суд, исходя из существа нормы и целей законодательного регулирования, может истолковать такое указание ограничительно, т.е. сделать вывод о том, что диспозитивность этой нормы ограничена определенными пределами, в рамках которых стороны договора свободны установить условие, отличное от содержащегося в ней правила; соответственно, за рамками такой диспозитивности суд может обнаружить императив.

Подобный подход был бы уместен для договоров между гражданами и потребительских договоров, но абсолютно неприемлем в предпринимательских отношениях. Он лишает коммерсантов определенности в том, будут ли защищены в будущем их договоренности, лишает практического смысла содержание абз. 1 п. 4 Постановления (если норма не содержит явно выраженного запрета на установление соглашением сторон договорного условия, отличного от предусмотренного в ней, и отсутствуют критерии императивности, указанные в п. 3 Постановления, она по умолчанию рассматривается как диспозитивная), а законодателя подталкивает перегружать текст нормативного акта оговоркой «при этом стороны вправе установить своим соглашением иное».

Следовательно, смысл разъяснения, содержащегося в абз. 2 п. 3 Постановления и дающего судам право квалифицировать внешне диспозитивные нормы как по сути императивные (в той или иной части), должен быть на деле сужен до договоров, заключаемых между гражданами, а также потребительских договоров (1), плюс подобного рода толкованием должны заниматься только вышестоящие суды, разрешающие вопросы права (2).

3. Та же самая градация «больше/меньше патернализма», а значит, больше или меньше императивности, должна быть проведена в жизнь применительно к непоименованным договорам. Так, в п. 5 Постановления, с одной стороны, совершенно справедливо указано на то, что к непоименованным договорам при отсутствии в них признаков смешанного договора правила об отдельных видах договоров, предусмотренные ГК или иными правовыми актами, не применяются. Причем в таком договоре необходимо смотреть не как он назван, а на то, в чем его предмет, действительное содержание прав и обязанностей сторон, оговоренное распределение рисков. Но, с другой стороны, тут же открывается «форточка»: нормы об отдельных видах договоров, предусмот-

ренных законом или иными правовыми актами, могут быть применены к непоименованному договору по аналогии закона в случае сходства отношений и отсутствия их прямого урегулирования соглашением сторон (1), причем применение к непоименованным договорам по аналогии закона императивных норм об отдельных поименованных видах договоров возможно в исключительных случаях (2), а именно исходя из целей законодательного регулирования, когда ограничение свободы договора необходимо для защиты охраняемых законом интересов слабой стороны договора, третьих лиц, публичных интересов или недопущения грубого нарушения баланса интересов сторон. Соответственно, и здесь при некотором «креативе» со стороны недобросовестных должников, точнее, юристов, их представляющих в судах, самый сложный коммерческий договор может быть лишен правовой защиты. Очевидно, что для недопущения подобного положения вещей названное разъяснение не должно по общему правилу распространяться на коммерческие контракты, в противном случае грош цена любым инновациям в договорном праве, особенно там, где нет нужды в защите слабой стороны, поскольку предпринимательство — это про риск и ответственность, а не про социальную защиту населения.

Резюмируя, можно с определенностью сказать лишь одно. ВАС РФ принял документ, который по потенциалу своего воздействия на будущее развитие российского договорного права сравним с эффектом мощнейшей бомбы, способной разрушить до основания остатки уродливого советского гражданского права. Будет ли накоплена критическая масса, чтобы необратимая реакция по построению истинного частного права началась, зависит теперь от всех нас — юристов, ежедневно занимающихся применением российского договорного права, однако лидирующая роль в этом движении — у судей, вершителей правосудия.